

Decisão sobre ICMS ajuda contribuinte, mas modulação deixa dúvida

O [Supremo Tribunal Federal decidiu](#), por seis votos a cinco, que a cobrança de ICMS na transferência de mercadorias de um estado para o outro, entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, fica proibida a partir do exercício financeiro de 2024.

STF



Julgamento foi concluído no Plenário Virtual do STF na quarta-feira
STF

A corte também decidiu que os estados têm até o ano que vem para disciplinar a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos do mesmo titular. Se não houver regulamentação, fica reconhecido o direito dos contribuintes de transferir os créditos. Venceu o voto do relator, Edson Fachin.

O julgamento, concluído no Plenário Virtual do Supremo nesta quarta-feira (12/4), buscava modular os efeitos da decisão de 2021 que considerou inconstitucionais dispositivos da Lei Kandir ([Lei Complementar 87/96](#)) que previam a incidência do ICMS sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular localizados em estados distintos.

O caso é relevante pelo seu impacto financeiro. Calcula-se, por exemplo, que as dez maiores empresas do varejo brasileiro poderiam perder R\$ 5,6 bilhões de créditos tributários do ICMS por ano se a transferência desses valores fosse barrada.

Para advogados tributaristas consultados pela revista eletrônica **Consultor Jurídico**, embora a decisão seja benéfica aos contribuintes, ela deixa dúvidas sobre se de fato houve modulação de efeitos.

Isso porque o artigo 27 da [Lei 9.868/1999](#) determina que deve haver maioria qualificada (de oito votos) para a modulação de efeitos de decisões de controle concentrado. Para haver certeza sobre a modulação, afirmam alguns especialistas, é preciso esperar a proclamação do resultado.

Segundo **Alessandro Mendes Cardoso**, do escritório Rolim, Viotti, Goulart e Cardoso Advogados, ainda que o quórum não tenha sido atingido, "houve unanimidade na decisão de modular a decisão, cumprindo-se o requisito legal, e maioria simples (*de seis votos*) no desenho da tese de modulação".

O advogado destacou que o tema foi discutido na sessão desta quinta-feira (14/4) do Supremo, quando o

tribunal proclamou o resultado da ADI 4.411, que tratava de outro assunto.

"Hoje (*quinta-feira*) ocorreu a proclamação do resultado da modulação feita nos embargos declaratórios da ADI 4.411 e o STF efetuou exatamente essa diferenciação. O que é o mais correto e lógico para se evitar que o tribunal, tendo decidido unanimemente pela necessidade de modular os efeitos de uma decisão, não o faça pela falta de uma maioria qualificada para um entendimento sobre a forma de se modular, mesmo tendo maioria simples."

João Paulo Muntada Cavinatto, sócio da prática tributária do Lefosse, afirma que a decisão é bem-vinda porque "saneia definitivamente a dúvida quanto à possibilidade da manutenção de créditos do imposto", acabando com a discussão sobre se a transferência resulta ou não no dever de estornar créditos tributários.

"A decisão passa uma mensagem aos estados de que o direito à transferência de créditos é inerente ao contribuinte, independentemente de edição de norma regulamentadora. Dito de outra forma, o direito de transferir créditos passa a valer conjuntamente com a ausência de tributação nas transferências."

De acordo com ele, no entanto, será necessário esperar a publicação do resultado do julgamento para saber se houve ou não modulação de efeitos.

Mateus Bueno, do Bueno Tax Lawyers, afirma que a decisão do STF representa um "alívio final aos contribuintes", especialmente aos varejistas com operações próprias interestaduais.

Segundo ele, se prevalecesse a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, os créditos acumulados "teriam seu uso imediatamente ameaçado, ao menos até que o Congresso deliberasse em lei complementar pelo seu aproveitamento".

O voto de Toffoli, que ficou vencido, estipulava prazo de 18 meses para o Congresso normatizar a questão. Para ele, a regulação do tema deveria se dar por meio de lei federal.

Thiago Sarraf, do Terciotti, Andrade, Gomes e Donato Advogados, alerta que alguns setores em que há diferimento na cadeia produtiva, como o agronegócio, além de bares e restaurantes, podem ser prejudicados pela decisão.

"Nesses casos, os contribuintes que não efetuaram o recolhimento sobre as meras transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos com base em precedentes inequívocos do STJ e do STF serão compelidos a pagar o ICMS e permanecerão não se creditando do imposto."

Entenda o caso

Em 2021, o Plenário do Supremo decidiu, por unanimidade, que é inconstitucional o trecho da Lei Kandir que prevê a incidência do ICMS sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular localizados em estados distintos.



Para o relator, ministro Edson Fachin, ainda que algumas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular possam gerar reflexos tributários, a interpretação de que a circulação meramente física ou econômica de mercadorias gera obrigação tributária é inconstitucional.

"A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica. Há anos os julgamentos que discorrem sobre fato gerador do ICMS se dão no sentido de que a circulação física de uma mercadoria não gera incidência do imposto, visto que não há transmissão de posse ou propriedade de bens", argumentou o ministro em seu voto.

O caso julgado refere-se a uma ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelo estado do Rio Grande do Norte. Um dispositivo da Lei Kandir prevê que o fato gerador de ICMS ocorre no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular".

Assim, para o autor da ação, deve-se adotar o entendimento de que a circulação de mercadorias, para fins tributários, é a econômica, e não a jurídica — isto é, não é preciso ocorrer transferência de titularidade.

À época, o relator lembrou que há diversas decisões proferidas, em tribunais superiores e de Justiça, que têm contrariado essas normas da Lei Kandir. Assim, por haver essa divergência entre Judiciário e Legislativo, foi admitida a ação.

Um dos entendimentos judiciais citados é do Superior Tribunal de Justiça, que fixou a Súmula 166, segundo a qual "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

ADC 49

Autores: Redação do ConJur