



Estado do Amazonas
Poder Judiciário
Gabinete do Desembargador Wellington José de Araújo

Câmaras Reunidas

Autos nº 4005231-54.2020.8.04.0000.

Classe: Mandado de Segurança Cível.

Relator: Desembargador Wellington José de Araújo.

Impetrante: OEC Telecom Ltda. – ME.

Advogado: Rummenigge Cordovil Grangeiro (OAB 5810/AM).

Impetrado: Secretário Estadual da Fazenda do Estado do Amazonas.

Advogado: Vivian Maria Oliveira da Frota0 (OAB 6880/AM).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS SOBRE BENS DE ATIVO FINANCEIRO DE PESSOA JURÍDICA. DESLOCAMENTO DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, § 2º, da LC 87/96, DO ART. 7º, 7§, I, DA LC ESTADUAL 19/96 E DO ART. 3º, §8º, DO DECRETO ESTADUAL 20.686 AO CASO CONCRETO. JULGAMENTO DA ADC 49 PELO STF. PRECEDENTE VINCULANTE. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.

I – No julgamento da ADC 49, o STF declarou inconstitucionais os arts. 11, §3º, II; 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular"; e 13, §4º da Lei Complementar Federal nº 87/96;

II – Entendeu a Corte Constitucional que o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual;

III – A razão de existir da cláusula de reserva do plenário é o fato de haver presunção de constitucionalidade das leis. Por isso, uma vez desconstituída essa presunção pelo STF, inexigível que a matéria seja novamente submetida à análise do plenário desta E. Corte;

IV – Inexiste qualquer operação quando ocorre o simples deslocamento físico entre estabelecimentos do próprio contribuinte, motivo pelo qual inaplicáveis o 2º, §2º, da LC Federal nº 87/96, o art. 7º, §7º, I, da LC Estadual nº 19/97, e o art. 3º, §8º, I, do Decreto 20.686, ao presente caso;

V – Conforme o entendimento do STF, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade quando o julgador ou o órgão colegiado, em exercício do seu mister de interpretação da norma jurídica infraconstitucional, deixa de aplicá-la por entender inexistir subsunção aos fatos, não havendo que se falar em violação do art. 97, da CF/88, nem da Súmula Vinculante 10;

VI – Concessão parcial da segurança.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Mandado de Segurança Cível nº 4005231-54.2020.8.04.0000** ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que integram a/o **Câmaras Reunidas** do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, à unanimidade de votos, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator, que integra este julgado.

Desembargador Wellington José de Araújo
Relator



Estado do Amazonas
Poder Judiciário
Gabinete do Desembargador Wellington José de Araújo

Voto nº 639/2021.

1. Relatório

1.1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por OEC Telecom Ltda. – ME contra ato supostamente ilegal de lavra do Secretário de Fazenda do Estado do Amazonas, que condicionou a liberação de suas mercadorias ao pagamento da diferença de alíquota de ICMS, sob o argumento de que a Súmula nº 166 do STJ¹ não possui efeito vinculante.

1.2. O Impetrante narra que os bens em questão tratam-se de aparelhos "nobreaks" utilizados para o uso interno da empresa, sem objetivo de venda. Ou seja, cuidam-se de bens que são parte integrante do ativo permanente da pessoa jurídica, destinados à consecução da sua atividade empresarial. Alega que a exigibilidade do tributo é ilegítima, argumentando, ainda, que os dispositivos que embasam essa cobrança são todos inconstitucionais. Assim, requer a concessão da segurança suspender a exigibilidade do ICMS sobre a entrada e a saída de bens do ativo imobilizado ou permanente e/ou de material de uso e consumo da filial da Impetrante e vice-versa.

1.2. O Estado do Amazonas apresentou contestação (fls. 107-126) alegando, em sede preliminar, a ausência de prova pré-constituída do direito alegado, além da impossibilidade de se conceder efeitos patrimoniais pretéritos em Mandado de Segurança. Ainda preliminarmente, o Ente Público argumenta que o presente remédio constitucional é incabível para impugnar lei em tese, sendo a via eleita inadequada para tanto. No mérito, narra que o imposto cobrado não se funda em simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos, mas em antecipação da cobrança do ICMS, que será efetivamente devido pelo contribuinte quando realizar a operação de venda de seus produtos.

1.3. Por fim, o Estado ainda argumenta que, caso este Relator repute indevida a cobrança questionada, deve declarar a inconstitucionalidade de diversos dispositivos que constam da LC nº 87/96 (art. 2º, §2º, art. 11, §3º e art. 12, I), da LC Estadual nº 19/97 (art. 7º, I c/c §7º, I e art. 31) e do Decreto Estadual 20.686/99 (art. 3º, I c/c § 8, I, e art. 88, II), pois não poderia de outra forma recusar-lhes vigência.

1.4. Manifestação ministerial, às fls. 138-142, pelo prosseguimento do feito sem a intervenção do *Parquet*, por considerar ausente interesse público que a justifique.

1.5. É o breve relatório. Passo a decidir.

2. Voto.

2.1. Inicialmente, necessário analisar os argumentos trazidos pelo Estado em preliminar de contestação, quais sejam, a ausência de prova pré-constituída do direito alegado, a impossibilidade de se conceder efeitos patrimoniais pretéritos em Mandado de Segurança e a

¹ SÚMULA N. 166, STJ: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.



Estado do Amazonas
Poder Judiciário
Gabinete do Desembargador Wellington José de Araújo

inadequação da via eleita para questionar lei em tese.

2.2. Quanto à alegação da ausência de prova pré-constituída, não assiste razão ao Estado, uma vez que constam nos autos documentos que comprovam a pendência de liberação das notas fiscais que tratam dos bens retidos (fls. 31-44). Da mesma maneira, não deve prosperar o argumento de que o presente writ busca atacar lei em tese, uma vez que a inconstitucionalidade alegada deu-se de forma incidental, diante do caso concreto.

2.3. Todavia, deixo de conhecer do pedido de restituição do crédito efetivamente já recolhido, no último quinquênio, a título de ICMS sobre a transferência de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo da matriz para a filial. Isso porque, como bem asseverado pelo Estado do Amazonas, é de entendimento consolidado – e inclusive sumulado pelo STF² – que o Mandado de Segurança não produz efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

2.4. Assim, rejeito as preliminares de ausência de prova pré-constituída e de suposta impugnação de lei em tese, e acolho a preliminar de inadequação da via eleita, em observância do que dispõe a Súmula n° 271 do STF, apenas no que tange ao pedido de determinação de restituição dos valores já efetivamente recolhidos a título de ICMS.

2.5. Uma vez que ultrapassadas as preliminares alegadas pelo Estado, deve-se passar à análise do mérito. No entanto, essa análise pressupõe a pronúncia quanto à constitucionalidade ou não de diversos dispositivos legais que constam da LC n° 87/96, da LC Estadual n° 19/97 e do Decreto Estadual 20.686/99. Passo, portanto, ao exame da constitucionalidade de cada um dos dispositivos que embasaram a cobrança do ICMS, quais sejam, o art. 2°, §2°, o art. 11, §3° e o art. 12, I, da LC n° 87/96, o art. 7°, I c/c §7°, I e o art. 31, da LC Estadual n° 19/97, e o art. 3°, I c/c § 8, I, e o art. 88, II, do Decreto 20.686/99.

2.6. Em que pese o argumento de que, para que seja concedida a segurança ao Impetrante, deverá este E. Tribunal declarar inconstitucionais os o art. 11, §3° e o art. 12, I, da LC n° 87/96, o Estado aparentemente olvida-se que já houve pronunciamento do STF sobre a questão, inclusive em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos possuem eficácia *erga omnes* e devem ser necessariamente observados por todos os Tribunais. Veja-se a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela improcedência da ADC 49:

"O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual"

2.7. Em suas razões de decidir, o Supremo entendeu que esse deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular trata-se de mera movimentação interna ou mudança física do local da mercadoria, não podendo, portanto, ser considerado uma operação mercantil. Dessa forma, declarou inconstitucionais os arts. 11, §3°, II; 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular"; e 13, §4° da Lei Complementar Federal n° 87/96.

2.8. Assim, é possível inferir que que o Supremo entendeu não ser autônomo cada estabelecimento do mesmo titular para definir o local da operação ou prestação, no que diz respeito ao alcance dos efeitos da cobrança do ICMS. Como consequência disso, também entendeu a Corte Constitucional que não ocorre o fato gerador do referido imposto quando houver a saída da mercadoria para outro estabelecimento do mesmo titular.

2.9. Seguindo em frente, passa-se à análise do art. 7°, I, da LC Estadual n° 19/97 e do art. 3°, I, do Decreto 20.686/99.

² SÚMULA N° 271, STF: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.



Estado do Amazonas
Poder Judiciário
Gabinete do Desembargador Wellington José de Araújo

2.10. Basta uma breve leitura dos mencionados dispositivos para perceber que ambos possuem a exata e idêntica redação do art. 12, I, da LC n° 87/96. Veja-se:

LC FEDERAL 87/96:

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;

LC ESTADUAL 19/97:

Art. 7º 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;

DECRETO 20.686:

Art. 3º 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;

2.11. Dessa forma, considerando a idêntica reprodução, na legislação estadual, da redação de dispositivo de lei já declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado, inexigível a aplicação da cláusula de reserva de plenário para reconhecer a sua inconstitucionalidade, em prestígio da economicidade, da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo.

2.12. Na mesma toada, oportuno analisar o art. 2º, §2º, da LC Federal n° 87/96, o art. 7º, §7º, I, da LC Estadual n° 19/97, e o art. 3º, §8º, I, do Decreto 20.686, considerando também possuírem semelhante redação. Veja-se:

LC FEDERAL 87/96:

Art. 2º, § 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

LC ESTADUAL 19/97:

Art. 7º, 7§ São irrelevantes para caracterizar as hipóteses estabelecidas como de exigência do imposto:

I - a natureza jurídica das operações de que resultem as situações previstas neste artigo;

DECRETO 20.686:

Art. 3º, §8º São irrelevantes para caracterizar as hipóteses estabelecidas como de exigência do imposto:

I - a natureza jurídica das operações de que resultem as situações previstas neste artigo;

2.13. O Estado do Amazonas alega, equivocadamente, que deverão ser declarados inconstitucionais os dispositivos supracitados para que seja concedida a segurança ao impetrante. Ocorre que tais dispositivos não devem ser aplicados ao caso em análise, considerando que este último trata-se de situação na qual inexistente qualquer operação, mas simples deslocamento físico dos bens de um estabelecimento do contribuinte para outro. Nesse sentido, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade quando o julgador ou o órgão colegiado, em exercício do seu mister de



Estado do Amazonas
Poder Judiciário
Gabinete do Desembargador Wellington José de Araújo

interpretação da norma jurídica infraconstitucional, deixa de aplicá-la por entender inexistir subsunção aos fatos, não havendo que se falar em violação do art. 97, da CF/88, nem da Súmula Vinculante 10 (STF. 1ª Turma. Rcl 24284/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/11/2016).

2.14. Finalmente, resta analisar o art. 31, da LC Estadual nº 19/97, e o art. 88, II, do Decreto 20.686, cujas redações são extremamente similares, conforme abaixo se observa:

LC ESTADUAL 19/97:

Art. 31. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e importador ou prestador de serviços, de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte, ainda que as atividades sejam integradas e desenvolvidas no mesmo local.

DECRETO 20.686:

Art. 88. 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 - considera-se autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

2.15. Conforme já mencionado, o STF julgou improcedente a ADC 49, declarando inconstitucionais diversos dispositivos da LC Federal 87/96, dentre eles o art. 11, §3º, II, cuja redação é vista abaixo:

Art. 11, § 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;

2.16. Da mesma forma, como outros dispositivos já analisados, percebe-se que é praticamente idêntico o disposto no artigo declarado inconstitucional pela Corte Suprema e o assentado no art. 31 da LC Estadual nº 19/97 e no art. 88, II, do Decreto 20.686, todos acima colacionados. Por isso, considerando haver prévio pronunciamento do STF quanto à matéria, desnecessário submeter a questão da inconstitucionalidade ao Plenário desta E. Corte.

2.17. Deve-se homenagear a celeridade e a razoável duração do processo, motivo pelo qual o Código de Processo Civil, no parágrafo único de seu art. 949, determina que os órgãos fracionários não submeterão ao plenário ou ao órgão especial o tema de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão.

2.18. A razão de existir da cláusula de reserva do plenário é o fato de haver presunção de constitucionalidade das leis. Por isso, uma vez desconstituída essa presunção pelo STF, inexigível que a matéria seja novamente submetida à análise do plenário desta E. Corte, devendo ser prestigiados outros princípios, tais como a instrumentalidade das formas e a razoável duração do processo.

2.19. Por tudo isso, percebe-se que houve violação ao direito líquido e certo do Impetrante quando foi realizada a cobrança de ICMS sobre a movimentação de bens de seu ativo imobilizado e bens utilizados para o próprio e normal funcionamento da empresa, já que, conforme



Estado do Amazonas
Poder Judiciário
Gabinete do Desembargador Wellington José de Araújo

visto, o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS.

2.20. Ante o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, em observância da Súmula nº 271 do STF, para conceder parcialmente a segurança, exceto quanto ao pedido de restituição do crédito efetivamente já recolhido no último quinquênio.

2.21. É como voto.

Manaus, 15 de outubro de 2021.

Desembargador Wellington José de Araújo
Relator