Plenário Virtual

Título: Incidência de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre o deslocamento de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 150, I e 155, II, da Constituição Federal, se incide o ICMS sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos localizados em estados distintos com fundamento no Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul e no art. 12 da Lei Complementar 87/1997, tendo em vista a existência de ato mercantil ou transferência de propriedade.

Ementa: Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Deslocamento de mercadorias. Estabelecimentos de mesma titularidade localizados em unidades federadas distintas. Ausência de transferência de propriedade ou ato mercantil. Circulação jurídica de mercadoria. Existência de matéria constitucional e de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. Agravo provido para conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento de modo a conceder a segurança.

MANIFESTAÇÃO

Trata-se de agravo contra decisão de inadmissão de recurso extraordinário interposto, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja ementa reproduzo:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS DE

UM ESTADO PARA OUTRO - INCIDÊNCIA. OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR, AINDA QUE A

MOVIMENTAÇÃO SEJA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO PROPRIETÁRIO - ARTIGO 12 DA LC 87/96 - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 166. RECURSO DESPROVIDO.

A movimentação de gado bovino de um Estado para outro, ainda que permaneça com um mesmo proprietário, constitui fato gerador do ICMS, conforme previsto no Código Tributário Estadual, agasalhado pelas disposições do Decreto -Lei nº 406/68 (artigos 1º, I; 2º, § 1º), conforme o permissivo da Constituição da República (artigo 155, II, § 2º XII) e, em especial, no artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96.

Não foram opostos embargos de declaração.

No recurso extraordinário, a parte recorrente alega violação dos arts. 5º, LV e LXIX; 93, IX; 150, I; e 155, II, da Constituição Federal.

Quanto à repercussão geral, alega que a causa possui relevância sob as perspectivas jurídica, social e econômica, porque teria havido violação dos princípios da legalidade - ao se admitir a incidência de tributo sem a ocorrência de fato gerador - e do devido processo legal. Igualmente, a prevalecer o entendimento do acórdão recorrido, alega que ocorreria significativo impacto social decorrente da mudança do conceito de mercadoria e circulação. Sob o ponto de vista jurídico, está em questão a alteração da regra-matriz de incidência do ICMS, ao se incluírem negócios jurídicos não mercantis no âmbito de tributação do imposto. Quanto aspecto econômico, afirma que haveria aumento de preço das mercadorias em função do custo fiscal derivado da transferência de estoque, o qual seria embutido no ato de comércio dirigido ao consumidor final.

No mérito, sustenta a parte recorrente que a hipótese de incidência de ICMS extraída da ordem constitucional se limita aos atos de mercancia, caracterizados pela circulação jurídica do bem na qual há transferência de sua propriedade. Portanto, não basta o deslocamento físico ou econômico do bem no caso de semoventes.

Afirma que o ato administrativo que culminou na exigência de ICMS em razão da transferência interestadual de bovinos da Fazenda São Paulo (localizada na cidade de Ribas do Rio Pardo/MS) para a Fazenda Santa Marlene (localizada

na cidade de Presidente Venceslau/SP), ambas pertencentes às partes recorrentes, sem a alteração da titularidade da propriedade dos animais, contraria o que foi estabelecido na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Alega, ainda, que, no acórdão impugnado, a legislação local (Código Tributário Estadual) teve indevida prevalência sobre lei complementar nacional (LC nº 87/996) e a Constituição Federal.

Pugna a parte recorrente, enfim, por ordem mandamental para que o estado recorrido se abstenha de cobrar ICMS em situação correspondente à transferência interestadual de bovinos e de promover atos que impeçam essa operação, bem como emita as notas fiscais de produtor rural necessárias para o referido transporte, sem as condicionar ao prévio recolhimento do imposto.

Em contrarrazões no apelo extremo, o recorrido defende a higidez do acórdão hostilizado, pois não haveria em sede constitucional a vedação da incidência na hipótese, ao passo que o art. 12, I, da Lei Complementar 87/1996 preconizaria a tributação de ICMS sobre as saídas de mercadoria de estabelecimento, ainda que para outro do mesmo titular. Ademais, alude não existir ofensa ao princípio da legalidade, porque haveria parâmetros legais estaduais e nacionais que viabilizariam a exação. Colaciona o recorrido julgados de tribunais de justiça para corroborar a tese de que a jurisprudência e a doutrina se teriam firmado pela circulação econômica de mercadorias como critério para a incidência do ICMS. Em outras palavras, seria devida a tributação em operação de circulação de mercadorias no ciclo de circulação da riqueza entre contribuintes autônomos, embora em concreto correspondam ao mesmo proprietário e não haja transferência de titularidade. Por fim, argumenta que o devido processo legal foi respeitado na decisão recorrida.

Transcrevo, ainda, o arcabouço normativo com o qual a parte recorrida justificou a atuação do Fisco e defendeu a interpretação contida no acórdão recorrido, notadamente quanto aos dispositivos da Lei Complementar nº 87/1996 e do Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul, respectivamente:

Art. 11 (omissis)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 13 (omissis)

§4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Artigo 38 O imposto Sobre a Circulação de Mercadorias tem como fato gerador a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

(...)

§ 2º - Considera-se, também, saída de estabelecimento a mercadoria que, pelo estabelecimento executor da industrialização, for remetida diretamente a terceiros adquirentes ou a estabelecimento diferente daquele que a tiver mandado executar.

§ 3º - Para efeito desta Lei considera-se mercadoria qualquer bem móvel, novo ou usado, inclusive produtos naturais e animais vivos.

Artigo 39 Não se considera fato gerador a saída do estabelecimento:

(...)

III de produto agropecuário ou proveniente da indústria extrativa, em bruto ou submetido a beneficiamento elementar quando:

a) transferido a outro estabelecimento do próprio contribuinte, localizado no mesmo município;

b) remetido a outro estabelecimento do mesmo contribuinte ou de terceiros, localizado no Estado, para tratamento, beneficiamento, cruzamento, acasalamento ou para qualquer outra finalidade com o objetivo de reprodução ou melhoria, desde que o estabelecimento de origem tenha que retornar;

c) a devolução do produto de que trata o inciso anterior ao estabelecimento de origem.

Artigo 43 A base de cálculo de imposto é:

V nas transferências de mercadorias para estabelecimento do próprio remetente ou seu representante, situado em outro Estado, o preço de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, deduzida de 20% (vinte por cento) e ainda deduzidas as despesas de frete e seguro;

Artigo 69 O Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias relativo às operações realizados por produtor, será recolhido de acordo com as normas estabelecidas neste Capítulo.

I O imposto será recolhido:

1 Pelo próprio produtor:

a) no caso de saída de produtos para outro Estado.

Passo a me manifestar.

De início, dou provimento ao agravo para avançar na análise do recurso

extraordinário.

A respeito da matéria atinente à alegação de ofensa ao devido processo legal, verifica-se que essa não possui repercussão geral, por pressupor o reexame de legislação infraconstitucional, bem como de fatos e provas. Incide sobre o ponto a orientação firmada para o Tema nº 660, ARE nº 748.371/MT.

Constata-se também que não procede a alegação de violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão da parte recorrente. Anote-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral desse tema e reafirmou a orientação de que a referida norma constitucional não exige que o órgão judicante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, e sim que ele fundamente, ainda que sucintamente, as razões que entendeu suficientes para formar seu convencimento (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13/8/10).

Igualmente, verifica-se óbice à cognoscibilidade de capítulo recursal atinente à legalidade tributária, com base na Súmula nº 636 do STF, porque a Corte a quo compreendeu ser hígido o lançamento tributário, o qual estaria autorizado pelo Código Tributário Estadual, pelo Decreto-Lei nº 406/1968 e pela Lei Complementar nº 87/1996. Logo, não cabe recurso extraordinário por contrariedade a essa norma-princípio quando sua verificação pressuponha a revisão da interpretação dada a normas infraconstitucionais na decisão recorrida. Nesse sentido vão os seguintes julgados: RE nº 626.359/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 7/2/13; e AI nº 762.365/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/8/12.

Por isso, compreendo que a matéria controvertida e passível de conhecimento na via do recurso extraordinário cinge-se à incidência de ICMS no deslocamento de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em distintos estados. Ou seja, está em xeque o conceito de circulação de mercadorias, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal.

O tema debatido nos autos apresenta relevância jurídica, social, política e

econômica, porquanto versa sobre a conformação constitucional da principal

fonte de receita dos estados e envolve a neutralidade fiscal na espacialidade de um mercado nacional único, visto a complexidade da atividade tributante em um Estado Federal e o respectivo imperativo de inexistirem barreiras tributárias de natureza geográfica. Ademais, discute-se a correção de decisão jurisdicional e de entendimentos das administrações tributárias em relação à Lei Complementar nº 87/1996 e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, esse, na condição de Corte de Precedentes.

Com esteio nos arts. 1º e 6º do Decreto-Lei nº 406/1968, o STJ editou o seguinte enunciado sumular de nº 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Além disso, sob o rito dos recursos repetitivos, a Corte Superior fixou tese de julgamento com os mesmos dizeres da súmula referida no bojo do Tema nº 259, com relatoria do então Ministro do STJ Luiz Fux, na qual se discorreu sobre a não incidência do ICMS sobre o mero deslocamento de equipamentos ou mercadorias entre estabelecimentos de titularidade do mesmo contribuinte, em razão da ausência de circulação para fins de transferência de propriedade.

Em face dessa diretriz jurisprudencial, cotejada com posicionamentos coincidentes e diversos no âmbito dos demais órgãos do sistema de Justiça, registro que tramita nesta Corte a AD C nº 49, na qual se busca a declaração de constitucionalidade dos arts. 11, § 3º, inciso II; 12, inciso I; e 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/2006, nos quais se definiu, respectivamente, o princípio da autonomia de estabelecimento, o fato gerador de ICMS também nas hipótese de saída de mercadoria, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, e a base de cálculo relativa a essas operações. Na espécie, o governador requerente pleiteia a ratificação da presunção de constitucionalidade desses dispositivos com vistas a afirmar a opção legislativa pela tributação de transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos autônomos do mesmo sujeito passivo.

Pois bem. No Tema nº 297 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE nº 540.829/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes e Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 18/11/14, fixou-se a tese de julgamento de que [n]ão incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando

internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Nesse julgamento, ficou assentado que prevalece a acepção jurídica da expressão circulação de mercadorias para fins de incidência do ICMS, pois essa somente é caracterizada pela transferência de titularidade do bem.

Na verdade, a correlação da incidência do ICMS com a saída de mercadoria do estabelecimento decorrente de negócio jurídico representa diretriz jurisprudencial consolidada e originada sob a égide das ordens constitucionais pretéritas, conforme se depreende das seguintes razões argumentativas do Ministro Sepúlveda Pertence, expostas no RE nº 158.834/SP, Tribunal Pleno, Relator Sua Excelência, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJ de 5/9/03:

Firmou-se na jurisprudência desta Corte, sob a vigência do regime constitucional anterior, o entendimento de que não basta, para a incidência do ICM, o simples deslocamento físico da mercadoria, sendo necessário que a saída decorra de negócio jurídico ou operação econômica.

Com base nessa orientação, foram declarados inconstitucionais, por ofensa ao art. 23, II, da Carta de 1969, dispositivos legais editados por diversas unidades federadas, que previam a incidência do ICM no deslocamento de matéria-prima do estabelecimento produtor para o industrial da mesma empresa. Assim se decidiu nas Representações 1.181-PA, Mayer, RTJ 113/28; 1.292-MS, Rezek, RTJ 118/49; 1.355-PB, Oscar Corrêa, RTJ 120/1.001; e 1.394-AL, Falcão, RTJ 122/932, relativas aos chamados casos da cana própria.

Nesse mesmo julgamento, com a finalidade de sustentar interpretação ampliativa da expressão circulação de mercadorias, o Ministro Ilmar Galvão inaugurou divergência, com posterior adesão do Relator, sob o fundamento da necessidade de substituição do conceito de circulação econômica, consistente na passagem da mercadoria de uma etapa a outra do ciclo que se inicia na fonte primeira de produção e se ultima com sua entrega ao consumidor final, pelo de circulação jurídica, limitado a atos jurídicos conducentes à transferência de titularidade dos bens tributáveis e contido na abrangência conceitual do primeiro, sendo que aquele é a materialidade do ICMS, nos termos do art. 155, I, b, da Constituição Federal, ao contrário do que ocorria no antigo Imposto de Vendas e Consignações (IVC). Por imperativo lógico, foi excluído desse conceito a circulação física da mercadoria, pois

essa não teria relevância para o Direito Tributário. No entanto, essa corrente ficou vencida no julgamento no Plenário.

Em notável síntese do saudoso Ministro Maurício Corrêa, que também revela a matriz constitucional da controvérsia, assim se conceituou a operação de circulação:

25. Ora, não podendo a reserva legal estar dissociada do sistema constitucional que vincula o imposto à circulação de riquezas, tenho que o tributo incide somente sobre a saída de mercadoria que, por constituir-se transferência de posse ou de propriedade, traduza operação de circulação.

[…]

27. A Constituição Federal, ao empregar a expressão operação, concebeu-a como o movimento de mercadorias relativo à titularidade dos negócios jurídicos. Assim, enquanto se realiza o ciclo produtivo, dentro de uma mesma unidade econômica, em geral, na própria empresa, não há falar em fato gerador do ICMS a autorizar a incidência do tributo, de conformidade com a jurisprudência desta Corte (Representação 1181-PA, RTJ 113/28; AgRag 131941, RTJ 136/414; RE 100892, DJ de 31.05.85; RE 113090, RTJ 121/1271, dentre outros julgados).

Em função dessas premissas jurídicas, a jurisprudência do STF é no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de propriedade do mesmo contribuinte não configura circulação de mercadoria, descaracterizando-se o fato gerador de ICMS. Nesse aspecto, mostra-se irrelevante que a origem e o destino estejam em jurisdições territoriais distintas. Vide:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS E ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE SITUADOS EM ESTADOS DISTINTOS DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA NO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE AGRAVANTE. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4°, DO CPC/2015. MANTIDA A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO (ARE n° 1.123.549/PR-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 20/9/19).

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. 3. ICMS. Transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. Não incidência. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE nº 1.190.808/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/8/19).

Cito, ainda, os seguintes julgados do STF: RE nº 1.039.439/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 7/2/18; ARE nº 1.063.312/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe de 19/12/17; ARE nº 676.035/PB-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 31/8/17; ARE nº 764.196/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 7/6/16; ARE nº 756.636/RS-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 30/5/14; RE nº 422.051/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 25/6/10; RE nº 267.599/MG-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 11/12/09.

As múltiplas decisões proferidas sobre essa matéria pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal tornam recomendável que o Tribunal estenda esse entendimento, objeto de pacífica jurisprudência em ambas as Turmas desta Corte, à sistemática da repercussão geral, com todos os benefícios daí decorrentes, notadamente com a fixação de tese a ser observada pelos demais órgãos julgadores pátrios.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de matéria constitucional e de repercussão geral da questão suscitada no recurso extraordinário e pela ratificação da pacífica jurisprudência do Tribunal. Consequentemente, dou provimento ao agravo para conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento, de modo a conceder a ordem de segurança pleiteada pelos impetrantes com vistas a determinar que o estado recorrido se abstenha de cobrar ICMS em situação correspondente à transferência interestadual de bovinos entre estabelecimentos de titularidade dos recorrentes, sem a configuração de ato mercantil, assim como de promover atos que impeçam essa movimentação. Por outro lado, emita o estado as notas fiscais de produtor rural necessárias para o referido transporte, sem as condicionar ao prévio recolhimento do imposto.

Sem condenação em honorários, nos termos da Súmula nº 512/STF.

Custas ex lege.

Proponho, por fim, a seguinte tese de julgamento:

Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.

Brasília, 25 de junho de 2020.

Ministro Dias Toffoli

Presidente

Documento assinado digitalmente