



Opinião: ICMS, circulação jurídica e ‘jurisprudência reiterada’

O Supremo Tribunal Federal pautou para o próximo dia 27 o julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 49, que trata da (não) incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas transferências entre estabelecimentos



Entre as questões a serem apreciadas pelo Plenário Virtual,

destaca-se o pedido de modulação dos efeitos da decisão. Muitos defendem que essa questão foi pacificada há muito tempo, mencionando a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, conforme demonstraremos neste artigo, o enunciado da referida Súmula 166 vem sendo aplicado em sua literalidade, sem observar os julgados que lhe deram causa.

Muito se tem discutido sobre a necessidade de análise dos fundamentos determinantes e das razões de decidir dos casos que dão suporte aos enunciados de súmula, conforme artigo 489, §1º, V, do Código de Processo Civil (CPC). E nos parece que isso não está sendo observado pelo STF, no que se refere à (não) incidência de ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Ao sustentar, nos acórdãos proferidos no ARE nº. 1.255.885/MS, em sede de repercussão geral, e na ADC 49, que julgou pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Complementar nº . 87/1996, que há jurisprudência reiterada pela não incidência do ICMS nas transferências (por falta da chamada circulação jurídica), o STF se equivoca, pois os precedentes que fundam essa suposta jurisprudência reiterada tratam de temas totalmente diversos.

No caso do STJ, a Súmula 166 é bom exemplo de aplicação equivocada de um enunciado. Nas ementas de seus precedentes há um contributo à confusão, pois consta não configurar fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, no entanto, nos casos julgados, ora não havia mercadoria, ora não havia estabelecimento para fins de ICMS, como no caso de instituição financeira que remetia móveis e materiais de papelaria para suas agências bancárias, ou sacos de papel utilizados por supermercados para embalar as compras de seus clientes.



Esses precedentes do STJ, ainda, utilizam como fundamento precedentes do STF, fazendo referência, por exemplo, ao RE 93.523/AM, AI 131.941/SP e à Representação 1.181/PA.

No STF, há diversos julgados, tanto na 1ª Turma quanto na 2ª Turma, cujos fundamentos são um emaranhado de referências a outros julgados da corte para sustentar a impossibilidade de incidência do ICMS no simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Esse emaranhado de precedentes, analisados um a um, desembocam nos já referidos RE 93.523/AM e Representação 1.181/PA, além das Representações 1.292/MS, 1.355/PB e RE nº. 113.090/PB. Esses casos são expressamente referidos e utilizados como fundamento na repercussão geral, bem como na ADC nº. 49.

Analisando referida jurisprudência reiterada, percebe-se que em nada se relaciona com "circulação jurídica", ou "simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos". São situações totalmente distintas.

No caso do RE 93.523/AM, nem mesmo há contribuinte para fins de ICMS, ou mesmo mercadoria, visto que a pessoa jurídica da discussão era uma construtora contratada para construir o aeroporto de Manaus. Para sua prestação de serviços, armazenava cimento em um depósito para ser transportado ao canteiro de obras conforme necessário. Essa era a discussão, com o estado pretendendo tributar esse deslocamento de cimento como uma operação relativa à circulação de mercadorias.

Pelos motivos certos, o STF afastou a incidência do ICMS, mas inexplicavelmente incluiu na ementa que *"o simples deslocamento físico da mercadoria pelo seu proprietário, sem circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM"*, contribuindo com a confusão.

Já na análise das Representações 1.181/PA, 1.292/MS, 1.355/PB e RE nº 113.090/PB, a situação fica interessantíssima. Durante a vigência do Decreto-Lei nº 406/1968, havia a previsão para a incidência do ICM nas saídas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte quando localizados em estados diferentes.

No entanto, quando os estabelecimentos se localizavam no mesmo estado da Federação, tanto o Código Tributário Nacional (CTN) quanto o Decreto-Lei nº 406/1968 concediam aos estados a possibilidade de tratar da incidência do imposto nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, definindo as hipóteses de estabelecimento autônomo.

Com base nesse permissivo legal, alguns estados previram em sua legislação local o que foi considerado pelo STF como uma ficção jurídica, definindo como estabelecimento autônomo para fins de ICM cada setor produtivo dentro de uma mesma usina de açúcar e álcool.

Verdadeiramente não eram filiais, mas, sim, setores internos de uma mesma usina. Assim, as leis consideram como estabelecimento, todos autônomos, por exemplo, o setor do plantio, os silos, o armazém, a área de usinagem etc. Foi esse o ponto julgado inconstitucional pelo STF.



Nesses casos, a corte foi expressa em afirmar que a discussão não era em saber se era possível a incidência de ICM nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos, pois, se fosse assim, entendiam pela possibilidade do imposto, visto que a transferência de propriedade não era requisito, bastando a circulação econômica ou jurídica, conforme ensinamentos de Rubens Gomes de Sousa.

Por todo o exposto, é preciso que o STF reconheça que nunca houve jurisprudência reiterada sobre o tema, de modo que os embargos representam uma oportunidade de a corte, se não revisitar o próprio mérito da discussão, ao menos modular os efeitos de sua decisão.

Date Created

20/08/2021