

Maria Lucia Luiz A ADC n° 49 ã© uma soluã§ã£o ou um problema?

Em abril do ano corrente, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n° 49, restando decidido que *"o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se*



A princípio, a decisão foi extremamente favorável aos

contribuintes, consolidando, inclusive, jurisprudência já sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente por meio da Súmula n° 166, e do próprio STF.

Trata-se, desse modo, de uma decisão não inédita e aparentemente positiva aos contribuintes. Contudo, pode gerar um efeito desastroso, notadamente com relação aos créditos nesse tipo de operação.

Com efeito, muito embora se trate de decisão absolutamente esperada, especialmente diante da jurisprudência já consolidada, ela vem sendo objeto de inúmeras discussões, notadamente porque começaram a ser questionadas posições no sentido de que essa decisão do STF teria como impactos a glosa de créditos do ICMS e entraves às próprias transferências de créditos entre estabelecimentos da empresa.

O tema veio à tona posto que, no julgamento, os ministros não abordaram a questão dos créditos, de modo que alguns estados, como São Paulo, passaram a negar a sua manutenção. Logo, muitas empresas recorreram ao Poder Judiciário para garantir os créditos de ICMS.

Em operações internas, o risco de glosa é menor, uma vez que pode ser feita a compensação dos créditos entre todos os estabelecimentos do mesmo estado.

Contudo, nas operações interestaduais, o risco de autuação é sobremaneira maior, notadamente porque o Fisco do estado de origem pode exigir o estorno dos créditos, com os encargos legais respectivos, caso o contribuinte opte por efetuar a transferência sem a incidência do ICMS. Por outro lado, na hipótese de o contribuinte decidir tributar a transferência pelo ICMS, o estado de destino poderá glosar o aproveitamento do crédito, sob a alegação de não incidência nas operações interestaduais, conforme decisão do STF.

Nesse toar, não é demais destacar que o estado do Rio Grande do Norte, autor da ADC, apresentou embargos de declaração contra a decisão do STF, alegando, em suma, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, a fim de que possua eficácia prospectiva, em razão da insegurança jurídica decorrente da revisão de operações de transferência realizadas e não contestadas, no quinquênio que antecede a decisão, questionando, ainda, a autonomia dos estabelecimentos.

O ministro relator, Edson Fachin, votou por acolher os embargos tão apenas para modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do próximo exercício financeiro, sendo acompanhado pela ministra Carmem Lúcia e pelo ministro Alexandre de Moraes.

Por outro lado, e mais especificamente quanto à possibilidade de anulação dos créditos, o relator consignou em seu voto que *"a decisão proferida não afasta o direito ao crédito da operação anterior conforme jurisprudência deste E. STF (RE 1.141.756, Tribunal Pleno, relator Marco Aurélio, j.28.09.2020, DJ 10.11.2020) ao que, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, restam mantidos os créditos da operação anterior"*.

Na sequência, consta no voto condutor que *"o artigo declarado inconstitucional por esta Suprema Corte estabelece que é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular"*, afastando, portanto, o argumento fazendário com relação à negativa do crédito, baseado na autonomia dos estabelecimentos.

Já o ministro Roberto Barroso divergiu parcialmente do entendimento, posto que, com relação à modulação, propõe a ressalva os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão e, no que tange à autonomia dos estabelecimentos, destacou que *"a autonomia dos estabelecimentos em si não é inconstitucional, mas tão somente a sua utilização como fundamento para a incidência do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular"*.

Não obstante, o ministro defendeu a possibilidade de transferir os créditos se os estados não regularem a sua cobrança até 1º/1/2022, sendo que o julgamento foi novamente suspenso, por pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

Tem-se, em linhas práticas, um cenário nebuloso e de insegurança jurídica, tendo em vista que ainda não restou absolutamente alinhado no STF a possibilidade de utilização de créditos no caso de transferências que envolvam estabelecimentos do mesmo titular, sem a incidência do ICMS, de modo que se espera que o tema seja melhor explanado e maturado, especialmente a fim de evitar lacunas legais ou margens de dúvidas quanto aos efeitos da decisão, de modo a possibilitar ao Fisco glosar créditos nesse tipo de operação.