



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

23 de novembro de 2021

4ª Câmara Cível

Apelação Cível - Nº 0813678-75.2019.8.12.0001 - Campo Grande

Relator – Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Apelante : Ana Paula de Stefani Ansanello

Advogado : João Rodrigo Santana Gomes (OAB: 195212/SP)

Advogada : Maiara Santana Zerbini (OAB: 357329/SP)

Apelante : Denilson Ansanello

Advogado : João Rodrigo Santana Gomes (OAB: 195212/SP)

Advogada : Maiara Santana Zerbini (OAB: 357329/SP)

Apelado : Estado de Mato Grosso do Sul

Proc. do Estado : Fernando Cesar Caurim Zanele (OAB: 9780/MS)

Interessado : Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul

Interessado : Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul

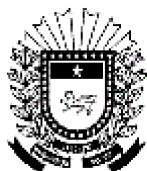
EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR - CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MS CONTRA LEI EM TESE E INADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO PARA CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL COM EFEITOS NORMATIVOS FUTUROS - REJEITADA - MÉRITO - COBRANÇA DE ICMS EM VIRTUDE DA TRANSFERÊNCIA DE GADO ENTRE PROPRIEDADES DOS AUTORES IMPETRANTES EM ESTADOS DISTINTOS - NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO – TEMA Nº 1099 STF - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não é carecedor de ação aquele que se utiliza de mandado de segurança contra lei em tese se a impugnação do decreto legislativo não constitui o principal pedido da demanda, mas sim a obrigação de não fazer consistente em se abster de exigir o tributo. Preliminar rejeitada.

A impetração de mandado de segurança é assegurada não somente na forma repressiva, mas também preventiva, consoante previsto pela Lei Federal nº 12.016/2009 em seu artigo 1º, caput. Prejudicial afastada.

Nos termos do enunciado da Súmula 166/STJ e do que foi decidido pelo STF no ARE 764.196 e pelo STJ em sede de representativo de controvérsia – **Tema 259**, a transferência de mercadorias (rebanho) entre propriedades rurais de um mesmo contribuinte ou empresa não configura fato gerador do ICMS, mesmo que interestadual.

O STF ao julgar o ARE nº 1.255.885 na data de 15/09/2020, firmou 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."*



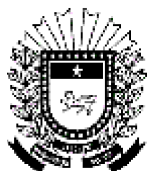
Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e com o parecer, afastaram a preliminar e, no mérito, por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 23 de novembro de 2021.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de Apelação interposta por **Ana Paula de Stefani Ansanello e outro** em face de **Estado de Mato Grosso do Sul** contra sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança que denegou a segurança.

Os recorrentes alegam, em síntese, que a r. sentença proferida está em total desacordo com a jurisprudência dos Tribunais Pátrios, inclusive de recurso julgado sob o rito de recurso repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça.

Aduzem que o objetivo do presente *mandamus* é a concessão da segurança para efetiva abstenção da cobrança do ICMS nas operações de transporte de gado interestadual entre as seguintes propriedades: fazendas Renascer e Retirinho, ambas localizadas no Estado do Mato Grosso do Sul para as fazendas Renascer, Campestre e Remanso, todas localizadas no Estado de São Paulo e, todas de propriedade dos apelantes, pois, inexistente a transferência de propriedade do gado, não sendo, portanto, hipótese de incidência do ICMS.

Sustenta que não há falar em situações genéricas, mas sim, somente nesses casos de transferência de gados entre as propriedades rurais dos Apelantes.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença apelada.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso, fls. 311/348.

Oposição ao julgamento virtual, fls. 361.

Parecer da Procuradoria pela rejeição das preliminares e pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação, fls. 363/370.

É o relatório.

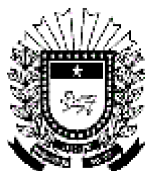
V O T O (E M 2 4 / 0 8 / 2 0 2 1)

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por **Ana Paula de Stefani Ansanello e outro** em face de **Estado de Mato Grosso do Sul** contra sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança que denegou a segurança.

A sentença objurgada possui o seguinte dispositivo, fls. 243/249:

"Ante todo o exposto denego a segurança. Condeno os impetrantes ao pagamento das custas processuais, isentando-os dos honorários de



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

advogado, nos termos das Súmulas nº 512 do Supremo Tribunal Federal e nº 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Transitada em julgado, arquivem-se com as cautelas e anotações de estilo."

Preliminares:

1. Impossibilidade de uso do *Writ* para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros;

2. Vedação de impetração do *mandamus* contra lei em tese conforme vedação da Súmula nº 266 do STF:

Em contrarrazões o Estado suscita as preliminares de não cabimento do mandado de segurança para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros e de vedação de impetração para impugnar lei em tese.

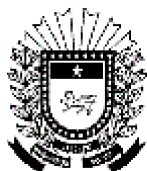
Contudo, no caso, não há impetração de mandado de segurança contra lei em tese, pois a suposta tributação indevida sustentada pelo impetrante configuraria violação concreta aos seus direitos, cuja reincidência futura tenta evitar por meio do presente *writ*, não havendo, assim, incerteza no comando judicial pretendido, tampouco abstração e generalidade na segurança pleiteada.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente é vedada a impetração quando o mandado de segurança "*tenha por objeto ato normativo abstratamente considerado ou, conforme já se manifestou a Suprema Corte, '...quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante'* (RE 99.416/SP, Primeira Turma, Min. Rafael Mayer, Dj de 22/04/1983)." (AgInt no AREsp 963.188/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/11/2016).

No caso, o pedido do impetrante é indubitoso quanto à prática de ato concreto, no sentido de se determinar que seja garantido direito líquido e certo de se transferir bens entre estabelecimentos de sua propriedade sem recolhimento de ICMS .

Não se pode confundir mandado de segurança dotado de natureza preventiva com a impetração contra lei em tese. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISS. ALÍQUOTA FIXA. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. REEXAMÉ DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, 'não se pode confundir mandado de segurança preventivo com mandado de segurança impetrado contra lei em tese [...] Isto porque a natureza preventiva do mandamus decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente [...] Por seu turno, no writ dirigido contra lei em tese, a situação de fato, que enseja a incidência da norma jurídica, ainda não restou configurada' (REsp 860.538/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/9/2008, DJe 16/10/2008). 2. No caso, o



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Estadual atestou o caráter preventivo da impetração, ante a iminência de ato coator, em razão "da inovação legislativa que alterou o Direito Tributário Municipal". 3. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem de que a impetrante apresenta natureza de organização individual, permitindo o recolhimento do ISS sobre alíquota fixa, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 543.226/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10/12/2015).

Com efeito, a impetração de mandado de segurança é assegurada não somente na forma repressiva, mas também preventiva, consoante previsto pela Lei Federal nº 12.016/2009 em seu artigo 1º, caput.

Outrossim, repita-se, o presente *mandamus* não se volta contra lei em tese, mas sim contra atos concretos praticados pelo poder público estadual.

Assim, **rejeito** as preliminares ventiladas.

Mérito:

A controvérsia do presente processo consubstancia-se acerca da possibilidade de incidência de ICMS nas transferências interestaduais de gado bovino entre propriedades rurais de um mesmo titular.

Consigna-se que o ICMS é um tributo incidente na circulação de mercadorias. Portanto, o ponto nodal para saber se o mesmo incide ou não é averiguar se há a efetiva circulação de mercadoria.

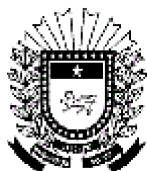
De início, cumpre ressaltar que para a incidência do ICMS imprescindível a circulação jurídica de uma mercadoria ou seja, a transferência de titularidade (comercialização).

Neste sentido, impõe-se ressaltar que o STF em decisão publicada recentemente em 15 de setembro de 2020, com repercussão geral, julgou o ARE nº 1.255.885, exatamente deste Estado de Mato Grosso do Sul, cujo tema nº 1099 restou assim estabelecido:

"Tema nº 1099: Incidência de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre o deslocamento de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos."

A propósito, transcrevo o teor da ementa:

"Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Deslocamento de mercadorias. Estabelecimentos de mesma titularidade localizados em



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*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.**" (grifei)*

Por outro lado, no mesmo sentido é a jurisprudência do STJ. Vejamos **precedente**, em recurso interposto também pelo Estado de Mato Grosso do Sul, ora apelante:

*"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OFENSA AO ARTIGO 949, II, DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. **ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS ENTRE PROPRIEDADE DO MESMO TITULAR. SÚMULA 166 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.** 1. Não se configura a alegada ofensa aos artigos 489 e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento. 2. A afetação ao órgão especial (reserva de plenário; full bench) somente é obrigatória quando o órgão fracionário pretende declarar a inconstitucionalidade (art. 949, I, e parágrafo único do CPC, e Súmula Vinculante 10, a contrario sensu), o que não se verifica na espécie. 3. **Não constitui o fato gerador do ICMS o transporte de bovinos entre estabelecimentos rurais do mesmo proprietário, pois neste caso não há a circulação jurídica do bem que ocasione a transferência de titularidade e tampouco há a caracterização de ato mercantil na operação.** 4. **Aliás, consoante o enunciado da Súmula 166 do STJ, "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."** (Súmula 166 do STJ). 5. Agravo interno não provido". (STJ. Ag. Int. no REsp n. 1.425.054/MS; Rel. Min. Mauro Campbell Marque; **julgado em 02/04/2019**)" (grifei)*

Muito embora a Lei Complementar nº 87/96 (**Lei Kandir**) dispõe em seu art. 12, inciso I, que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto o momento da saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, **o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que, para a ocorrência do fato gerador do ICMS, é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria e a transferência de propriedade.**

Aliás, é exatamente neste sentido o enunciado da **Súmula n. 166 do**

STJ:

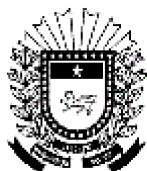


Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

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

A decisão do STJ que levou a edição da Súmula 166, foi proferida no ano de 1992, todavia, a tese foi reafirmada pelo STJ, agora em sede de julgamento pela **sistemática dos recursos repetitivos**, ao proferir julgamento no REsp n. 1.125.133/SP – **Tema 259**. Confira-se:

*"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*



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

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, 10^ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37). (...). 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (STJ. REsp 1.125.133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)" (grifei)

Assevera o Estado que não foi declarada a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei Kandir e que o decidido pelo STJ no Tema 259, não se aplicaria no caso de transferência entre Estados, todavia, razão não lhe assiste, já que o próprio **Supremo Tribunal Federal** consignou que somente com a transferência de domínio é que se gera a incidência do ICMS, mesmo nos casos de circulação interestadual de mercadoria. Vejamos:

"EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTO. MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.(STF. ARE 764196 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 06-06-2016 PUBLIC 07-06-2016)" (grifei)

Feitas essas considerações, tenho que o *DISTINGUISHING* levado pelo Estado apelado não merece acolhimento. Isto porque os fundamentos aventados ignoram o aspecto mais essencial da regra matriz de incidência, prevista no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, qual seja a circulação econômica de mercadorias.

Consigna-se, ainda, que o ICMS é tributo que incide quando há a circulação de mercadoria em evidente ato de mercancia, ou seja, alteração de titularidade, portanto, razão também não assiste ao apelado quanto afirma que circular não é sinônimo de vender e que o fato gerador do tributo ocorre com ou sem a mudança de titularidade.

Dessa forma, considerando que buscam os apelantes a transferência de mercadorias (gado bovino) das fazendas Renascer e Retirinho, ambas localizadas no Estado do Mato Grosso do Sul para as fazendas Renascer, Campestre e Remanso, todas localizadas no Estado de São Paulo e, todas de propriedade dos apelantes (mesmo que em sociedade), o caso dos autos se subsume às hipóteses expostas no enunciado sumular e no julgado submetido ao rito dos recursos repetitivos, merecendo reparo a sentença objurgada.



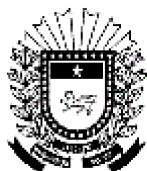
Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

A propósito, não bastassem os posicionamentos majoritários do STJ e do STF, corroborando com o presente entendimento este E. Tribunal de Justiça também vem se posicionando:

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – COBRANÇA DE ICMS – DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR LOCALIZADOS EM ESTADOS DISTINTOS – AUSÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DA MERCADORIA E, CONSEQUENTEMENTE, DE FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – ARBITRAMENTO SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA – APELO NÃO PROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA – PROCEDENTE EM PARTE. Nos termos da Súmula de n. 166, do STJ, não constitui fato gerador do ICMS, o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Para a ocorrência do fato impositivo, é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade, não bastando a simples transposição dos limites territoriais de um estado. Em sede de reexame necessário, a sentença comporta modificação quanto aos honorários sucumbenciais, pois não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação deve se dar sobre o valor atualizado da causa, conforme estipula o inciso III, do § 4º do art. 85 do CPC." (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0800441-67.2018.8.12.0046, Chapadão do Sul, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 29/05/2019, p: 30/05/2019)" (grifei)

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESLOCAMENTO DE BOVINOS ENTRE FAZENDAS DO MESMO TITULAR – NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – AUSÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – SÚMULA 166/STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O mero deslocamento de bovinos para fazendas do mesmo titular para outro estado da federação não configura circulação de mercadoria (art. 155, II, CF) que autorizaria a cobrança de ICMS. Nesse sentido, o teor da Súmula 166/STJ e o REsp 1125133/SP submetido a recurso representativo da controvérsia." (TJMS. Apelação n. 0821567-51.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 31/05/2019, p: 03/06/2019)" (grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ICMS - TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA EMPRESA INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - SÚMULA 166 DO STJ RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A transferência de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo contribuinte, embora localizados em Estados diferentes, não é fato gerador de ICMS, conforme súmula 166 do STJ. Recurso conhecido e não provido." (TJMS - 4001576-96.2013.8.12.0000 Agravo Regimental Relator(a): Juiz Vilson Bertelli Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 26/03/2013)" (grifei)



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Cumpre destacar, ainda, que não falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a não aplicação do art. 12 da Lei Kandir não enseja, necessariamente, a declaração de sua inconstitucionalidade.

É que a situação dos autos, onde se discute o transporte de semoventes de uma fazenda para outra de um mesmo proprietário, não constitui circulação jurídica, mas tão somente circulação fática, inexistindo, portanto, subsunção do fato à norma. **Trata-se pois, de processo interpretativo e não juízo sobre a validade (inconstitucionalidade) da norma.**

Vejamos voto de lavra da e. Min. Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n. 9195:

"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. ART. 43 DO CTN. CONCEITO DE RENDA ACRÉSCIMO. ART. 74 DA MP MP 2.158-35/01. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. DISPONIBILIZAÇÃO DO LUCRO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. INOCORRÊNCIA. Na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, no caso em que ocorre tão só processo de interpretação legal, função inerente a toda atividade jurisdicional, não há falar em afronta à Súmula vinculante 10. Agravo regimental conhecido e não provido. (Rcl 9195 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 PUBLIC 11-03-2019)" (grifei)

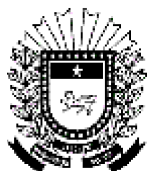
Não se desconhece o fato de que a não incidência de ICMS nestes casos (transferência de bovinos) traz prejuízos ao Estado de Mato Grosso do Sul. Todavia, judicializada a questão, esta Corte Estadual não deve deixar de aplicar o julgado paradigma do STJ ao argumento de que traz ele prejuízos aos cofres públicos do Estado de MS, eis que não se trata de uma decisão política.

Assim sendo, assistindo razão aos apelantes, o recurso comporta provimento.

Por derradeiro, de rigor ressaltar que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente sobre cada um dos dispositivos invocados pelas partes, necessitando, pois, apenas indicar aqueles no qual embasa seu juízo de valor.

Em vista destas circunstâncias, a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

Assim, por todo o exposto, **CONHEÇO** do recurso de apelação e, no mérito, **DOU-LHE PROVIMENTO para conceder a ordem**, devendo o Estado de Mato Grosso do Sul abster-se de efetuar a cobrança do ICMS nas operações de transporte de gado interestadual entre as seguintes propriedades: fazendas Renascer e



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Retirinho, ambas localizadas no Estado do Mato Grosso do Sul para as fazendas Renascer, Campestre e Remanso, todas localizadas no Estado de São Paulo e, todas de propriedade dos impetrantes.

Por consequência, fica invertido o ônus sucumbencial.

É como voto.

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E, NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA PARA A SESSÃO DE 28/09/2021 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. ALEXANDRE, APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA. SUST. ORAL DR. JOÃO RODRIGO SANTANA GOMES

V O T O (E M 0 5 / 1 0 / 2 0 2 1)

O Sr. Des. Alexandre Bastos (2º Vogal)

Haure-se dos autos que os Apelantes impetraram Mandado de Segurança com o objetivo de que o Estado de Mato Grosso do Sul seja obrigado a se abster de cobrar o ICMS nas operações de transporte de bovinos entre as suas propriedades localizadas nos Estados de Mato Grosso do Sul e de São Paulo – sob o argumento, em síntese, de que “*inexiste a transferência de propriedade do gado, não sendo, portanto, hipótese de incidência do ICMS*”.

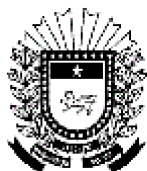
A segurança foi denegada pelo Magistrado de primeiro grau sob o fundamento, em resumo, de que:

(...). **a expedição de um mandamento genérico capaz de proteger os impetrantes de toda e qualquer situação futura e incerta equivaler-se-ia em salvaguardá-los da atuação do Fisco em todas as suas operações de circulação de bens interestaduais, o que não é possível.**

Outrossim, oportuno destacar que as notas fiscais acostadas às pp. 116-127 demonstram que a operação não se trata de transferência de animais sem a alteração da propriedade, havendo verdadeira troca de titularidade do bem.

Nesse sentido, observa-se que a nota fiscal n. 002.405.200 possui como remetente o impetrante Denilson e como destinatária a impetrante Ana Paula (p.116), comprovando a alteração da propriedade dos semoventes.

No que diz respeito às notas fiscais n. 002.405.028 e 002.404.987 (pp. 120 e 123), nas quais contam como remetente e destinatária a impetrante Ana Paula, é oportuno esclarecer que não há prova da



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

inscrição estadual agropecuária no Estado de São Paulo, além de não restar demonstrada que a transação destina-se exclusivamente à movimentação dos semoventes, já que a impetrante não comprovou o exercício da atividade pecuária, a necessidade do transporte animal, a quantidade de gado já existente na propriedade de destino e que o local comporta o recebimento de mais 146 cabeças de gado.

Ressalta-se que nas demandas desta natureza o importante é a prova de inocorrência do fato gerador do ICMS, ônus do qual os impetrantes não se desincumbiram. (...). (Destaquei).

O I. Relator, Dr. **Luiz Antonio Cavassa de Almeida**, concedeu a **segurança para impor** ao Estado de Mato Grosso do Sul que se abstenha “*de efetuar a cobrança do ICMS nas operações de transporte de gado interestadual entre as seguintes propriedades: fazendas Renascer e Retirinho, ambas localizadas no Estado do Mato Grosso do Sul para as fazendas Renascer, Campestre e Remanso, todas localizadas no Estado de São Paulo e, todas de propriedade dos impetrantes*”. Seu Voto sustenta-se, em suma, no Tema n. 1099 do STF e no enunciado da **Súmula n. 166 do STJ**, os quais – em termos diferentes, mas no mesmo sentido – consolidaram o entendimento de que “*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*”.

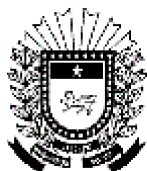
Diante disso, **pedi vista dos autos para analisar as questões fático-jurídicas postas em julgamento.**

Pois bem. Compulsados os autos, **peço vênia ao I. Relator para divergir do seu entendimento acerca do mérito da questão**; e, por consequência, inferir pela ratificação da sentença.

Nesse prisma, dada a máxima licença, entendo que **o caso trazido à apreciação não se subsume a nenhum dos precedentes, haja vista que estes não trataram especificamente da hipótese de encerramento do diferimento do lançamento tributário gerado pela interrupção da cadeia de produção bovina dentro do Estado**. Há, portanto, uma distinção (*distinguishing*) no caso.

Conforme se vê da própria petição inicial, os **Apelantes pretendem a concessão de segurança com o fim de obrigar o Estado de Mato Grosso do Sul a se abster de efetuar a cobrança de ICMS de toda e qualquer operação de transporte de bovinos entre as suas propriedades localizadas nos Estados de Mato Grosso do Sul e de São Paulo. Trata-se, portanto, de Mandado de Segurança de cunho exclusivamente preventivo.**

Dessa forma, tenho que **não pode o Estado de Mato Grosso do Sul ser obrigado a se abster de efetuar a cobrança de eventual ICMS resultante de fato imponível materializado pelo encerramento do diferimento tributário**, ou seja, relacionado a fatos imponíveis situados em momentos anteriores da cadeia de produção bovina dentro do Estado; **porquanto** – nos termos disciplinados no art. 12, inciso I, da Lei n. 1.810/97 – **esse diferimento se encerra na saída dos bovinos para outro Estado, em qualquer hipótese, ou seja, ainda que para propriedade de titularidade**



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

do mesmo contribuinte.

Em tais casos, quando da autorização do trânsito desses animais para outro Estado, o fisco PODE/DEVE proceder à aferição se tais bovinos não estão abrangidos em operações anteriores que geraram obrigação de pagamento do ICMS e que fora suspensa pelo DIFERIMENTO, pois nesses casos, E SOMENTE NESSES, daí sim o contribuinte que pretender dar saída nos animais será responsável tributário pelo imposto que teve o seu lançamento e pagamento diferidos.

Ora, dispensar os Apelantes de serem cobrados pelo pagamento do ICMS nesses casos de encerramento do diferimento tributário implica indevida permissão para que esses contribuintes adotem esse comportamento de transportar/transferir os bovinos para outro Estado sem efetuar o pagamento do tributo em relação a todas as etapas anteriores da circulação da mercadoria descobertas do pagamento do ICMS.

A propósito, colaciono alguns trechos do excelente voto proferido pelo Des. Marcelo Câmara Rasslan, quando do julgamento da Apelação/Remessa Necessária n. 0800631-33.2017.8.12.0024 (no qual foi acompanhado à unanimidade pelo Colegiado da 1ª Câmara Cível), *in verbis*:

(...). As disposições das referidas normas evitam que o produtor rural se beneficie da regra do diferimento do imposto neste Estado e, no momento anterior à venda, transfira o rebanho para outra propriedade situada em Estado diverso, comercializando os bovinos em frigorífico localizado em outra unidade da federação, deixando o Estado de Mato Grosso do Sul de receber o imposto das etapas anteriores que haviam sido postergadas pelo diferimento.

Significa dizer que, na prática, o recolhimento do ICMS que deveria se verificar quando da compra dos semoventes pelo seu proprietário, é postergado, com substituição do sujeito passivo da obrigação, que passa a ser o comprador, para o momento em que este vender os bens para o abate, ou transferi-los para outro Estado, ainda que para propriedade própria e sem transferência da titularidade jurídica, isto para impedir a chamada "guerra fiscal", beneficiando-se o estado destinatário às custas do estado remetente.

O recolhimento é devido, assim, "para trás", ou seja, pela transação anterior, cuja tributação foi postergada em razão do diferimento.

Não permitir-se tal tributação inviabilizaria a produção, manejo, trato e comercialização do gado, porque se obrigaria o Estado a não diferenci-la, em evidente prejuízo à própria agropecuária.

Outrossim, impende destacar que em prol do interesse público da arrecadação e da fiscalização tributária, o Código Tributário Estadual impõe a tributação sobre a transferência interestadual de reses, especialmente porque a economia estadual é movida pela atividade agropecuária e a não incidência do imposto acaba por ocasionar ao produtor a eleição da unidade federativa com mais incentivos fiscais para efetuar a venda da mercadoria, o que, por via transversa, viola o pacto federativo.

Logo, o diferimento não implica benefício fiscal, mas tão somente técnica de tributação, que possibilita o adiamento do lançamento e



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

pagamento do imposto, conferindo mais comodidade e poder de fiscalização ao Ente Público, restando estabelecida a regra do encerramento do diferimento na saída do produto ou serviço para outro Estado, sendo cabível a cobrança. (...). (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0800631-33.2017.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, p: 17/02/2021). (Destaquei).

A propósito, nesse sentido já decidiu esta 4ª Câmara Cível e, também, a 1ª Câmara Cível, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES AFASTADAS – INCIDÊNCIA DE ICMS – SAÍDA/TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS PARA IMÓVEL RURAL DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADO EM OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO – ENCERRAMENTO DO DIFERIMENTO TRIBUTÁRIO – PODER/DEVER DE PROCEDER AO LANÇAMENTO E RESPECTIVA COBRANÇA – VEDAÇÃO DE CONDICIONAR A SAÍDA/TRANSFERÊNCIA AO RECOLHIMENTO TRIBUTÁRIO DE FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. 1. Por força do disposto no art. 12, inciso I, da Lei n. 1.810/97, a saída de bovinos deste Estado para outro implica encerramento do diferimento do lançamento tributário e da respectiva cobrança do ICMS relacionado a fatos imponíveis situados em momentos anteriores na cadeia de bovinocultura. 2. Assim sendo, no momento dessa saída/transferência, o Ente Estadual tem o poder/dever de proceder à aferição se tais bovinos não estão abrangidos em operações anteriores que geraram obrigação de pagamento do ICMS e, conseqüentemente, de proceder ao lançamento do ICMS e à respectiva cobrança atinentes a esses fatos imponíveis. 3. No entanto, o Estado não pode condicionar essa saída/transferência ao recolhimento do ICMS sob pena de violar direito líquido e certo reiteradamente reconhecido aos contribuintes pelos nossos tribunais nos casos de apreensões de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. 4. Apelação e Remessa Necessária conhecidas e não providas. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0803139-50.2019.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 08/12/2020, p: 13/12/2020). (Destaquei).

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS – MANDADO DE SEGURANÇA – REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO VOLUNTÁRIO – TRIBUTAÇÃO DO ICMS DIANTE DO DESLOCAMENTO DE BOVINOS ENTRE PROPRIEDADES RURAIS DO MESMO TITULAR, PORÉM, EM ESTADOS DIFERENTES – POSSIBILIDADE – ARTIGO 12 DA LC 87/96 – SENTENÇA REFORMADA – PREQUESTIONAMENTO. Não se conhece de remessa necessária quando interposto recurso voluntário pela parte a quem ela aproveitaria. É cabível a incidência de ICMS na transferência de gado bovino de um Estado para outro, ainda que em área de propriedade do mesmo titular, conforme previsto no Código Tributário Estadual e permissivo da Constituição Federal (art. 155, II, §



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

2.º, XII), bem como art. 12, da LC n.º 87/96. Remessa necessária não conhecida. Recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul conhecido e provido. Recurso interposto por José Santinelo Talhari prejudicado. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0800631-33.2017.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 10/02/2021, p: 17/02/2021). (Destaquei).

De ser registrado, entretanto, que o Estado não pode condicionar a transferência de gado bovino de uma propriedade rural para outra do mesmo contribuinte (ainda que elas estejam localizadas em Estados distintos) ao recolhimento do ICMS, porquanto esse deslocamento, por si só, não constitui fato impositivo daquele tributo – sob pena de violar direito líquido e certo reiteradamente reconhecido aos contribuintes pelos nossos tribunais nos casos de apreensões de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Repisa-se, porém, conforme já fundamentado, que, em se tratando de encerramento de diferimento tributário, poderá o Fisco proceder ao procedimento de lançamento, cobrança, etc.

Dispositivo

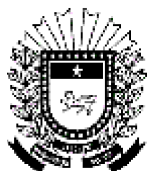
Ante o exposto, divergindo do I. Relator em relação ao mérito, **conheço e nego provimento à Apelação**, ratificando integralmente a sentença.

É como voto.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO E, NO MÉRITO, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, ACOMPANHADO PELO 1º VOGAL, VENCIDO O 2º VOGAL, QUE LHE NEGAVA PROVIMENTO. ESTE PROCESSO SE SUBMETERÁ À TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

V O T O (E M 2 3 / 1 1 / 2 0 2 1)

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL, EM CONFORMIDADE COM O ART. 942 DO CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 23 de novembro de 2021.

zm