

# NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS

Julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49

Em 19.04.2021 o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADC nº 49, ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Norte, que culminou na declaração de inconstitucionalidade das disposições da Lei Complementar nº 87/1996 (“Lei Kandir”) que determinam a incidência do ICMS nas saídas “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”.

Por se tratar de medida de controle concentrado, a eficácia não se restringe apenas às partes do processo. Assim, o que foi decidido pelo STF produz efeitos para todo o país a partir da publicação da ata de julgamento no Diário Oficial.

De forma unânime, os Ministros **afastaram os trechos que previam a incidência do ICMS entre operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que localizados em entidades federativas diferentes**, pois entenderam que o simples deslocamento das mercadorias entre os estabelecimentos da mesma empresa não é capaz de configurar fato gerador do imposto.

Em face dessa decisão, o Estado do RN opôs Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, alegando (i) que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos representaria uma “saída” para fins fiscais, adequando-se, portanto, a hipótese de não incidência que contempla o estorno do crédito, haja vista o art. 155, §2º, II da Constituição Federal; (ii) omissão acerca da extensão da declaração de inconstitucionalidade do princípio da autonomia dos estabelecimentos, previsto no art. 11, § 3º, II da LC 87/96; e (iii) a necessidade de modulação dos efeitos temporais da decisão (eficácia pró-futuro).

O julgamento virtual dos Embargos de Declaração teve início em 03.09.2021 e foi suspenso em 10.09.2021 por conta do pedido de vistas feito pelo Ministro Roberto Barroso. Ato contínuo, em 15.09.2021, foi disponibilizada a minuta da decisão, que assentou o placar parcial em 3x0.

Esse placar parcial foi composto pelo voto do Ministro Edson Fachin (Relator), **que conheceu dos embargos de declaração julgando-os procedentes tão apenas para modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do próximo exercício financeiro**, acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

## No que tange aos pontos discutidos, o voto do Relator assentou que:

- a decisão foi clara ao determinar a irrelevância da transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte para fins do ICMS, **não afastando o direito ao crédito do imposto relativo às operações anteriores** conforme jurisprudência anterior do próprio STF e em respeito ao princípio da não-cumulatividade;
- quanto a autonomia dos estabelecimentos, a partir da leitura literal do dispositivo, depreende-se a sua existência de maneira a poderem os diversos estabelecimentos do mesmo titular, inclusive, assumir obrigações próprias. Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo para fins de cobrança do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de titularidade da mesma pessoa jurídica, **não repercute em deveres instrumentais**, ao que inexistente omissão a ser suprida;

Apesar do julgamento ainda não estar concluído, os votos publicados já permitem aos contribuintes vislumbrar os possíveis efeitos dessa demanda.



**Para saber mais, entre em contato com:**

Mauri Bórnica - mb@machadoassociados.com.br

Gabriel Caldiron Rezende - gcr@machadoassociados.com.br