



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível

Gabinete Desembargador Ricardo Paes Barreto

248

R

126

Agravo de instrumento nº 185454-4 - Comarca do Recife

Agravante: Estado de Pernambuco.

Agravado: CIL - Comércio de Informática Ltda.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR SITUADOS EM DISTINTAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO À UNANIMIDADE IMPROVIDO. 1. À vista de ausência de caráter mercantil, não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento de mercadorias, integrantes do ativo fixo, entre estabelecimentos do mesmo proprietário, a despeito de esses estabelecimentos se localizarem em Estados diversos. 2. Súmula nº 166 do STJ. 3. Não há se falar em utilização do mandado de segurança como instrumento normativo, haja vista que o agravado demonstrou de forma individualizada a ameaça ao seu direito de proceder ao deslocamento de bens pertencentes ao seu ativo fixo, para outros estabelecimentos de sua propriedade, localizados em Estados diversos, sem que sobre essas operações incida o ICMS. 4. Agravo de instrumento improvido. 5. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do agravo de instrumento nº 185454-4, acima mencionado, julgado em sessão realizada no dia 10/12/2009, ACÓRDÃO os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em negar-lhe provimento, nos termos dos votos, da ementa e da resenha de julgamento em anexo, que fazem parte integrante deste julgado.

P.R.I.

Recife, 15 de dezembro de 2009

Des. Ricardo Paes Barreto - Presidente e relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível

Gabine Desembargador Ricardo Paes Barreto

Agravo de instrumento nº 185454-4 - Comarca do Recife

Agravante: Estado de Pernambuco.

Agravado: CIL - Comércio de Informática Ltda.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o da douta Procuradoria de Justiça de fls. 239/240, que leio, ali opinando-se pelo improvimento do recurso.

Autos conclusos após redistribuição.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

Recife, 23 de novembro de 2009

Des. Ricardo Paes Barreto
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

3ª Procuradoria de Justiça Cível

239
28
128

Agravo de Instrumento nº 0185454-4
Agravante: Estado de Pernambuco.
Agravado: CIL – Comércio de Informática Ltda.

PARECER

Egrégio Tribunal de Justiça,

Colenda Câmara Cível.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo **Estado de Pernambuco** em face de Liminar concedida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **CIL – Comércio de Informática Ltda**, para fins de suspender a exigência de ICMS antecipado em operações de mera transferência de bens entre estabelecimento do impetrante situado fora do Estado de Pernambuco e neste Estado.

Em razões do Agravo de Instrumento o **Estado de Pernambuco** alega o cabimento do Agravo de Instrumento tendo em vista lesão grave e de difícil reparação evidenciada pelo efeito multiplicador de tutelas de urgência semelhantes e, no mérito, a inaplicabilidade da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, sob alegação de que, *in casu*, a circulação da mercadoria se dá entre Estados Membros e não entre estabelecimentos localizados em território pernambucano, bem como, a inadequação da via mandamental para declaração com efeito normativo de fato futuro.

Em contra-razões o Agravado insiste na tese da aplicabilidade da Súmula 166 do STJ e demonstra não se tratar de fato futuro, eis que, já ocorrente a notificação para o recolhimento antecipado do Tributo.

PRELIMINARMENTE,

É de se negar seguimento ao Agravo de Instrumento eis que, inexistente o alegado perigo de dano de difícil reparação.

O temor pela multiplicação de decisões concessivas de liminares a produzir desequilíbrio financeiro não é razão suficiente para se admitir o Agravo de Instrumento na nova sistemática recursal, eis que, se assim fosse, teria o legislador obstaculado a concessão de liminares quanto à matéria tributária, sempre que a liminar fosse requerida em desfavor do Fisco.

Ademais, inexistente a irreversibilidade, eis que, em sendo denegada a Segurança, os Fisco estadual detem os mecanismos legais de cobrança e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

3ª Procuradoria de Justiça Cível

240
129
/

execução de créditos não se podendo, de outra banda, presumir-se má-fé do contribuinte e pendão à sonegação fiscal.

Assim sendo, opina esta Procuradoria de Justiça no sentido de se negar conhecimento ao Agravo de Instrumento convertendo-o em Agravo Retido.

NO MÉRITO:

O ponto de controvérsia está na aplicabilidade de Súmula 166 do STJ quanto à incidência de ICMS na transferência de mercadorias de um estabelecimento a outro de um mesmo contribuinte.

Não há equívoco quanto à interpretação da Súmula 166 e o conceito de atividade mercantil a dar ensejo à cobrança do tributo, ou seja, a atividade de mediação entre produtor e consumidor, com habitualidade e visando ao lucro.

Inexiste, de igual modo, diferença entre a transferência de estoque entre estabelecimentos situados em um mesmo Estado da Federação ou entre Estados diversos, pois, não é a situação geográfica de trânsito que determina a incidência do tributo, mas sim, a natureza da transferência.

Isto é, se se trata de uma mera transferência fática sem repercussão jurídica ou se há uma repercussão jurídica decorrente da transferência da propriedade a caracterizar a mediação com finalidade lucrativa entre estabelecimento comercial e terceiro adquirente.

O que se pode extrair dos autos, em que a via mandamental não admite a dilação probatória, é que os requisitos da liminar se encontram devidamente demonstrados na decisão que se quer revogada.

Com efeito, tanto se encontra presente o *periculum in mora*, demonstrado pelo impetrante pela notificação para recolhimento antecipado o tributo ao qual resiste, como também, o *fumus boni iuris* em face da inoccorrência do fato gerador, qual seja, a transferência de propriedade por mediação com fins lucrativos, que contrariamente não ofertou prova o Agravante.

Assim sendo, presentes os requisitos da concessão da liminar pelo que, em sendo conhecido o Agravo de Instrumento, opina esta Procuradoria de Justiça no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Recife, 29 de setembro de 2009

J. Elias Dubard de Moura Rocha



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível
Gabinete Desembargador Ricardo Paes Barreto

Agravo de instrumento nº 185454-4 – Comarca do Recife

Agravante: Estado de Pernambuco.

Agravado: CIL – Comércio de Informática Ltda.

VOTO

O cerne da questão em tela diz respeito a aplicabilidade da Súmula nº 166 do STJ ou não, quanto à incidência de ICMS na transferência de mercadorias de um estabelecimento a outro de um mesmo contribuinte.

Consta dos autos que o agravado, pessoa jurídica de direito privado, atuante no ramo atacadista, é contribuinte do ICMS, obrigando-se a recolhe-lo aos cofres públicos estaduais quando da circulação de mercadorias e serviços, nos termos do art. 2º da LC nº 87/96.

Infere-se ainda que o agravado possui sede em diversas localidades, motivo pelo qual, algumas vezes encontra-se compelido a transferir bens de uma de suas empresas para outra, de acordo com a demanda mensal de cada localidade.

Insurge-se o agravado/impetrante contra a exigibilidade do ICMS antecipado, cobrado com base na Portaria SF nº 147/2008, a qual passou a exigir o referido imposto nas operações de transferência com agregação de 30% (trinta por cento) na base de cálculo.

Nos termos do art. 155, II, da CF, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre “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”.

Com efeito, para a ocorrência do fato gerador do ICMS, incidente sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, é necessário que tal circulação seja jurídica e, não, meramente física, pressupondo a transferência da posse ou da propriedade da mercadoria, de modo que, não havendo circulação econômica, a tributação pelo ICMS inócorre.

Baseado neste entendimento, o STJ editou a Súmula nº 166, que assim dispõe:

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

Isto posto, não há de ser acolhido o argumento levantado pelo agravante quanto à não aplicação do Enunciado em epígrafe quando o deslocamento de mercadorias se der entre estabelecimentos que, embora sejam do mesmo proprietário, situarem-se em Estados diferentes, senão vejamos.

O Superior Tribunal de Justiça, em diferentes julgados, firmou orientação no sentido de que, à vista de ausência de caráter mercantil, não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo proprietário, a despeito de esses estabelecimentos se localizarem em Estados diversos.

No sentido posto, confirmam-se os arestos adiante ementados:

249

R

130

Q

131 250
/ R

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR (FILIAL E MATRIZ). NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 166, DO CTN. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO DO ENCARGO FINANCEIRO. INEXISTÊNCIA. COMPENSAÇÃO NA ESCRITA FISCAL REGULADA POR LEGISLAÇÃO LOCAL. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE DA FAZENDA ESTADUAL AO CREDITAMENTO EFETUADO PELO CONTRIBUINTE. ACÓRDÃO CALCADO EM INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. APLICAÇÃO. 1. A configuração da hipótese de incidência do ICMS sobre realização de operações relativas à circulação de mercadorias, reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria (Precedentes: AgRg no REsp 601140/MG, Primeira Turma, DJ de 10.04.2006; AgRg no Ag 642229/MG, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 26.09.2005; e REsp 659569/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 09.05.2005). 2. Deveras, consoante abalizada doutrina, "tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física)", a qual pressupõe "a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria" (Roque Antônio Carraza, in ICMS, 9ª Ed., Malheiros Editores, 2003, São Paulo, pág. 36). Desta sorte, inexistindo mudança da titularidade da mercadoria, a tributação pelo ICMS incorre. 3. A jurisprudência cristalizada no âmbito do STJ é no sentido de que "não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (Súmula 166), restando assente, em diversos julgados, a irrelevância dos estabelecimentos situarem-se em Estados distintos (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 601140/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 10.04.2006; REsp 659569/RS, Segunda Turma, publicado no DJ de 09.05.2005; AgRg no Ag 287132/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 18.12.2000; e REsp 121738/RJ, Primeira Turma, publicado no DJ de 01.09.1997). 4. In casu, os autos retratam hipótese de transferência interestadual de bens do ativo fixo e de materiais de uso e consumo da filial da empresa, situada no Estado do Rio de Janeiro, para sua sede localizada na Zona Franca de Manaus (saída da filial e entrada na matriz), fato que refoge à regra-matriz de incidência do ICMS, razão pela qual não merece prosperar a pretensão recursal fazendária, no particular. 5. Outrossim, a quaestio iuris atinente à alegada ausência de prova da não repercussão do encargo financeiro restou solucionada pela instância ordinária à luz da interpretação de legislação local, qual seja, a Resolução SEEF 2.455/94 e o Decreto Estadual 2.473/79, revelando-se incabível a via recursal extraordinária para rediscussão da matéria, ante a incidência da Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". 6. Recurso especial desprovido (REsp 772891/RJ, T1, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/03/2007).

TRIBUTÁRIO. ICMS - TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO. MULTA. LEI MAIS BENÉFICA. ESTADOS DIVERSOS. SÚMULA 166/STJ. APLICAÇÃO DA TR. LEI Nº 8.177/91. 1. Esta Corte tem entendimento já pacificado acerca da aplicação dos efeitos retroativos de lei mais benéfica, quando ainda não definitivamente julgado o ato, a teor do artigo 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional. Precedentes jurisprudenciais. 2. A Súmula 166 do STJ consagrou a tese de que não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. 3. "Os índices de junho e julho de 1990 e de março de 1991 devem adequar-se ao posicionamento adotado na Suprema Corte para os meses em que vigoraram os 'Planos Collor I e II'. Assim, devem ser observados o BTNIF para junho e julho/90 e a TR para o mês de março/91" (STJ - 1ª Seção, REsp n.º 282.201/AL, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 29.09.2003). 4. Recursos especiais do Estado do Rio Grande do Sul improvidos. Recurso Especial de Eicon - Refrigeração Ltda. provido (REsp 659569/RS, T2, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01/03/2005).

Ora, nos termos do Parecer de fls. 240, "*inexiste, de igual modo, diferença entre a transferência de estoque entre estabelecimentos situados em um mesmo Estado da Federação ou entre Estados diversos, pois, não é a situação geográfica de transito que determina a incidência do tributo, mas sim, a natureza da transferência*".

Por fim, aparentemente, não há se falar em utilização do mandado de segurança como instrumento normativo, haja vista que o agravado demonstrou de

132 2/151
R

forma individualizada a ameaça ao seu direito de proceder ao deslocamento de bens pertencentes ao seu ativo fixo, para outros estabelecimentos de sua propriedade, localizados em Estados diversos, sem que sobre essas operações incida o ICMS.

Pelo exposto, voto pelo improvimento do presente agravo de instrumento.

É como voto.

Recife, 12 de dezembro de 2009

Des. Ricardo Paes Barreto
Relator