



Número: **8099516-04.2021.8.05.0001**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**

Órgão julgador: **11ª V DA FAZENDA PÚBLICA DE SALVADOR**

Última distribuição : **09/09/2021**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Assuntos: **ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS (IMPETRANTE)		GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO (ADVOGADO)	
SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA (SAT) DA SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA (IMPETRADO)			
ESTADO DA BAHIA (TERCEIRO INTERESSADO)			
Ministério Público do Estado da Bahia (TERCEIRO INTERESSADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
20841 2623	20/06/2022 15:10	Sentença	Sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
11ª V DA FAZENDA PÚBLICA DE SALVADOR

Processo: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO n. 8099516-04.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: 11ª V DA FAZENDA PÚBLICA DE SALVADOR

IMPETRANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS

Advogado(s): GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO (OAB:DF28493)

IMPETRADO: SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA (SAT) DA SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS contra ato supostamente ilegal imputado SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DE FAZENDA DA BAHIA, autoridade integrante do quadro administrativo-tributário do ESTADO DA BAHIA, no bojo da qual requer “a concessão a medida liminar, inaudita altera parte nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, e art. 151, IV, do CTN, no sentido de ordenar a Autoridade Coatora que se abstenha de exigir o ICMS no deslocamento de bens e materiais de um estabelecimento para outro de titularidade dos filiados da Impetrante localizados em municípios e estados distintos, bem como viabilize a emissão das notas fiscais necessárias para o transporte, sem as condicionar ao recolhimento do imposto, se abstendo a impetrada de realizar qualquer ato coercitivo ao pagamento do tributo, inscrição em dívida ativa, cancelamento de benefícios fiscais, execuções fiscais e afins, nos termos das decisões dos órgãos superiores STJ e STF”.

A título de provimento final, requer a concessão da segurança, nos exatos termos requeridos no pedido de liminar, bem como que “seja declarado o direito dos filiados da impetrante em obter por meio de precatório (Súmula 461) ou compensação (súmula 213) os valores porventura recolhidos indevidamente, nos moldes do Art. 74 da Lei nº 9430/96, alterado pela Lei nº 10.637/2002, considerando o prazo prescricional quinquenal, cujos valores eventualmente recuperados deverão ser atualizados monetariamente pela taxa SELIC”.

Decisão de id. 162735214 concede a medida liminar.

O Estado da Bahia interveio no feito, id. 181342444, informando que “não se oporá ao pleito da Impetrante de que não seja exigido o ICMS no deslocamento de bens e materiais de um estabelecimento para outro de titularidade dos filiados da Impetrante localizados em municípios distintos, em atenção a autorização dada no processo PGE NET nº 2021.01.071671”.

O Ministério Público informa que não apresentará parecer, id. 183126292.

Recolhidas as custas, contados e preparados, foi exarada a sentença de id. 185186966, nos seguintes termos proferida:

“(…)

Consoante já afirmado por ocasião da concessão da tutela provisória, não constitui fato gerador de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por não consubstanciar atividade mercantil de circulação, o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, ainda que situado em Estados diferentes.

O entendimento é da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e foi firmado em julgamento de recurso representativo da controvérsia, seguindo o rito do artigo 543-C do CPC de 1973, conforme ementa abaixo transcrita:

'PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ). 3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - 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;" 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. 5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do

acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008'.(STJ - REsp: 1125133 SP 2009/0033984-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/08/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/09/2010)

Inclusive, o STJ cristalizou o seu entendimento ao proferir a Súmula nº 166, segundo a qual "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Como a questão, não obstante os referidos precedentes vinculantes, ainda era judicialmente controversa, o Supremo Tribunal Federal – STF, dirimindo de uma vez por todas os questionamentos entabulados pelas Fazendas Públicas Estaduais, emitiu pronunciamento, também em julgamento vinculante, sobre o presente tema, consoante a ementa abaixo transcrita:

‘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. Firmada a seguinte tese de repercussão geral: 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’. (ARE 1255885 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 14-09-2020 PUBLIC 15-09-2020, grifou-se).

Ou seja, o STF reconheceu a existência de repercussão geral e julgou o mérito da questão constitucional suscitada no referido Leading Case (ARE 1255885 - Tema 1.099) decidindo pela não-incidência do ICMS nas transferências de mercadorias por falta do substrato econômico-negocial, ou seja, “sem a configuração de ato mercantil” em tais situações operacionais.

Conclui-se, então, com base no julgamento do Tema 1099 pelo STF, e considerando a ausência de oposição por parte do Estado da Bahia, existir direito e líquido e certo da impetrante, de modo que concedo parcialmente a segurança pretendida para afastar, em definitivo, a cobrança do ICMS em operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos (filiais e matriz) de propriedade dos associados da impetrante, sem prejuízo de que o Ente exerça o seu poder de fiscalização.

Declaro, ainda, o direito à compensação dos valores eventualmente recolhidos a tal título, nos termos das Súmulas 213 do STJ e 271 do STF, que deverá ser promovido administrativamente, ou por meio da ação judicial adequada, tudo com o devido contraditório, aplicando-se, na atualização, a taxa Selic".

Contra a aludida sentença, a parte impetrante opôs os embargos de declaração de id. 187127157, oportunidade na qual sustentou a ocorrência de contradição “quanto a compensação ao declarar tal direito via súmula 213 do STJ e logo em seguida aplica a súmula 271 do STF”.

Esclarece que “o mandamus aqui discutido pretende apenas DECLARAR o direito à compensação tributária, respeitado o prazo quinquenal, o que não se aplica a súmula 271 pois não está substituindo os feitos à serem reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Por fim, “Requer a Impetrante que seus embargos sejam acolhidos para sanar a contradição existente na referida sentença, uma vez que foi garantido o direito ao não recolhimento do ICMS entre matrizes e filiais, mas não foi lhe garantido o direito a compensar o tributo nos casos em que fora recolhido indevidamente nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, nos termos da súmula 213 do STJ, bem como sumula 461 e art. 74 da Lei 9.430/1996, da Lei 10.637/2002, que autorizou para os tributos administrados pela SRF, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração com as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação”.

Regularmente instado, o Estado da Bahia apresentou as contrarrazões de id. 205429589, alegando a inexistência de contradição e destacando o propósito meramente infrigente do recurso horizontal.

É o relatório. Decido.

Conquanto não se verifique propriamente a ocorrência de contradição, a análise da sentença embargada demonstra que esta apresenta o vício da obscuridade, pois, com a invocação conjunta dos enunciados 213 e 271 das Súmulas, respectivamente, do STJ e do STF, não ficou clara a forma como a pretendida compensação/restituição poderia ser realizada em conformidade com os referidos precedentes, bem como o termo *a quo* das parcelas restituíveis/compensáveis.

Quanto às parcelas recolhidas **após** a impetração, poderá ser requerida a compensação/restituição nos próprios autos do presente mandado de segurança, mediante pedido cumprimento de sentença.

Já no que se refere às parcelas recolhidas **anteriormente** à data da presente impetração, deve ser consignado que a restituição/compensação terá como marco temporal a data da prolação da decisão vinculante exarada pelo STJ no REsp: 1125133, ou seja, 25/08/2010, **respeitada a prescrição quinquenal**.

Ante o exposto, **ACOLHO OS EMBARGOS OPOSTOS**, para declarar o direito da impetrante de compensar/ter restituídos os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos a contar do ajuizamento desta ação, o que deverá ser promovido administrativamente, ou por meio da ação judicial adequada, tudo com o devido contraditório, ressaltando, contudo, que as parcelas compensáveis/restituíveis pagas após a impetração do presente mandado de segurança poderão ser postuladas mediante cumprimento de sentença nestes próprios autos.

Em qualquer caso, consigno que deverá ser aplicada a taxa SELIC a partir do recolhimento indevido.

Confirmo a esta sentença força de mandado e ofício.

Publique-se. Intimem-se.

Salvador/Ba, 20 de junho de 2022.

Alisson da Cunha Almeida

Juiz Titular da 26ª Vara de Substituições da Comarca de Salvador

Juiz Auxiliar da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador