



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 280025/PE  
(2002.05.00.001940-8/03)**

APTE : CIA/ AGRO INDUSTRIAL DE GOIANA

ADV/PROC : NORMA SUELY SILVA E OUTROS

APDO: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADV/PROC : JOSE DE CARVALHO XAVIER CORREIA E OUTROS

ORIGEM: 10ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO

**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS- Pleno**

**RELATÓRIO**

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal **FRANCISCO BARROS DIAS**(RELATOR):

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação interposta pela CIA/ AGRO INDUSTRIAL DE GOIANA, visando analisar a inconstitucionalidade do art. 3º, XIV da Lei nº. 10.259/89 do Estado de Pernambuco.

O recurso tem como objeto a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de anulação da decisão administrativa que concluiu pela exigibilidade de pagamento da contribuição do PRORURAL incidente sobre o valor da cana-de-açúcar, incluindo parcela relativa ao ICMS.

No primeiro julgamento realizado por esta Corte recursal, em 08.06.2004, esta Segunda Turma deu provimento à Apelação, com base em entendimento das Turmas deste Sodalício no sentido de não incidência do ICMS sobre a movimentação de cana própria dentro do complexo agro-industrial açucareiro, a despeito do disposto no art. 3º, XIV da Lei Estadual nº. 10.259/89, nos termos da ementa adiante transcrita:

“PRORURAL. INDUSTRIALIZAÇÃO DE CANA DE AÇÚCAR PRÓPRIA. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. TRANSPORTE. EXCLUSÃO.

1. No deslocamento físico da matéria prima da apelante, do setor produtivo para o setor industrial, não houve nenhum negócio jurídico. Na verdade, o que houve foi um mero transporte de mercadorias e nunca uma transferência de mercadorias que pudesse caracterizar uma circulação tributável pelo ICMS.

2. Contudo, a Lei 10259/89, em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece o seguinte:

“Art. 3º - Ocorre o fato gerador do imposto:

IV – na saída de mercadoria de um estabelecimento extrator ou produtor para outro estabelecimento, de indêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, para que seja submetida a qualquer operação de tratamento ou a processo de industrialização.”



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

3. Conforme foi observado, o disposto na supramencionada Lei estadual a respeito do ICMS, contraria tudo aquilo que tem sido julgado neste sentido pelos Tribunais, em situações absolutamente semelhantes.

4. Em face do exposto, julgo que aceitar a r. sentença, seria decidir de forma contrária ao que tem sido consolidado de forma justa e proporcional na realidade.

5. Apelação provida.”

Contra tal decisão, o INSS opôs Embargos Infringentes, os quais foram improvidos, nos termos do Acórdão de fls. 159/160, em desfavor do qual foram opostos Embargos de Declaração, igualmente improvidos.

A autarquia previdenciária interpôs Recurso Especial, sob o argumento de que o Acórdão recorrido violaria o art. 535 do CPC.

O Relator do Recurso Especial no STJ, em decisão monocrática proferida em sede de Agravo Regimental, deu provimento ao recurso, anulando o Acórdão recorrido, para determinar que o Tribunal de origem realizasse novo julgamento, observando, se for o caso, a cláusula de reserva de plenário, no que toca à legislação pertinente à matéria.

Na sessão da Segunda Turma desta Corte realizada no dia 03 de agosto de 2010, foi reconhecido o necessário julgamento do incidente de inconstitucionalidade do supramencionado dispositivo da lei estadual, nos termos do art. 97 da Lei nº 9.032/95, determinando a remessa do feito ao egrégio Plenário desta Corte, a fim de que fosse processada e julgada a respectiva arguição, por força da decisão imperativa do Superior Tribunal de Justiça.

Foi apresentado Parecer Ministerial, no sentido de acolher a arguição de inconstitucionalidade, às fls. 239/242.

Por força da decisão do STJ e o reconhecimento dessa circunstância pela Segunda Turma deste Tribunal, estou trazendo a matéria objeto da arguição para análise.

É o relatório.

Ao Revisor.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 280025/PE  
(2002.05.00.001940-8/03)**

APTE : CIA/ AGRO INDUSTRIAL DE GOIANA

ADV/PROC : NORMA SUELY SILVA E OUTROS

APDO: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADV/PROC : JOSE DE CARVALHO XAVIER CORREIA E OUTROS

ORIGEM: 10ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO

**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS- Pleno**

**VOTO**

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal **FRANCISCO BARROS DIAS**(RELATOR):

Trata-se de Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade, em processamento na forma dos arts. 480 a 482, do CPC, e dos arts. 137 e 138, do Regimento Interno deste Tribunal, suscitado pela Segunda Turma desta Corte Regional, em relação ao art. 3º XIV da Lei Estadual nº. 10.259/89, que instituiu o ICMS no Estado de Pernambuco.

O ajuizamento do presente feito tem como objeto a anulação de decisão administrativa que concluiu pela exigibilidade de pagamento de contribuição de PRORURAL incidente sobre o valor da cana-de açúcar própria, incluindo parcela relativa ao ICMS.

A sociedade empresária demandante defende ser indevido o pagamento da exação com inclusão do ICMS, pois sendo produtora da própria cana, a cobrança seria indevida, apesar de a legislação estadual prever a cobrança do ICMS.

O dispositivo legal supra mencionado preceitua o seguinte:

“Art. 3º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

XIV – na saída de mercadoria de um estabelecimento extrator ou produtor para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade, ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, para que seja submetida a qualquer operação de tratamento ou a processo de industrialização.”

O campo de incidência do ICMS, de competência dos Estados membros, é definido, na origem, pela própria Constituição Federal, em seu Art.155, inciso II, qual seja, a realização de *“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

O que temos em debate é o fato da norma infra constitucional e de âmbito Estadual, extrapolar os parâmetros prescritos na lei fundamental que delimita as circunstâncias de se tratar de uma operação de circulação de mercadorias que pressuponha um negócio jurídico ou uma transação comercial.

No caso em análise, por força da descrição da norma de incidência Estadual, não se encontra prefigurado esse parâmetro, pois exige-se apenas que a mercadoria seja deslocada dentro do mesmo estabelecimento produtor ou extrator com a mesma titularidade ou não, sendo isso suficiente para fazer incidir a norma.

A se acolher a tese do fisco, estar-se-ia fazendo incidir hipótese legal que não considera o deslocamento da mercadoria para outro titular, mas sim dentro da mesma empresa. Assim mesmo, para simples operação de tratamento ou processo de industrialização, sem que isso implique realmente em uma operação que leve a se configurar circulação de mercadoria dentro do conceito inscrito na Constituição Federal.

No caso concreto, estamos diante de situação em que a contribuição do PRORURAL foi calculada sobre o valor da cana-de-açúcar, cuja base de cálculo incide o ICMS em operação delineada pelo art. 3º, da Lei Estadual de Pernambuco 10.259/89, a qual, como visto aqui, contraria o texto constitucional, por ir além dos ditames da regra maior.

Essa circunstância implica em se reconhecer a incompatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição Federal, o que já vem sendo objeto de análise tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Por isso é que nesse campo a Jurisprudência e Doutrina pátrias possuem entendimento firme de que a expressão “circulação de mercadorias” abrange unicamente as hipóteses em que haja mudança de titularidade na operação de circulação realizada.

Assim, a mera transferência da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo titular, não configuraria fato gerador do tributo em comento. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 166, no seguinte sentido:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

O Supremo Tribunal Federal também vem decidindo nesse sentido. Os julgados abaixo são bem caracterizadores dessa circunstância:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

ICMS. II - Recurso protelatório. Aplicação de multa. III - Agravo regimental improvido.” (AI-AgR 693714, RICARDO LEWANDOWSKI, STF)

“EMENTA: - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - DESLOCAMENTO DE COISAS - INCIDÊNCIA - ARTIGO 23, INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR. O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão "operações", bem como a designação do imposto, no que consagrado o vocábulo "mercadoria", são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimentar frangos, de um estabelecimento a outro, para simples pesagem.” (AI 131941 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 09/04/1991, DJ 19-04-1991 PP-00932 EMENT VOL-01569-04 PP-00682)

Diante do exposto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º da Lei Estadual nº. 10.259/89, incidenter tantum, é medida que se impõe, vez que não diferencia, para fins de incidência de ICMS, a circulação de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular da circulação jurídica, na qual há mudança de titularidade daquelas.

Em face do exposto, **VOTO pelo acolhimento da arguição** para reconhecer incidentalmente, a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º da Lei nº. 10.259/89 do Estado de Pernambuco, a fim de que não tenha aplicação a regra legal ao caso concreto.

É como voto.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 280025/PE  
(2002.05.00.001940-8/03)**

APTE : CIA/ AGRO INDUSTRIAL DE GOIANA

ADV/PROC : NORMA SUELY SILVA E OUTROS

APDO: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ADV/PROC : JOSE DE CARVALHO XAVIER CORREIA E OUTROS

ORIGEM: 10ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO

**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS- Pleno**

**EMENTA**

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACOLHIMENTO. ART. 3º, XIV DA LEI 10.259/89 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. ICMS. FATO GERADOR. SAÍDA FÍSICA SEM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

- O campo de incidência do ICMS é definido, na origem, pela própria Constituição Federal, em seu Art.155, qual seja, a realização de “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

- Discute-se se a norma infra constitucional e de âmbito Estadual, extrapola os parâmetros prescritos na lei fundamental que delimita as circunstâncias de se tratar de uma operação de circulação de mercadorias que pressuponha um negócio jurídico ou uma transação comercial.

- Por força da descrição da norma de incidência Estadual, não se encontra prefigurado esse parâmetro, pois exige-se apenas que a mercadoria seja deslocada dentro do mesmo estabelecimento produtor ou extrator com a mesma titularidade ou não, sendo isso suficiente para fazer incidir a norma.

- A se acolher a tese do fisco, estar-se-ia fazendo incidir hipótese legal que não considera o deslocamento da mercadoria para outro titular, mas sim dentro da mesma empresa. Assim mesmo, para simples operação de tratamento ou processo de industrialização, sem que isso implique realmente em uma operação que leve a se configurar circulação de mercadoria dentro do conceito inscrito na Constituição Federal.

- No caso concreto, estamos diante de situação em que a contribuição do PRORURAL foi calculada sobre o valor da cana-de-açúcar, cuja base de cálculo incide o ICMS em operação delineada pelo art. 3º, da Lei Estadual de Pernambuco 10.259/89, a qual,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

como visto aqui, contraria o texto constitucional, por ir além dos ditames da regra maior.

- A mera transferência da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo titular, não configura fato gerador do tributo em comento. Incidência da Súmula 166 do STJ.

- O reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º da Lei Estadual nº. 10.259/89 é medida de rigor, vez que não diferencia, para fins de incidência de ICMS, a circulação de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular da circulação jurídica, na qual há mudança de titularidade daquelas.

- Arguição acolhida para declarar a inconstitucionalidade do art. 9º do Decreto-Lei nº. 1.893/81.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, **declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, inciso XIV da Lei nº. 10.259/89 do Estado de Pernambuco**, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife/PE, 04 de maio de 2011. (data do julgamento)

Desembargador Federal **FRANCISCO BARROS DIAS**

Relator