





**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

propriedades do Impetrante não se constitui em fato gerador do ICMS; além de flagrante inconstitucionalidade pois a exigibilidade do pagamento do imposto se transforma em limitação ao tráfego de bens.

Inicial instruída com os documentos de fls. 23/37.

Guia de custas iniciais, à f. 37.

Em decisão liminar, denegou-se a medida *limine initio litis* pleiteada, a fim de se perquirir maior instrução do *mandamus*, oportunizando o contraditório ao Impetrado, para melhor analisarem-se as questões trazidas, neste.

O Estado de Goiás, regularmente notificado, conf. certidão (f. 52), compareceu, às fls. 56/84, apresentando a sua defesa; alegando, preliminarmente, carência de ação, “(...) uma vez que o caso trazido à baila, consoante se demonstrará a seguir, não é a via adequada para resolver a quizília”. (f. 58).

Ainda, em sede preliminar, argúi a ausência de prova pré constituída, mormente, porque defende que: “as questões de fato não foram devidamente demonstradas pelo impetrante, não atendendo um dos requisitos primordiais do mandado de segurança, deixando dúvidas e brechas de supostas manobras realizadas para a não incidência do imposto circulatório em possíveis aquisições de gado bovino no Estado de Goiás e posterior transferência ao Estado de Tocantins.” (f. 60).

Alega, também, a impossibilidade desta via mandamental para se obter tutela jurisdicional com efeitos normativos,

**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

sob o argumento de que: “(...) fica demonstrada que a pretensão do impetrante é impossível, pois caso seja concedida, caracterizaria um comando geral e abstrato para situações futuras e indeterminadas, ou seja, é um verdadeiro salvo conduto judicial, o que não pode ser admitido em sede de *mandamus*.” (F. 62.)

Pugna, ainda, preliminarmente, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão da impossibilidade de eleger o mandado de segurança “para atacar lei em tese, conforme previsão da Súmula 266 do STF.” (f. 63); devendo, para tanto, o Impetrante eleger outra via judicial, como a ação direta de inconstitucionalidade, para arguir a legalidade do ato normativo que permite a exação do ICMS em transações de transporte de bovino.

No mérito, alterca que o Imposto de Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços e Transportes – ICMS, está previsto na Constituição Federal, bem como no Código Tributário Estadual de Goiás – CTE/GO, Lei 11.651/91, que destaca o momento da ocorrência do fato gerador de tal imposto, assim como no Decreto Estadual nº 4.852/97, art. 6º, inciso I.

**Argumenta:** “a análise da Súmula 166 do colendo STJ após a edição da Lei Kandir 'entendeu que quando houver circulação jurídica da mercadoria, com mercancia e transferência de titularidade, aplica-se o art. 13, § 4º, I, da LC 87/96 (regra geral do ICMS). Todavia, quando houver a mera circulação física interestadual, nos moldes da transferência, há de aplicar o inciso II, § 4º do citado art. 13”. (F. 71.)

**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

Enfim, pugna o Estado de Goiás pela impossibilidade de uso desta ação mandamental para processar e julgar a demanda, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do CPC, ante as preliminares: **a)** ausência de prova pré-constituída; **b)** impossibilidade de uso do *mandamus* para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos e futuros; **c)** impossibilidade da via eleita a fim de questionar ato já regulamentado; no **mérito**, requer seja denegada a segurança pleiteada, “haja vista que o ato fustigado é legal, não havendo, portanto, direito líquido e certo a justificar reparabilidade no presente *mandamus*”. (f. 73).

Colaciona documentos com o fito de corroborar as suas teses.

Em petição interlocutória atravessada, a **Impetrada** “(...) 'ratifica', em atendimento às normas legais emanadas no § 3º do art. 6º da Lei Federal nº 12.076/09, as informações contidas na 'defesa' apresentada pela Advocacia Setorial da Secretaria de Estado da Fazenda (...)” (f. 85).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do n. Dr. Wellington O. Costa (fls. 88/98), opinou pela concessão da **segurança pleiteada**, “para que o Impetrante não seja obrigado a antecipar o pagamento de ICMS nas operações de transferência de mercadoria de sua propriedade, entre os imóveis rurais indicados (...)” (Fls. 97/98.)

**Relatado; passo ao VOTO:**

Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade

De plano, vislumbro que este mandado de segurança apresenta-se adequado à espécie e preenchidos os requisitos legais.

Inicialmente, aprecio a preliminar de carência da ação, quanto aos pontos a seguir debatidos.

### **AUSÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS**

É sabido que para a impetração da ação mandamental, é de primeira observância a existência de provas pré-constituídas do direito clamado, restando impossível a dilação probatória para se analisar a matéria arguida.

*In casu*, tem-se rasa a alegação da carência de ação suscitada pela autoridade coatora; é porque o que se questiona no *mandamus* é o ato concreto executado pela Secretaria de Estado da Fazenda em gerar guia DARE – Documento de Arrecadação de Receitas Estaduais, requestando pagamento de imposto ICMS, ante o procedimento feito, periodicamente, pelo Impetrante, ao deslocar seus rebanhos bovinos entre suas propriedades rurais.

Logo, o direito reclamado pelo Impetrante está consubstanciado na lesão defendida, ao ser cobrado por imposto, que entende não ser devido neste tipo de operação que realiza.

Assim, não há falar-se em ausência de prova pré constituída, até mesmo porque no deslinde da ação mandamental, o



**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

cabendo aos órgãos de fiscalização exercer, normalmente, a sua atividade fim, devendo apenas abster-se de fazer incidir o tributo no caso, já que vedado pelo presente comando judicial.

A jurisprudência do eg. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é assente:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADA – NO MÉRITO – DESLOCAMENTO DE BOVINOS ENTRE IMÓVEIS RURAIS PERTENCENTES AO MESMO PROPRIETÁRIO AINDA QUE LOCALIZADOS EM ESTADOS DISTINTOS – AUSÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO GADO E, CONSEQUENTEMENTE, DE FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – EXAÇÃO DO ICMS – INDEVIDA – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DO JULGADO – AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não há que se falar em mandado de segurança contra lei em tese, quando o ato coator objeto da ação impõe obrigações concretas e imediatas. 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 imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade, não bastando a simples transposição dos limites territoriais de um estado. (TJ-MS - AGR: 08001099020148120030 MS 0800109-90.2014.8.12.0030, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data de Julgamento: 15/09/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/09/2015).

Destarte, rejeito, também, a presente preliminar.

**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

No mérito, alterca a autoridade Impetrada que a circulação de mercadorias se constitui em fato gerador do imposto ICMS, requestando, a sua incidência nas operação de transferências realizadas pelo Impetrante.

Há de consignar-se que a jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ) está pacificada, no sentido de que não há a incidência do ICMS, nos casos de transferência "física" de bens entre estabelecimentos do mesmo proprietário.

De acordo com o excelso STF:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.12.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito desta Excelsa Corte, no sentido de que **o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, da mesma empresa, sem transferência de propriedade, não é hipótese de incidência do ICMS**. Para caracterização de ofensa à reserva de plenário faz-se necessário que a decisão do órgão fracionário lastreie-se, ainda que de forma tácita, em juízo de incompatibilidade entre a norma legal e a Magna Carta, situação incorrente na espécie. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - ARE 756634 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2014 PUBLIC 26-03-2014) (negritei)

Por sua vez, o colendo STJ, por meio do REsp

**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

Repetitivo nº 1.125.133/SP, decidiu:

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. (...)

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

### Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade

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) (...) Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 534-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)

Ainda, a Súmula 166/STJ dispõe que não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte:

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

Nesse sentido, também é o entendimento desta  
eg. Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DESLOCAMENTO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, SEM TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. SÚMULA 166/STJ. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. 1. De acordo com a Súmula 166/STJ, 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

### Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade

com a transferência da propriedade. 2. Ainda, para que se configure a circulação jurídica, deve ocorrer a transferência da posse ou propriedade da mercadoria de uma pessoa para outra, sendo que o simples deslocamento do bem, sem que haja mudança na titularidade, não é capaz de ensejar a tributação por meio do ICMS. 3. *In casu*, não houve a transferência da propriedade dos bens, mas apenas o mero deslocamento dos mesmos entre as propriedades rurais do autor. 4. Se a parte agravante não traz argumento suficiente para acarretar a modificação da linha de raciocínio adotada na decisão monocrática, impõe-se o desprovimento do agravo regimental, porquanto interposto sem elementos novos capazes de desconstituir o *decisium* recorrido. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. (TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO 37707-07.2010.8.09.0137, Rel. DES. MARIA DAS GRACAS CARNEIRO REQUI, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/07/2013, DJe 1354 de 31/07/2013)

No caso em tela, denota-se que o Impetrante pretende realizar, apenas, a movimentação do rebanho entre as fazendas de sua propriedade, não se vislumbrando a transferência "jurídica" dos bens, mas apenas "fática". E, para que haja a incidência do ICMS, é necessária a ocorrência do ato de mercância, ou seja, a transferência jurídica das mercadorias, o que não se constata, *in casu*.

Do exposto, acolhendo o d. parecer ministerial de Cúpula, submeto este mandado de segurança à apreciação da Turma Julgadora desta eg. 5ª Câmara Cível; manifestando-me pela **concessão da segurança**; determinando-se a suspensão da exigibilidade do ICMS ao Impetrante, em razão do transporte de semoventes entre suas propriedades rurais e aquelas, e ou, eventualmente, por este arrendadas.

**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

Custas ***ex lege***, sem condenação em honorários advocatícios, conf. art. 25 da Lei nº. 12.016/09 e Súmulas nºs 105 do colendo STJ e 512 do excelso STF.

É o voto.

Goiânia, 05 de novembro de 2 015.

**Des. Olavo Junqueira de Andrade**  
Relator

(5)



## Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 298945-90.2015.8.09.0000  
(201592989454)**

COMARCA GOIÂNIA  
 IMPETRANTE FABRÍCIO HENRIQUE RIBEIRO CÂNDIDO  
 IMPETRADO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS  
 RELATOR Desembargador **Olavo Junqueira de Andrade**

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. TRANSFERÊNCIA DE GADO ENTRE PROPRIEDADES RURAIS. PRELIMINARES. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA PARA A TUTELA JURISDICIONAL BUSCADA. IMPOSSIBILIDADE DO MANDAMUS CONTRA LEI EM TESE. INEXIGIBILIDADE DE ICMS. TRANSFERÊNCIA FÍSICA DOS SEMOVENTES. 1.** Para a impetração da ação mandamental, é necessária existência de prova pré-constituída. Neste *mandamus* questiona-se o ato concreto executado pela Impetrada em gerar guia de pagamento de ICMS, quando no deslocar dos rebanhos bovinos. O direito reclamado pelo Impetrante está consubstanciado na lesão defendida. **2.** Não obstante não ser cabível mandado de segurança contra lei em tese, nos termos da Súm. 266, do excelso STF, a questão ataca um fato em concreto, consubstanciado na conduta da autoridade coatora que exige tributo, com base em circunstância que não constitui fato gerador. Mostrando-se adequada a pretensão descrita na inicial, deve-se abster de fazer incidir o tributo no caso. **3.** A jurisprudência dos tribunais superiores está pacificada no sentido de que não há a incidência do ICMS nos casos de transferência "física" de bens entre estabelecimentos do mesmo proprietário. Ainda, a Súm. 166 do colendo STJ

**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

dispõe que não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte **SEGURANÇA CONCEDIDA.**

## **ACÓRDÃO**

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA Nº 298945-90.2015.8.09.0000 (201592989454).**

ACORDAM os integrantes da Quarta Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, em **CONCEDER A SEGURANÇA**, nos termos do voto do Relator.

VOTARAM, além do Relator, a Juíza Substituta em Segundo Grau, Dra. Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade, substituta do Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição e o Juiz Substituto em Segundo Grau, Dr. Delintro Belo de Almeida Filho, substituto do Desembargador Geraldo Gonçalves da Costa.

Presidiu a sessão o Desembargador Francisco Vildon José Valente.

Presente a Procuradora de Justiça Dra. Sandra Beatriz Feitosa de Paula Dias.



**Gabinete Desembargador Olavo Junqueira de Andrade**

Goiânia, 05 de novembro de 2 015.

**Des. Olavo Junqueira de Andrade**  
Relator

