

RECURSO ESPECIAL Nº 645.496 - RS (2004/0056498-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADOR : **OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTROS**
RECORRIDO : **TREVISUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA**
ADVOGADO : **JOSÉ ERY CAMARGO**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EFEITOS DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA NO CAMPO TRIBUTÁRIO. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ.

1. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de carecer a irresignação do requisito do prequestionamento, essencial ao juízo de admissibilidade, o que atrai a incidência do enunciado n.º 282 da Súmula do STF. Ausência, *in casu*, do prequestionamento do art. 458, do CPC.

2. O reexame de matéria fático-probatória em sede de Recurso Especial encontra óbice no verbete sumular n.º 07/STJ. *In casu*, a inocorrência da simulação.

4. Hipótese em que o recorrente alega que a autuação fiscal ocorrera, em razão de a empresa ter fraudado o fisco através da utilização de vendas fictícias que teriam sido feitas pela filial em Santa Catarina a comerciantes sediados no Rio Grande do Sul, em dissonância com o que as instâncias ordinárias depreenderam, conforme sentença penal absolutória, que assentou não haver como substituir a pretensão à execução fiscal posto inexistente a obrigação tributária, porquanto não realizado o fato gerador do ICMS.

5. Destarte, ainda que conhecível fosse a presente irresignação especial, no mérito, a pretensão do recorrente não lograria perspectiva de êxito, isto porque, a sentença penal absolutória faz coisa julgada no juízo cível, nos casos em que o juízo criminal afirma a inexistência material do fato típico ou exclui sua autoria, tornando preclusa a responsabilização civil, bem como na hipótese de reconhecida ocorrência de alguma das causas excludentes de antijuridicidade. Interpretação dos arts. 65, 66 e 67, do Código de Processo Penal.

7. *In casu*, no julgamento do RESP n.º 106.803/RS, transitado em julgado em 17.10.1997, concluiu a Quinta Turma desta Corte Superior, sob a relatoria do e. Ministro Edson Vidigal, pela atipicidade da conduta dos réus, proprietários da empresa ora recorrida, porquanto a transferência de mercadoria da matriz para a filial não gera a incidência do ICMS. Sob esse enfoque assim restou ementado o referido julgado:

'PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. LEI 8137, ART. 1º, II. INOCORRÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DA MATRIZ PARA A FILIAL DA MESMA EMPRESA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS.

Superior Tribunal de Justiça

1. A simples transferência de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa, sem mudança de titularidade dos bens, não gera incidência de ICMS, importando em mera circulação física.

2. Recurso especial conhecido e provido.'

8. Consectariamente, transitada em julgado a sentença que reconheceu a atipicidade da conduta praticada pelos dirigentes da empresa consistente na mera transferência de mercadoria da matriz para a filial, revela-se preclusa a discussão acerca do mesmo tema, acerca da ocorrência do fato gerador, substrato da ação civil fiscal.

9. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Presidente e Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 645.496 - RS (2004/0056498-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX(Relator): O Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, com fulcro na alíneas "a", do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS DA FILIAL PARA A MATRIZ. SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. EFEITOS DA SENTENÇA CRIMINAL NA ESFERA CIVIL. ART. 1.525 DO CC.

Tendo a decisão proferida pelo juízo criminal entendido que a conduta praticada pelos responsáveis da empresa, consistente na simples transferência de mercadoria da Matriz para a Filial, não caracteriza sonegação fiscal, não há como subsistir a pretensão do Fisco à execução fiscal, por inexistente o fato gerador do tributo. Apelo desprovido, sentença confirmada em reexame."

Noticiam os autos que a empresa, TREVISUL - Indústria e Comércio de Cereais LTDA, opôs embargos à execução fiscal contra o Estado do Rio Grande do Sul julgados procedentes pelo juízo monocrático sob o fundamento de que a pretensão do fisco restou prejudicada pela decisão do STJ proferida no REsp n.º 106.803 que, em sede criminal, absolveu os responsáveis pela empresa pela suposta prática do crime de sonegação fiscal uma vez que não realizado o fato gerador do ICMS objeto da execução fiscal.

Irresignado, o Estado apelou, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, negado provimento ao recurso nos termos da ementa supratranscrita.

Na presente irresignação especial, aponta o recorrente a violação dos arts. 66 e 67, do CPP, 1525, do Código Civil de 1916, 466, I e II, e 472, do CPC, 204, do CTN, 3.º, parágrafo único da LEF e 20, §§ 3.º e 4.º, do CPC.

Contra-razões ofertadas pugnando pelo desprovimento do recurso.

O Tribunal de origem negou seguimento ao apelo extremo. Interposto agravo de instrumento o mesmo foi convertido no presente recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 645.496 - RS (2004/0056498-8)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EFEITOS DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA NO CAMPO TRIBUTÁRIO. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ.

1. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de carecer a irresignação do requisito do prequestionamento, essencial ao juízo de admissibilidade, o que atrai a incidência do enunciado n.º 282 da Súmula do STF. Ausência, *in casu*, do prequestionamento do art. 458, do CPC.

2. O reexame de matéria fático-probatória em sede de Recurso Especial encontra óbice no verbete sumular n.º 07/STJ. *In casu*, a inoportunidade da simulação.

4. Hipótese em que o recorrente alega que a autuação fiscal ocorrera, em razão de a empresa ter fraudado o fisco através da utilização de vendas fictícias que teriam sido feitas pela filial em Santa Catarina a comerciantes sediados no Rio Grande do Sul, em dissonância com o que as instâncias ordinárias depreenderam, conforme sentença penal absolutória, que assentou não haver como substituir a pretensão à execução fiscal posto inexistente a obrigação tributária, porquanto não realizado o fato gerador do ICMS.

5. Destarte, ainda que conhecível fosse a presente irresignação especial, no mérito, a pretensão do recorrente não lograria perspectiva de êxito, isto porque, a sentença penal absolutória faz coisa julgada no juízo cível, nos casos em que o juízo criminal afirma a inexistência material do fato típico ou exclui sua autoria, tornando preclusa a responsabilização civil, bem como na hipótese de reconhecida ocorrência de alguma das causas excludentes de antijuridicidade. Interpretação dos arts. 65, 66 e 67, do Código de Processo Penal.

7. *In casu*, no julgamento do RESP n.º 106.803/RS, transitado em julgado em 17.10.1997, concluiu a Quinta Turma desta Corte Superior, sob a relatoria do e. Ministro Edson Vidigal, pela atipicidade da conduta dos réus, proprietários da empresa ora recorrida, porquanto a transferência de mercadoria da matriz para a filial não gera a incidência do ICMS. Sob esse enfoque assim restou ementado o referido julgado:

'PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. LEI 8137, ART. 1º, II. INOCORRÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DA MATRIZ PARA A FILIAL DA MESMA EMPRESA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS.

1. A simples transferência de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa, sem mudança de titularidade

dos bens, não gera incidência de ICMS, importando em mera circulação física.

2. Recurso especial conhecido e provido.'

8. Consectariamente, transitada em julgado a sentença que reconheceu a atipicidade da conduta praticada pelos dirigentes da empresa consistente na mera transferência de mercadoria da matriz para a filial, revela-se preclusa a discussão acerca do mesmo tema, acerca da ocorrência do fato gerador, substrato da ação civil fiscal.

9. Recurso especial não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX(Relator): Preliminarmente, os arts. 66 e 67, do CPP, 466, I e II, e 472, do CPC, 204, do CTN, 3.º, parágrafo único da LEF e 20, §§ 3.º e 4.º, do CPC, não foram prequestionados, sequer de forma implícita, pelo acórdão recorrido, e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão porventura existente, pelo que é inarredável a incidência do verbete sumular n.º 282, do STF *verbis*:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

No que pertine à alegada violação ao art. 1525, do Código Civil de 1916, muito embora a matéria nele versada tenha sido prequestionada pelo *decisum* atacado, verifica-se a inadmissibilidade do apelo extremo.

Isto porque a análise dos argumentos formulados para a reforma do julgado atacado demandam a cognição, por esse STJ, de matéria de índole fático-probatória, consoante se extrai do seguinte excerto de suas razões recursais:

"(...) Constata-se que o julgador singular centrou suas razões de decidir na 'eficácia civil da sentença penal'; e que desconsiderou - absoluta e expressamente - a prova documental e testemunhal acostada aos autos, relativa ao mérito dos embargos.

Contudo, salvo transcrições parciais e incompletas de textos de doutrina - não procedeu à análise do tema referente aos efeitos civis da sentença criminal face à sua disciplina legal, tal como está regulada nos artigos 65, 66 e 67, III, do CPP, e no artigo 1.525, do Código Civil.

Não atentou - não fez referência, ao menos - à circunstância de que as partes que litigaram no processo criminal não eram as mesmas que ora contendem na execução fiscal, onde a pessoa jurídica é demandada por dívida decorrente de obrigação

Superior Tribunal de Justiça

tributária da qual surgiram os créditos tributários lançados nos termos da lei e devidamente inscritos como dívida ativa. A diversidade das partes litigantes impede a pretensa eficácia de coisa julgada que a sentença cível equivocadamente atribuiu à sentença penal absolutória, a teor do que dispõe o artigo 472, primeira parte, do CPC.

E, apesar de haver explicitamente desprezado o exame dos elementos probatórios constantes dos autos, dando por totalmente prejudicado o mérito dos embargos, animou-se a afirmar que não houve prejuízos ao Estado, daí não haver débitos e ser ilegítima a pretensão do Estado em cobrar quaisquer valores à embargante; confundiu a existência de crédito tributário - constituído na forma legal - com a caracterização de 'ilícito civil', o qual não haveria restado comprovado. (...)

(...) Cotejando o decisum posto no acórdão do STJ - tendo em vista a matéria fática versada no aresto - com os fatos que determinaram o nascimento da obrigação tributária (fatos geradores) e o lançamento dos créditos tributários executados, o Estado Apelante esclareceu que a Corte Superior entendera que não fora praticado crime de sonegação fiscal porque...

'o deslocamento de mercadorias do estabelecimento matriz para filial não constitui fato gerador do ICMS. Atipicidade da conduta tida como sonegação fiscal. Provimento do recurso especial.'

Já a autuação fiscal dera-se, não pelo deslocamento de mercadorias do estabelecimento matriz para a filial, mas porque a empresa fraudara o fisco através da utilização de expediente ilegal, ou seja, forjara vendas fictícias que teriam sido feitas pela filial em Santa Catarina a comerciantes sediados no Rio Grande do Sul (utilizando notas fiscais da filial catarinense e, assim, simulando operações tributáveis à alíquota interestadual de 12%), própria matriz, em Santa Maria-RS, não provinha de Santa Catarina e sua saída do estabelecimento-matriz deveria sofrer a incidência do ICMS à alíquota de 25%. Isso importa em dizer que, a cada operação de saída da matriz, simuladamente documentada por nota fiscal da filial, a empresa sonegava o valor correspondente à diferença (13%) entre alíquota interna (25%) e interestadual (12%) (...)"

Deveras, o Tribunal de origem, mantendo a sentença, considerou que não ocorreu o fato gerador da exação discutida, sob os seguintes fundamentos de seu voto-condutor:

"(...) No caso, a decisão proferida no juízo criminal teve que os Diretores da Apelada não teriam cometido ilícito tributário. Diz o v. Acórdão a certo ponto: ' em verdade os recorrentes

Superior Tribunal de Justiça

transferiram mercadorias não para terceiros, mas para si próprios. Se não houve venda (mas mera circulação física) não há incidência do imposto, e, logo, não há o que sonegar. Houve um procedimento de elisão fiscal, que em nada lesou a Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul' (fl. 356). Conclui seu voto o Em. Relator, Min. Edson Vidigal, no que seguido por seus pares, dizendo que 'a conduta praticada pelos recorrentes - consistente na simples transferência de mercadorias da matriz para a filial - não se ajusta ao tipo penal descrito no art. 1º, II da lei 8.137/90, sendo atípica' (fl. 357).

Como é dato de ver, a d. Decisão negou a existência do fato delituoso tributário, exatamente porque não se dera o fato gerador do tributo. Em outras palavras, decidindo pela inocorrência do fato típico penal, reconheceu a inexistência do fato gerador, fazendo coisa julgada no cível. Não há assim, como substituir a pretensão à execução fiscal por inexistente a obrigação tributária que quer o Estado imputar à Apelada. É que só o fato gerador 'demarca ou define o nascimento da obrigação tributária, a ela vinculando os respectivos sujeitos (ativo e passivo), adverte o Des. Roque Joaquim Volkweiss (Direito Tributário Nacional - pág. 134 - Ed. Livraria do Advogado - segunda edição. (...))"

In casu, ante a necessidade de análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos para acolher as razões recursais do Estado recorrente, a sua cognição é vedada ao STJ, em razão da incidência do verbete sumular n.º 7.

Ainda que conhecível fosse a presente irresignação especial, no mérito, a pretensão do recorrente não lograria perspectiva de êxito.

Hugo de Brito Machado (*in* "Curso de Direito Tributário", Malheiros, 24ª ed., 2004, p. 455) assim discorreu acerca do ilícito tributário:

"Embora no âmbito da Filosofia do Direito, e até no âmbito da Teoria Geral do Direito, existam controvérsias em torno do que seja ilícito, prevalece entre os juristas a idéia de que no universo jurídico os comportamentos podem ser qualificados como lícitos ou ilícitos. Os primeiros são aqueles que estão de acordo, e os últimos aqueles contrários à ordem jurídica, ao direito objetivo.

Como a lei não descreve todos os comportamentos, até porque isto é impraticável, faz-se então uma distinção entre a licitude e a legalidade. O campo de licitude é mais amplo. Abrange todas as situações, todos os comportamentos, estejam ou não previstos em lei. Lícito ou ilícito dizem respeito à ordem jurídica, ao direito objetivo em geral. O campo da legalidade diz respeito apenas ao que está prescrito nas leis.

No Direito Tributário, como conjunto de normas que

Superior Tribunal de Justiça

regulam a instituição e a cobrança dos tributos, prevalece o princípio da legalidade. Por isto aquela distinção não tem maiores relevância, embora eventualmente possa ser útil no equacionamento de certas questões. É importante, outrossim, observar que o princípio da legalidade diz respeito à relação de tributação. Não há tributo sem a que a lei o estabeleça. Se o fato não está previsto na lei tributária, sua ocorrência é irrelevante para o Direito Tributário. Diz-se que o fato não previsto na lei tributária integra o campo da não incidência. (...)"

Deveras, é regra assente na doutrina e jurisprudência a de que a sentença penal absolutória não faz coisa julgada no juízo cível.

Não obstante, nos casos em que o juízo criminal afirma a inexistência material do fato típico ou exclui sua autoria torna preclusa a responsabilização civil, bem como quando reconhecida a ocorrência de alguma das causas excludentes de antijuridicidade.

É o que se deduz da leitura do disposto nos arts. 65, 66 e 67, do Código de Processo Penal, *verbis*:

"Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime."

In casu, no julgamento do RESP n.º 106.803/RS, transitado em julgado em 17.10.1997, concluiu a Quinta Turma desta Corte Superior, sob a relatoria do e. Ministro Edson Vidigal, pela atipicidade da conduta dos réus, proprietários da empresa ora recorrida, porquanto a transferência de mercadoria da matriz para a filial não gera a incidência do ICMS. Eis a ementa de referido julgado:

"PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. LEI 8137, ART. 1º, II. INOCORRÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DA MATRIZ PARA A FILIAL DA MESMA EMPRESA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS.

1. A simples transferência de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa, sem mudança de titularidade dos bens, não gera

Superior Tribunal de Justiça

*incidência de ICMS, importando em mera circulação física.
2. Recurso especial conhecido e provido."*

Ainda, merece destaque o seguinte excerto do voto-condutor de referido aresto:

"(...) Assim, quando um bem é transferido da matriz para a filial há que verificar se o que ensejou a circulação foi, ou não foi, um ato mercantil com objetivo de revenda para incidir o ICMS e, ainda, se foi ou não entre estabelecimentos localizados no mesmo território nacional, uma vez que há a norma constitucional específica do art. 155, § 2º, VII e VIII.

Em verdade, os recorrentes transferiram mercadorias não para terceiros, mas para si próprios. Se não houve venda (mas mera circulação física) não há incidência do imposto, e, logo, não há o que sonegar. Houve um procedimento de elisão fiscal, que em nada lesou a Fazenda do Rio Grande do Sul. (...)

(...) Destarte, a conduta praticada pelos recorrentes - consistente na simples transferência de mercadoria da matriz para a filial - não se ajusta ao tipo penal descrito no art. 1º, II, da Lei 8137/90, sendo atípica. (...)"

Consectariamente, transitada em julgado a sentença que reconheceu a atipicidade da conduta praticada pelos dirigentes da empresa consistente na mera transferência de mercadoria da matriz para a filial, revela-se preclusa a discussão acerca do mesmo tema.

Ante o exposto, não conheço do presente recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2004/0056498-8

REsp 645496 / RS

Números Origem: 200301087421 27150026469 27195042760 599432861 70002544641

PAUTA: 16/08/2005

JULGADO: 16/08/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTROS
RECORRIDO : TREVISUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ ERY CAMARGO

ASSUNTO: Execução Fiscal - Embargos - Devedor

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente o Dr. **LUIZ FELIPE BULUS ALVES FERREIRA** pela parte recorrida: TREVISUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro José Delgado. Aguardam os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão.

Brasília, 16 de agosto de 2005

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 645.496 - RS (2004/0056498-8)

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O eminente Ministro Luiz Fux não conheceu do recurso especial em exame que atacou acórdão ementado, de modo que transcrevo:

"RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EFEITOS DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA NO CAMPO TRIBUTÁRIO. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ.

1. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de carecer a irresignação do requisito do prequestionamento, essencial ao juízo de admissibilidade, o que atrai a incidência do enunciado n.º 282 da Súmula do STF. Ausência, in casu, do prequestionamento do art. 458, do CPC.

2. O reexame de matéria fático-probatória em sede de Recurso Especial encontra óbice no verbete sumular n.º 07/STJ. In casu, a inoportunidade da simulação.

4. Hipótese em que o recorrente alega que a autuação fiscal ocorreria, em razão de a empresa ter fraudado o fisco através da utilização de vendas fictícias que teriam sido feitas pela filial em Santa Catarina a comerciantes sediados no Rio Grande do Sul, em dissonância com o que as instâncias ordinárias depreenderam, conforme sentença penal absolutória, que assentou não haver como substituir a pretensão à execução fiscal posto inexistente a obrigação tributária, porquanto não realizado o fato gerador do ICMS.

5. Destarte, ainda que conhecível fosse a presente irresignação especial, no mérito, a pretensão do recorrente não lograria perspectiva de êxito, isto porque, a sentença penal absolutória faz coisa julgada no juízo cível, nos casos em que o juízo criminal afirma a inexistência material do fato típico ou exclui sua autoria, tornando preclusa a responsabilização civil, bem como na hipótese de reconhecida ocorrência de alguma das causas excludentes de antijuridicidade. Interpretação dos arts. 65, 66 e 67, do Código de Processo Penal.

7. In casu, no julgamento do RESP n.º 106.803/RS, transitado em julgado em 17.10.1997, concluiu a Quinta Turma desta Corte Superior, sob a relatoria do e. Ministro Edson Vidigal, pela atipicidade da conduta dos réus, proprietários da empresa ora recorrida, porquanto a transferência de mercadoria da matriz para a filial não gera a incidência do ICMS. Sob esse enfoque assim restou ementado o referido julgado:

'PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. LEI 8137, ART. 1º, II. INOCORRÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DA MATRIZ PARA A FILIAL DA MESMA EMPRESA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS.

1. A simples transferência de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa, sem mudança de titularidade dos bens, não gera incidência de ICMS, importando em mera circulação física.

2. Recurso especial conhecido e provido.'

Superior Tribunal de Justiça

8. Conseqüentemente, transitada em julgado a sentença que reconheceu a atipicidade da conduta praticada pelos dirigentes da empresa consistente na mera transferência de mercadoria da matriz para a filial, revela-se preclusa a discussão acerca do mesmo tema, acerca da ocorrência do fato gerador, substrato da ação civil fiscal.

9. Recurso especial não conhecido."

Examina-se, substancialmente, se há fato gerador tributável na transferência de mercadoria da matriz de uma empresa para uma de suas filias.

A jurisprudência do STJ tem assumido posicionamento sumulado sobre o tema, a saber:

"Súmula nº 166: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

A respeito, indico que há posicionamentos doutrinários em sentido contrário, conforme informa Rinaldo Maciel de Freitas, no artigo "A Regra Matriz do ICMS e a Transferência de Mercadoria entre Estabelecimentos sem Transferência de Titularidade" (http://www.infomet.com.br/vista_opinioes.php?id=91 acesso em 04/09/2005).

Transcrevo o texto integral do artigo:

"A Regra-Matriz do imposto relativo Circulação de Mercadorias e Serviços tem sua fundamentação na Constituição Federal de 1988:

Artigo 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre: II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O imposto incide sobre o produto, desde sua produção até o consumidor de fato que é o contribuinte. Há a incidência em três aspectos, a saber:

- Sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ainda que se iniciem no exterior;

- Prestação sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

- Prestações de serviços de comunicações, ainda que se iniciem no exterior.

Como princípio geral de direito tributário, somente pode ser tratado em face de Lei Complementar, assim, a regra-matriz do ICMS, com base na Lei Complementar nº 87/96 define o fato gerador do imposto.

Com relação ao fato gerador do imposto, segundo a regra constitucional a ênfase se dá na operação de circulação física e econômica com transferência de titularidade, a questão não é pacífica, sendo o seguinte o entendimento do professor Roque Antônio Carrazza:

"Por outro lado, o imposto em tela incide sobre operações com mercadorias

Superior Tribunal de Justiça

(e não sobre a simples circulação de mercadorias). Só a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS."

Neste sentido, encampamos a velha lição de Geraldo Ataliba: 'A sua perfeita compreensão e a exegese dos textos normativos a ele referentes evidencia prontamente que toda a ênfase deve ser posta no termo 'operação' mais do que no termo 'circulação'. A incidência é sobre operações e não sobre o fenômeno da circulação.

O fato gerador do tributo é a operação que causa a circulação e não esta'". Essa hipótese de incidência decorre da iniciativa do contribuinte, que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferência de titularidade. Há ainda que se considerar a possibilidade de não movimentação física de mercadoria, permanecendo esta no mesmo lugar mas ocorrendo, a transferência econômica e de titularidade, é o caso, por exemplo de venda para entrega futura.

A incidência do ICMS nas operações em transferência de mercadorias tem posição, como dito, divergentes. O STJ tem decidido pela impossibilidade da tributação, com base na Súmula 166:

Documento 1 Súmula 166 Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

DJ DATA:23/08/1996 PG:29382 RSTJ VOL.:00086 PG:00423 RT VOL.:00731 PG:00196

De fato, não é só a compra e venda de mercadorias que abre espaço a este imposto, senão também a troca, a doação, a dação em pagamento etc. Todas estas operações propiciam a circulação jurídica de mercadorias e, em tese, são passíveis de tributação por meio do ICMS. Tal operação, é o fato jurídico que pode desencadear o efeito de fazer nascer a obrigação de pagar o ICMS.

A posição é mesmo conflitante, principalmente em casos onde há a transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. O ICMS é um imposto pertencente ao Estados federados e, ao Distrito Federal. O imposto é recolhido no Estado de sua origem, tendo, por ocasião da fracassada reforma tributária, causado conflito entre os Estados pela previsão de transferência para o destino das operações. Os Estados mais industrializados como São Paulo e Minas Gerais, não aceitaram essa hipótese. Portanto, entendemos que a transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte sem o devido recolhimento do imposto, fere, no nosso entendimento, o princípio federativo. O tributo pertence à pessoa política onde a operação mercantil se realizou, ainda que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outra unidade federativa ou, mesmo no exterior.

Sobre a não incidência do imposto sobre transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o professor Vittorio Cassone tem posição doutrinária contrária:

"Não consigo concordar com essa assertiva, porquanto a questão da competência para tributar ganha foro privilegiado – no sentido de determinar a incidência na saída do estabelecimento. Por isso, reputo constitucional o art. 12, I, da LC nº 87/96, ao estabelecer: 'Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular'" .

Superior Tribunal de Justiça

Divergimos da opinião de constitucionalidade do artigo 12, I da LC 87/96. As legislações estaduais no entanto, exigem que as transferências intra-estaduais também sejam realizadas com débito do imposto.

A questão é mesmo conflituosa uma vez que a falta do destaque do imposto pode sujeitar o contribuinte a autuação fiscal.

Entendemos que não há nenhuma alteração econômica no fato, uma vez que pelo sistema de débito/crédito, o contribuinte debita num estabelecimento e credita no outro. A diferença se dá apenas pelo fato da transferência interestadual.

Se um estabelecimento de mesmo titular que realiza uma transferência apresentar saldo credor do imposto e o estabelecimento destinatário, por sua vez, possuir saldo devedor, poderá quantificar o imposto incidente nas transferências intra-estaduais de mercadorias, mediante o emprego, como base de cálculo, do preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente. Por outro lado, na situação inversa, pode quantificar o imposto incidente nas transferências intra-estaduais mediante o emprego, como base de cálculo, do custo da mercadoria produzida. Nestes dois casos a transferência do imposto impedirá a transferência econômica do titular de ambos os estabelecimentos do mesmo contribuinte, para os cofres públicos.

Concluimos que a simples saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte não é hipótese de incidência do ICMS, como pretendem os Estados e alguns doutrinadores, com base no artigo 12, I da Lei Complementar 87/96. Se considerarmos a saída da mercadoria como hipótese de incidência, o comerciante furtado em mercadorias, teria que não só suportar os prejuízos como pagar o ICMS devido pela “circulação” e ainda, caso não registrasse a ocorrência não levando ao conhecimento da Fazenda Pública, estaria praticando uma evasão tributária uma vez estar ocultando a ocorrência do fato imponible. Também, se por motivo de enchente um comerciante transfere mercadorias para um outro local próximo e seguro para esta não se perder, haveria a transferência de mercadoria, nascendo daí o fato gerador imponible da incidência tributária:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE – NÃO INCIDÊNCIA – SÚMULA 166/STJ – VIOLAÇÃO AO ART. 3º DO D.L. 406/68 NÃO CONFIGURADA – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE – SÚMULAS 282 E 356 DO STF - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO TEMA NÃO COMPROVADO.

- O simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS. Recurso conhecido e parcialmente provido. STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP nº 173748 -Processo: 199800320776 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. •Data da decisão: 13/03/2001 Documento: STJ000388048). (sic)

Sigo o determinado pela Súmula acima noticiada.

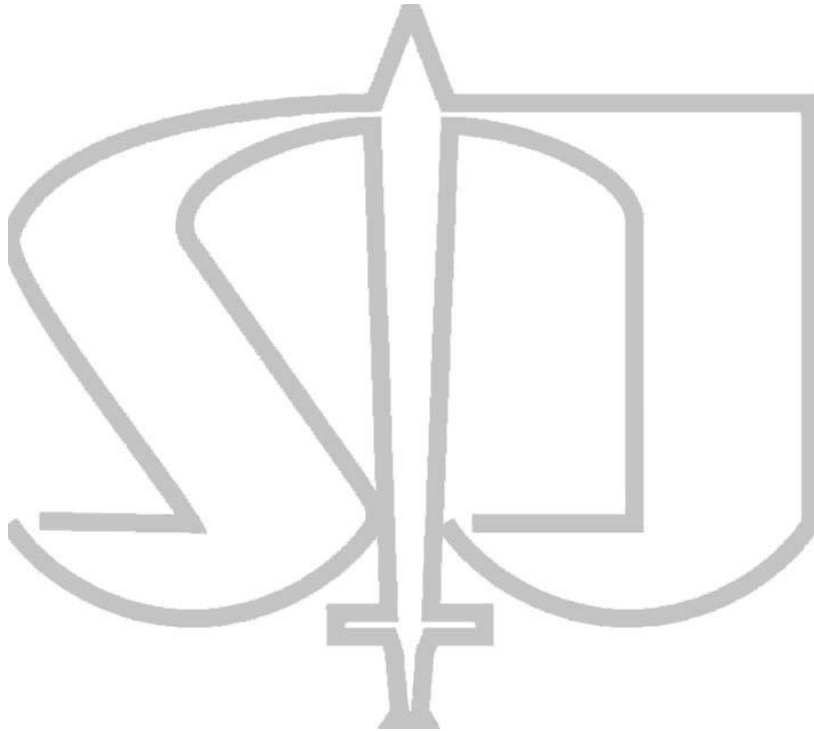
O acórdão recorrido reconheceu, examinando os fatos, que ocorreu transferência de mercadoria da matriz para a filial do mesmo grupo empresarial.

Superior Tribunal de Justiça

Esse fato é insuscetível de reexame em sede de recurso especial e não-sujeito ao ICMS.

Isso posto, acompanhando o relator, não-conheço do presente recurso especial.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2004/0056498-8

REsp 645496 / RS

Números Origem: 200301087421 27150026469 27195042760 599432861 70002544641

PAUTA: 16/08/2005

JULGADO: 20/09/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTROS
RECORRIDO : TREVISUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ ERY CAMARGO

ASSUNTO: Execução Fiscal - Embargos - Devedor

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de setembro de 2005

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária