



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1001455-75.2016.8.26.0566**
Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
Requerente: **Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda.**
Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

Trata-se de Ação Declaratória, com pedido de antecipação da tutela, proposta por **ENGENHARIA E COMÉRCIO BANDEIRANTES LTDA**, em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, sob o fundamento de que foi, indevidamente, autuada, pois efetuou o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, com incidência de multa de caráter confiscatório em vista de taxas de juros moratórios superiores à taxa Selic, conforme AIIM nº 3.157.123-2, o que não estaria sujeito ao ICMS, em manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade da pretensão fiscal, levando-a a sofrer restrições decorrentes de inscrição em dívida e consequente propositura de Execução Fiscal, não lhe restando outra alternativa que não se socorrer do Poder Judiciário.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 32-1102.

Houve antecipação da tutela (fls. 1103-1104).

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou contestação às fls. 1112-1145, na qual sustenta, em resumo, que: **I)** a ação não busca declaração, mas desconstituição de lançamento fiscal; **II)** ocorre o fato gerador do imposto nas saídas de mercadoria a qualquer título, inclusive sobre a transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme dispõe o art. 2, I, do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

RICMS/00; **III**) a própria autora afirma que as mercadorias em questão são utilizadas como insumo para a massa asfáltica produzida no estabelecimento destinatário, não se tratando, portanto, de material de uso e consumo do estabelecimento, mas de mercadorias cuja saída é tributada pelo ICMS; **IV**) todas as saídas de pedras e pó de pedra da autora para o estabelecimento matriz foram, indistinta e indevidamente, consideradas não tributadas; **V**) a Súmula 166/ STJ não é aplicada ao caso, uma vez que transferência não é de mercadoria, mas sim de produto final da empresa filial, que comercializa pedra, pó de pedra e britada tratada com cimento, para a matriz que tem como objeto a massa asfáltica; **VI**) o Poder Judiciário, por não ter função legislativa, não pode afastar ou reduzir multa legalmente prevista na legislação tributária; **VII**) a natureza dos juros de mora é sempre remuneratória, mesmo na mora, inexistindo juros de natureza moratória; **VIII**) a incidência da Selic é perfeitamente legal e incide nos débitos a partir de 1/1/1999 a 22/12/2009, eis que, em 23/12/2009, entrou em vigor o art. 96 da Lei 6.374/89 com alteração dada pela Lei 13.918/09; **IX**) a Constituição Federal conferiu às unidades federadas competência tributária e financeira exclusiva, cabendo-lhes, por conseguinte, instituir e exigir os tributos que lhes foram discriminados, dentre os quais o ICMS; **X**) a requerente almeja locupletar-se do dinheiro público, obtendo ganho ignominioso com a falta de recolhimento de imposto indireto; **XI**) os juros estão em conformidade com a legislação vigente e calculados com base na taxa média prefixada das operações de crédito com recursos livres referenciais para taxa de juros; **XII**) houve processo administrativo com amplo contraditório e farta apresentação de documentos, constando-se que não se trata de mera transferência de mercadoria de uma filial para depósito em outra, mas sim operação de compra e venda de produto para fabricação de massa asfáltica.

Juntou documentos às fls. 1146-1375.

É o relatório.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I, do CPC, eis que não há necessidade de produção de outras provas.

Pretende a autora a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, consubstanciado no AIIM nº 3.157.123-2, pois a autoridade tributária considerou, indevidamente, créditos de ICMS, nos montantes de R\$ 299.202,08 e R\$ 50.331,83 (fl. 51), entre os anos de 2007 e 2010, referente a notas fiscais que registraram a remessa, por filial da autora, de materiais utilizados em preparo de massa asfáltica para pavimentação de rodovias, à sua matriz. Dessa forma, as operações seriam alcançadas pela não incidência, prevista no art. 7º, inciso XV do RICMS¹.

O fisco entende que incide ICMS sobre as transferências de pedra, pedra brita graduada e pó de pedra da Pedreira Bandeirantes, que é um estabelecimento da Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda., para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica.

A fiscalização considera que nesse caso há fato gerador porque (a) o art. 12, I da LC nº 87/96 prevê como hipótese de incidência a simples saída de mercadoria de um estabelecimento para outro, ainda que do mesmo contribuinte – circulação física (b) a situação não se enquadra na exceção prevista no art. 7º, XV da RICMS, vez que as mercadorias do caso concreto não são de uso ou consumo, e sim utilizadas no processo industrial para a formação da massa asfáltica, que é o objeto da atividade empresarial desenvolvida pela autora.

Sem razão o fisco.

O STF, no AI 131.941-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, fixou entendimento de que "**o simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM**", porquanto "**o emprego**

¹ Artigo 7.º - O imposto não incide sobre (Lei Complementar federal 87/96, art. 3.º, Lei 6.374/89, art. 4.º, na redação da Lei 10.619/00, art. 1.º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS-37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, 1, e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único):

XV - a saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

[pelo constituinte] 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".

Não adotou a Corte Constitucional, portanto, a concepção física de circulação, e sim a jurídica, isto é, deslocamento inserido em contexto mercantil ou assemelhado.

A orientação vem sendo reafirmada naquele sodalício: AI 618947 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ªT, j. 02/03/2010; RE 267599 AgR-ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ªT, j. 06/04/2010; ARE 824167 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, 2ªT, j. 26/08/2014; ARE 746349 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, 2ªT, j. 16/09/2014.

O STJ, corte responsável pela uniformização na interpretação da lei federal, seguiu em inúmeros precedentes a mesma linha de pensamento, e inclusive sumulou a matéria especificamente controvertida nos autos, através do Enunciado nº 166, *in verbis*: "**não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.**"

O posicionamento foi afirmado, ainda, em acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC: REsp 1125133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ªS, j. 25/08/2010.

O raciocínio empreendido pela fazenda para afirmar a não submissão do caso à súmula do tribunal superior constitui jogo de palavras, esforço argumentativo para acrescentar às teses administrativas, que embasam verdadeiramente a atuação fiscal, alegações novas, artificiais, para serem utilizadas perante o judiciário.

A transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não é fato gerador de ICMS, o que constitui fundamento suficiente para o acolhimento da pretensão da parte autora.

Julgo procedente a ação e, confirmada a tutela antecipada, anulo o crédito tributário



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

constituído pelo AIIM nº 3.157.123-2, condenando a ré nas custas e despesas de reembolso e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

P. I.

São Carlos, 11 de julho de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**