

## **Não incide ICMS na transferência de mercadorias entre matriz e filial**

Cumprime primeiramente destacar que a incidência do ICMS pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre, por certo, nas hipóteses de transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Veja-se o texto constitucional:

"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;

A Constituição é clara, sendo que o imposto estadual sobre circulação de mercadorias (e prestação de alguns serviços) tem como fato impositivo exatamente o que foi dito: circulação de mercadorias. Claro, circulação jurídica.

Assim, temos que é cediço que as transferências de mercadorias realizadas entre matriz e filial não são tributadas por ICMS.

Isto porque não há realização da operação exigida pela Constituição Federal (art. 155, inciso II) para que haja incidência do imposto. Não basta, portanto, a circulação de mercadorias se desta circunstância não decorrer realização de comércio.

Com efeito, em se tratando do ICMS incidente sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, doutrina mais adequada já assentou que 'tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física)', a qual pressupõe 'a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria' inexistindo mudança da titularidade da mercadoria, a tributação pelo ICMS não subsiste." (Apelação Cível nº 9136294- 91.2009 5ª Câmara de Direito Público TJ/SP j. em 05.12.2011).

Destarte, o Imposto de circulação de mercadorias não deve incidir sobre a mera transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular.

Assim se tem decidido no Tribunal de Justiça de São Paulo-TJ-SP (Apelação Cível nº 0018973-92.2010 12ª Câmara de Direito Público TJ/SP Rel. Des. Burza Neto j. em 15.02.2012) e (Apelação Cível nº 0573791-48.2009 10ª Câmara de Direito Público Rel. Des. Antonio Celso Aguiar Cortez j. em 19.09.2011).

Posto isto, quando se tratar de mera transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular e o contribuinte estiver sendo indevidamente tributado, deverá buscar o judiciário, tendo em vista que na mera transferência sem relação comercial e mudança de titularidade, não incide o ICMS.

***\*Augusto Fauvel de Moraes é advogado do escritório Fauvel de Moraes Sociedade de Advogados, especialista em Direito Tributário pela Unisul, MBA em gestão de Tributos pelo Unicep, Pós graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Presidente da Comissão de Direito Aduaneiro da OAB/SP***