

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS**Órgão** 1ª Turma Cível**Processo N.** APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 0709431-64.2018.8.07.0018**APELANTE(S)** DISTRITO FEDERAL**APELADO(S)**

O UNIVERSITARIO RESTAURANTE IND COM E AGROPECUARIA LTDA,O
UNIVERSITARIO RESTAURANTE IND COM E AGROPECUARIA LTDA e O
UNIVERSITARIO RESTAURANTE IND COM E AGROPECUARIA LTDA

Relatora Desembargadora SIMONE LUCINDO**Acórdão N°** 1183685**EMENTA**

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. SAÍDA DA MERCADORIA DO CONTRIBUINTE PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. FATO GERADOR PRESUMIDO. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 87/96. LEI DISTRITAL Nº 1.254/96. DECRETO DISTRITAL Nº 18.955/97. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DECLARADA. OBSERVÂNCIA. SÚMULA Nº 166 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDIÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR À LEI. SITUAÇÕES FÁTICAS E JURÍDICAS DISTINTAS. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. As causas de incidência do ICMS encontram-se disciplinadas pela Lei Distrital nº 1.254/1996 e seu Decreto regulador, de nº 18.955/1997, que, reproduzindo dispositivo idêntico da Lei Complementar Federal nº 87/96, estabelecem como ocorrido o fato gerador do ICMS o momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Assim, porquanto tal sistema jurídico não foi declarado inconstitucional, goza da presunção de constitucionalidade e de legitimidade que ostenta todo ato normativo na ordem jurídica brasileira.

2. Segundo precedentes jurisprudenciais deste Tribunal e das Cortes Superiores de Justiça, a antecipação tributária, sem substituição, encontra respaldo no artigo 150 § 7º da Constituição Federal e

pode ser regulada no âmbito de legislação ordinária, de modo que se configura legal a cobrança antecipada do ICMS, nos moldes previstos pela legislação distrital – Lei nº 1.254/1996 e Decreto nº 18.955/1997.

3. Consoante prevê a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça e, ainda, o REsp nº 1.125.133/SP, não constitui fato de gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Todavia, há que se ressaltar que a edição de tal enunciado (em 23/08/1996) se deu em momento anterior à publicação da Lei Complementar nº 87/96, ao passo que o Recurso Repetitivo nº 1.125.133/SP, cujo caso concreto envolvia a transferência de ativos imobilizados, não analisou as regras contidas na aludida legislação, pelo que o teor desta deve ser observado.

4. Apelação cível e remessa necessária conhecidas e providas. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SIMONE LUCINDO - Relatora, CARLOS RODRIGUES - 1º Vogal e HECTOR VALVERDE SANTANA - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES, em proferir a seguinte decisão: CONHECER DA APELAÇÃO E DA REMESSA NECESSÁRIA E DAR-LHES PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de Junho de 2019

Desembargadora SIMONE LUCINDO

Relatora

RELATÓRIO

O **Distrito Federal** interpôs **apelação cível** contra a r. sentença ao ID 7664959, proferida no **mandado de segurança preventivo** impetrado por O Universitário Restaurante Indústria Comércio e Agropecuária Ltda e outros para fins de assegurar-lhes o direito de não sofrerem a cobrança de ICMS, em qualquer percentual, sobre operações de deslocamento de mercadoria entre seus estabelecimentos, inclusive filiais em outros Estados da federação, bem assim de não lhes ser imposta sanções e medidas coercitivas de qualquer natureza.

A sentença **concedeu parcialmente a segurança**, nos seguintes termos:

Assim, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para determinar, ao impetrado e seus agentes fiscais, a não incidência de ICMS e das penalidades relativas a seu não pagamento nas operações da impetrante que se caracterizem como **MERO DESLOCAMENTO** de mercadorias, sem mudança de propriedade ou titularidade, entre seus diversos estabelecimentos, ainda que localizados em Estados diversos da Federação.

Em suas razões recursais, o Distrito Federal alega que o acontecimento jurídico-tributário em questão não se amolda à hipótese descrita na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça ou no Recurso Especial Repetitivo nº 1.125.133/SP. Destaca que a referida Súmula nº 166/STJ foi editada sob a égide de outra legislação (art. 1º, inciso I, e §2º, incisos I e II, todos do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968), que pressupunha “*deslocamento de mercadoria para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*” dentro da mesma unidade federativa, constatação que se extrai também das razões explicitadas no precedente considerado para origem da Súmula. Sustenta que o Recurso Especial nº 1.125.133/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, dirimia hipóteses referentes à composição do ativo imobilizado do contribuinte, situação diversa do caso concreto. Assevera que a hipótese concreta é de Recolhimento Antecipado do Imposto que será pago pelo consumidor final (antes da ocorrência do fato gerador), que ocorre precisamente no momento em que a mercadoria é remetida para a revenda, nos termos do artigo 7º da Lei Complementar nº 87/96 e do artigo 46, §1º, da Lei Distrital nº 1.254/96. Defende que o instituto foi criado visando preservar a competência tributária constitucional, tanto do ente de origem, quanto do ente de destino do bem, situação em que o legislador optou por dividir a arrecadação entre os Estados envolvidos. Alega que a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96 expressamente autorizam tal forma de tributação. Aduz violação ao pacto federativo, ante as diretivas constitucionais de não-cumulatividade e conciliação dos interesses das unidades federadas. Afirma que a transferência de mercadoria realizada pelo impetrante caracteriza circulação econômica, porque há etapas do ciclo produtivo em uma Unidade Federada com posterior destinação de mercadoria transformada a uma filial, em outro Estado. Discorre sobre o combate à sonegação fiscal, ao princípio da neutralidade tributária e à livre concorrência. Destaca a legalidade e constitucionalidade dos referidos diplomas legais e sustenta violação ao princípio da reserva de plenário. Requer, nesses termos, a reforma da sentença para que seja denegada a ordem (ID 7664971).

Contrarrazões ao ID 7664974 pugnam pelo julgamento monocrático do recurso, na forma do artigo 1.011, I, c/c 932, IV, a e b, do Código de Processo Civil, ou pela manutenção da r. sentença.

O Ministério Público manifestou pela ausência de interesse do órgão em intervir no *mandamus* (ID 7664956).

É o relatório.

VOTOS

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **recebo a remessa de ofício e conheço do recurso.**

Em breve síntese, cuida-se de mandado de segurança impetrado por O Universitário Restaurante,

Indústria, Comércio E Agropecuária Ltda., contra ato imputado ao Subsecretário da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal.

A parte impetrante aduz que é pessoa jurídica de direito privado, que tem como objeto social a atividade de fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, serviços ambulantes de alimentação e fabricação de alimentos e pratos prontos, sendo que possui filiais em outros Estados da federação e realiza diversas transferências de mercadorias entre os seus estabelecimentos, que nada mais são do que a simples realocação destas, sem que haja efetiva transferência da propriedade. Afirma que o impetrado vem exigindo ICMS nessas operações, o que seria ilegal, nos termos da Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante relatado, a segurança foi parcialmente concedida para determinar ao Distrito Federal que se abstenha da cobrança, bem assim, de fixar penalidades e sanções relativas às operações que se caracterizem como mero deslocamento de mercadorias, sem mudança de propriedade ou titularidade, entre seus diversos estabelecimentos, ainda que localizados em Estados diversos da Federação, com fundamento na Súmula nº 166 do STJ e no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.125.133/SP, segundo o qual, em se tratando de circulação de mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa inócorre o fato gerador do ICMS, em razão da inexistência de ato de mercancia.

O Distrito Federal apela ao argumento de que o acontecimento jurídico-tributário em questão não se amolda à hipótese descrita na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça e tampouco no Recurso Repetitivo nº 1.125.133/SP, defendendo que o procedimento está de acordo com os artigos 7º, 11, 12 e 13 da Lei Complementar nº 87/96 e 46, §1º, da Lei Distrital nº 1.254/96, os quais concretizam o disposto nos artigos 150, § 7º, 155, § 2º, da Constituição Federal.

Assiste razão ao apelante, motivo pelo qual, inclusive, fica afastada a sistemática de julgamento monocrático, conforme disposto no artigo 1.011, inciso I, do Código de Processo Civil.

De início, necessária a análise da incidência do Enunciado de Súmula nº 166 do STJ na presente situação. A sua aplicabilidade representaria a não incidência do ICMS e, conseqüentemente, a inexistência de crédito tributário. Vale transcrever o conteúdo da referida Súmula:

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

(Súmula 166, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/1996, DJ 23/08/1996, p. 29382)

O referido Enunciado assenta-se na interpretação do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, de que é necessária a existência de circulação física e jurídica para a configuração do fato gerador do ICMS. A primeira significa o mero deslocamento da mercadoria, enquanto a segunda pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. Assim, o mero deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa não satisfaz esse último requisito, segundo a interpretação veiculada na Súmula e no Recurso Repetitivo nº 1.125.133/SP (25/08/2010), não incidindo, portanto, o ICMS nesta hipótese.

Todavia, há que se ressaltar que a edição do Enunciado de Súmula nº 166 (em 23/08/1996) se deu em momento anterior à publicação da Lei Complementar nº 87/96, e o Recurso Repetitivo nº 1.125.133/SP não analisou as regras contidas nessa Lei Complementar.

Insta destacar, outrossim, que, analisando precedentes que deram origem ao enunciado sumular nº 166 (REsp nº 32203-4/RJ; REsp nº 36060/MG), a situação fática objeto da tributação considerada indevida pelo Superior Tribunal de Justiça envolveu a transferência de mercadoria entre estabelecimentos na mesma Unidade Federada.

Na mesma esteira, o fato concreto que deu origem à exação fiscal no processo do Recurso Especial Repetitivo nº 1.125.133/SP[1], está relacionado à remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica para estabelecimento situado em estado diverso.

Desse modo, em que pese o Superior Tribunal de Justiça não ter se manifestado sobre o conflito intertemporal existente entre a Súmula nº 166 e a Lei Complementar nº 87/96, no julgamento do citado Recurso Repetitivo, em 25/08/2010, o entendimento inserto na referida súmula vêm sendo aplicado indistintamente.

Com efeito, a Lei Complementar nº 87/96, que “*dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências*”, assim estabelece:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;**

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento **localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular**, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Como se observa, o referido diploma instituiu hipóteses normativas contrárias à jurisprudência consolidada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto às operações interestaduais. Ou seja, as transferências de mercadorias entre estabelecimentos dentro do mesmo estado realmente não são tributadas, o que não se estende para as circulações entre estados, porquanto, como o ICMS é apurado

pela sistemática de crédito x débito, numa transferência dentro de um mesmo estado, não haveria impacto financeiro nesse.

Ressalte-se, ainda, que não há nas notas taquigráficas relativas às discussões sobre o tema na tramitação da Lei Complementar explicação para a superação jurisprudencial. O legislador pode ter desejado possibilitar, na prática, a transferência de créditos de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, nas hipóteses em que houvesse transferência de estoque entre eles. Como a Constituição determina o estorno de créditos nas saídas isentas e objeto de não-incidência, se não houvesse regra semelhante à ora examinada, o contribuinte teria que estornar os créditos relativos ao ICMS incidente na aquisição do estoque, e não teria como transferi-los ao estabelecimento que fosse gerar a saída tributada.

Por oportuno, no julgamento do Recurso Especial nº 1.109.298/RS, ocorrido em 26/04/2011, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa em Estados diferentes. Confira-se, a propósito, trecho do voto que bem elucida a questão:

A recorrente possui estabelecimento industrial na cidade de São Paulo e transfere as mercadorias produzidas para diversas filiais sediadas **em outros estados.** (...) **Assim, se um estabelecimento industrial transferir mercadorias de sua produção a outro estabelecimento comercial da mesma empresa, sendo ambos situados no mesmo Estado, e este estabelecimento comercial transferir as mercadorias para filial localizada em outra Unidade da federação, a base de cálculo desta última transferência será o custo da mercadoria produzida, em respeito ao disposto no inciso II do § 4o do artigo 13 da Lei Complementar n.º 87/96.**(...) De início, a base de cálculo do ICMS mercantil, em regra, é o valor da operação pela qual se transfere a mercadoria, demonstrando a estreita relação entre o tributo e o negócio jurídico praticado (artigo 13 da LC 87/96). No entanto, **o § 4o do referido dispositivo previu uma base de cálculo específica para a situação de saída de mercadoria pertencente ao mesmo titular para estabelecimento em outro Estado. Em estudo específico sobre o tema, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza elucida que esse rol se dá porque "[...] em tais operações incoorre transferência da titularidade jurídica de posse ou de propriedade da mercadoria, já que a pessoa jurídica é a mesma, inexistente o critério 'preço', a partir do qual normalmente se estrutura o valor da operação"** (Curso de Direito Tributário . coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva. 10 ed. 2008, p. 770). (...) Por não haver circulação jurídica da mercadoria, mas simples deslocamento, o Centro de Distribuição deixa de praticar, nessas operações, atos de natureza mercantil. **A base de cálculo, então, deve ser aquela prevista para o exercício de atividade industrial, no inciso II, - o custo da mercadoria produzida - e não aquela estabelecida para a atividade comercial (inciso I).** (...) Ocorrendo apenas a movimentação da mercadoria dentro do mesmo Estado, o Centro de Distribuição deve ser compreendido como mero prolongamento da atividade iniciada no estabelecimento fabril, e a base de cálculo do ICMS deve ser o custo da mercadoria produzida (artigo 13, § 4o, II, da LC 87/96), como bem decidiu o acórdão recorrido. (REsp 1109298/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011) (grifo nosso)

Assim, ao se pronunciar acerca da base de cálculo do ICMS no caso, a Corte Cidadã acabou por reconhecer a sua incidência nas operações interestaduais, como ocorre na situação ora analisada.

No âmbito do Distrito Federal, a Lei nº 1.254/96 (art. 5º, I) e o Decreto nº 18.955/1997 (art. 3º, I) reproduzem o dispositivo federal supramencionado. Veja-se:

Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular

Forçoso salientar que, até o momento, tal sistema jurídico não foi declarado inconstitucional e, portanto, goza da presunção de constitucionalidade e de legitimidade que ostenta todo e qualquer ato normativo na ordem jurídica brasileira.

Noutro aspecto, insta destacar que a exigência do recolhimento antecipado de ICMS encontra fundamento no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 03/1993. Confira-se:

Art. 150.

(...)

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Nesse contexto, confira o teor do artigo 46 da Lei nº 1.254/1996:

Art. 46. O imposto devido será pago na forma e nos prazos estabelecidos no regulamento.

§ 1º **O imposto poderá, na forma do regulamento, ser exigido por antecipação**, inclusive na hipótese de substituição tributária, fixando-se, quando for o caso, o valor da operação ou da prestação que deva ocorrer, considerada, no que couber, a margem de valor agregado de que trata o § 4º do art. 6º.

Nessa senda, com razão o Distrito Federal no que toca à constitucionalidade e legalidade da exigência do pagamento antecipado do Imposto, hipótese em que se presume ocorrido o fato gerador.

Ademais, apenas *ad argumentandum*, não se pode dizer que a disposição contida no artigo 5º, inciso I, da Lei Distrital nº 1.254/96, já citado, reproduz o conceito de circulação física de mercadoria para exigência do tributo.

Amparado pela Constituição Federal, os normativos insertos na Lei em referência representa simples ferramenta de controle e gestão da sistemática eleita pelo Distrito Federal para organizar o recolhimento do ICMS incidente sobre as mercadorias, ou seja, optou-se por recolhê-lo antecipadamente, na forma regulada no citado Decreto nº 18.955/97, e esse gerenciamento da sistemática mais adequada para o recolhimento do tributo insere-se na competência do Poder Executivo, desde que observada a legalidade do procedimento.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios já decidiram pela legalidade da sistemática da Substituição Tributária Interna nas operações interestaduais, conforme se observa dos acórdãos a seguir colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. REGIME DE PAGAMENTO ANTECIPADO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES: RMS 17.511/SE, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 22.08.2005, AGRG NO AG 1.417.651/RS, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 23.02.2012 E AGRG NO RESP. 1.139.380/RS, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 23.04.2010, AGRG NO ARESP. 424.298/RS, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 27/03/2014 E AGRG NO RESP. 1.130.023/RS, REL. MIN. SÉRGIO KUKINA, DJE 26/09/2013. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As Turmas que compõem a Primeira Seção dessa Corte firmaram o entendimento de que é legítima a cobrança antecipada do ICMS através do regime normal de tributação, vale dizer, sem substituição tributária, na forma preconizada pela Lei Estadual 8.820/89 e pelo Decreto Estadual 39.820/99, porquanto a antecipação do prazo de recolhimento do tributo não modifica o fato gerador do imposto.

2. Se a parte entende que essa orientação fere dispositivos da Constituição Federal deve interpor o Recurso Extraordinário cabível.

3. Sob pena de usurpação da competência do STF, descabe examinar matéria constitucional em Recurso Especial.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1225663/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 20/06/2014, g.n)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - VALIDADE - LEI ESTADUAL 8.820/89.

1. O instituto da antecipação tributária, prevista no artigo 150, § 7º, da CF, encerra duas modalidades: com substituição e sem substituição.

2. A antecipação com substituição exige previsão em lei complementar, como determinado no art. 155, § 2º, "b", da Carta da República.

3. A antecipação sem substituição, espécie de que tratam os autos, não exige lei complementar, podendo estar prevista em lei ordinária como na hipótese pela Lei Estadual 8.820/89.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1092631/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 16/04/2009 – g.n.);

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PAGAMENTO ANTECIPADO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECRETO ESTADUAL 39.820/99. LEI ESTADUAL 8.820/89. LEGALIDADE.

1. **Entendimento desta Corte no sentido de ser legítima a cobrança antecipada do ICMS através do regime normal de tributação, isto é, sem substituição tributária, na forma preconizada pela Lei estadual 8.820/89 e pelo Decreto estadual 39.820/99.** Precedentes: REsp 722.207/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 14.12.2006; REsp 998.668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 5.6.2008.

2. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 714.532/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008 – g.n.);

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REGIME DE PAGAMENTO ANTECIPADO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGALIDADE.

1. **O artigo 150, § 7º, acrescido pela Emenda Constitucional n. 03/93, legitima a cobrança antecipada do ICMS através do regime normal de tributação, ou seja, sem substituição tributária, na forma determinada pela Lei Estadual 8.820/89 e Decreto Estadual 39.820/99.**

Precedentes: RESP 1022639/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ 22.02.2008; RESP 1028526/RS, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJ 24/03/2008; RMS 25366/SE, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 07.02.2008; RMS 2118/SE, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ 29.06.2007; AgRg no RMS 23272/SE, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ 07.05.2007; RMS 18844/SE, 1ª T., Min. Luis Fux, DJ 13.02.2006; RMS 17303/SE, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ 13.09.2004.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 998.668/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 05/06/2008 – g.n.);

ADMINISTRATIVO. JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS. SIMPLES. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 150, § 7º, CF/88. ART. 46, LEI DISTRITAL Nº 1.254/1996. ART. 320, DEC. DISTRITAL Nº 18.955/1997. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA.

O autor pretende a suspensão definitiva da exigência do recolhimento antecipado do ICMS, sob os argumentos de estar enquadrado no SIMPLES nacional e que estaria ocorrendo bitributação.

A cobrança antecipada do ICMS é determinada pelo art. 46 da Lei Distrital nº 1.254/1996 e art. 320 do Decreto Distrital nº 18.955/1997.

O art. 150, § 7º da Constituição Federal de 1988 permite o recolhimento antecipado do ICMS com base em fato gerador presumido, razão pela qual os referidos dispositivos são constitucionais.

(...)

(Acórdão n.556193, 20110110321278ACJ, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 13/12/2011, Publicado no DJE: 16/12/2011. Pág.: 312 – g.n.);

APELAÇÃO CÍVEL e REMESSA OFICIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ANTECIPAÇÃO

TRIBUTÁRIA SEM SUBSTITUIÇÃO, LEI DISTRITAL. ADMISSIBILIDADE.

A antecipação tributária sem substituição do responsável pelo recolhimento do ICMS pode ser estabelecida por lei ordinária local (CF 150, §7º), no caso, a Lei Distrital 1.254/96.

(20030110195022APC, Relator FERNANDO HABIBE, 2ª Turma Cível, julgado em 21/10/2009, DJ 18/11/2009 p. 45 – g.n.);

TRIBUTÁRIO - CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO - REMESSA EX OFFICIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - ANTECIPAÇÃO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - LEGALIDADE - RETENÇÃO DE MERCADORIAS - ATO ABUSIVO - SÚMULA 323/STF.

É legal a exigência antecipada do pagamento de ICMS nos casos de antecipação tributária sem substituição com fulcro na Lei 1.254/96 e Decreto 25.473/04.

Incabível a retenção de mercadorias advindas de outra unidade da federação como forma de constranger o contribuinte inscrito no Cadastro Fiscal do Distrito Federal ao pagamento do tributo devido (Súmula 323 do STF).

(20050111323437APC, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 4ª Turma Cível, julgado em 18/02/2009, DJ 16/03/2009 p. 126).

Por fim, não se cogita de onerosidade excessiva ao contribuinte, tampouco em fragilidade no aludido sistema de modo a importar em ônus ao contribuinte, na medida em que, ao antecipar a cobrança do imposto, tão-só considera-se presumida a ocorrência do fato gerador, o que permite concluir que, em verdade, o critério eleito pela norma Distrital é sempre o da circulação jurídica da mercadoria.

Além disso, o artigo 31 da referida Lei dispõe acerca da não-cumulatividade, de modo que o contribuinte poderá fazer uso do instituto da compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, com o montante cobrado nas anteriores, pelo Distrito Federal ou por outra unidade federada.

Ante o exposto, **CONHEÇO** da apelação e da remessa necessária e **DOU-LHES PROVIMENTO** para, reformando a r. sentença de primeiro grau, denegar a segurança vindicada.

Custas pelos impetrantes/apelados.

Sem honorários (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009).

É como voto.

[1] Trecho do Relatório: “Noticiam os autos que a ora recorrente ajuizou embargos à execução, alegando a ilegalidade da exação fiscal, ante a inexistência de fato gerador do ICMS em operação de transferência de equipamentos do seu ativo permanente em São Paulo, para outro estabelecimento, situado no Rio de Janeiro, para o que emitiu regularmente a nota fiscal, informando acerca da isenção que beneficiava a referida operação”. Ementa do Julgado:

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 imponible 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. *Incasu*, 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) (...)

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010) (grifo nosso)

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANA - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECER DA APELAÇÃO E DA REMESSA NECESSÁRIA E DAR-LHES PROVIMENTO.
DECISÃO UNÂNIME.