



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000277427

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1041697-18.2023.8.26.0506/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado RIOTEK INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA (PROCURADOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos, com efeito modificativo. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA E ISABEL COGAN.

São Paulo, 24 de março de 2025.

BORELLI THOMAZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 38.854

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº: 1041697-18.2023.8.26.0506/50000

COMARCA: RIBEIRÃO PRETO

EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGADA: RIOTEK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS
LTDA.

Processual Civil. Embargos de declaração. Excepcional atribuição de efeito modificativo para amoldar o julgado à orientação jurisprudencial do c. Supremo Tribunal Federal, de efeito vinculante. Cabimento.

Mandado de segurança. ICMS. Deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos da impetrante. Situação sob vigilância do julgamento, no C. Supremo Tribunal Federal, da modulação de efeitos na ADC 49/RN e RE 1.490.708/SP (Tema 1.367). Denegação da ordem.

Embargos acolhidos, com efeito modificativo.

Embargos de declaração opostos ante o julgamento de págs. 245/256, porquanto o julgado está *em desconformidade com o conteúdo da decisão da ADC n. 49*, dado tratar-se de ação ajuizada em 30.8.2023, com manifestação da embargada em atenção ao art. 1.023, § 2º do Código de Processo Civil (págs. 12/15).

É o relatório.

Como considerei no julgamento anterior, a impetrante ajuizou mandado de segurança preventivo contra ato do DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE RIBEIRÃO PRETO *para ter assegurado o direito de promover a transferência de sua produção de embalagens plásticas, com origem no seu*

estabelecimento situado no Município de São José do Rio Pardo, Estado de São Paulo, com destino ao seu estabelecimento localizado no Município de Poços de Caldas, Estado de Minas Gerais, com a determinação da suspensão da exigibilidade do ICMS, bem como de não recolher o ICMS pela mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos da Impetrante, destinadas ou advindas de outros Estados da Federação, porque somente há incidência do ICMS quando ocorre ato de mercancia, porquanto são operações sem circulação jurídica de mercadoria por ausência de transferência de propriedade.

A pretensão da impetrante foi acolhida, em parte, para *DETERMINAR* que a autoridade coatora, enquanto mantidos em vigor os fundamentos fáticos e legais que embasaram a presente decisão, *abstenha-se de cobrar o ICMS relativo às meras transferências de mercadorias da matriz da impetrante localizada no Município de São José do Rio Pardo, Estado de São Paulo, com destino ao seu estabelecimento localizado no Município de Poços de Caldas, Estado de Minas Gerais, até o fim do presente exercício 2023 e até o fim do exercício seguinte 2024 -, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) aplicável enquanto subsistente(s) a(s) cobrança(s) -, ficando vedado ainda à impetrada o bloqueio de caminhões de transporte de cargas da impetrante ou de terceiros a seu serviço nas barreiras fiscais, de modo que a impetrada deverá abster-se de tomar qualquer medida coercitiva/sancionatória vinculada à cobrança do ICMS em questão, sob pena de multa cumulativa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por cada dia em que a autuação de cada veículo obste pela impetrada o exercício do presente direito de transporte de mercadoria pela impetrante* (págs. 160/165 e 184).

A questão, contudo, e como se verá, não mais admite divergência, porquanto houve recente julgamento do RE nº 1.490.708/SP, no E. Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, julgamento no qual foi fixado entendimento a afastar o anteriormente lançado na r. sentença e nesta 13ª Câmara de Direito Público, favoráveis à tese exposta na petição inicial.

Assim se definiu o Tema 1.367/STF:

Ementa: Direito constitucional e tributário. Recurso extraordinário. ICMS. Transferência de mercadoria entre estabelecimentos do contribuinte em estados distintos antes de 2024. Reafirmação de jurisprudência. I. Caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que afirmou a não incidência de ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos. Isso, no entanto, em contrariedade à decisão de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ADC 49, ao fundamento de que a modulação não imporia a incidência do ICMS nas situações ressalvadas pelo STF. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se a atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade da incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte impõe a incidência do tributo nas operações não ressalvadas pela modulação. III. Razões de decidir 3. O STF, por ocasião do julgamento do ARE 1.255.885 (Tema 1.099/RG) e da ADC 49, afirmou 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”. 4. Em embargos de declaração na ADC 49, contudo, o STF modulou os efeitos da decisão para que a declaração de inconstitucionalidade produzisse efeitos a partir do exercício de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito (29.04.2021). 5. Nos termos do § 2º do art. 102 da Constituição, as decisões de mérito do STF em ADC têm efeitos

vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. A decisão judicial de não incidência de ICMS em operações ressalvadas pela modulação na ADC 49 afronta a autoridade das decisões do STF. Precedentes. IV. Dispositivo e tese 6. Recurso extraordinário conhecido e provido. Tese de julgamento: “A não incidência de ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, estabelecida no Tema 1.099/RG e na ADC 49, tem efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito da ADC 49 (29.04.2021)” (RE 1490708 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 03-02-2025, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-038 DIVULG 11-02-2025 PUBLIC 12-02-2025).

É certo já ter sido esse tema decidido e julgado, anteriormente, no E. Superior Tribunal de Justiça, como visto em decisão tomada sob rito dos recursos repetitivos, resultado do julgamento definitivo do mérito do Recurso Especial 1.125.133-SP – Tema 259 –, sob relatoria do I. Ministro LUIZ FUX:

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. In casu, 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)

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem,

embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Na mesma toada, também vinha o entendimento fixado no Tema 1.099 – Repercussão Geral do E. Supremo Tribunal Federal, como constou no julgamento ora embargado: *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* (j. 14.8.2020).

Observou-se, ainda, ter sido declarada a *inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996, por intermédio da ADC 49/RN, mas, com modulação de efeitos determinada por ocasião do julgamento de embargos declaratórios.*

Dessarte, já em repetição, e após o recente julgamento do RE nº 1.490.708/SP (Tema 1.367), pelo Supremo Tribunal Federal, reedito ter sobrevivendo definição sobre ser caso de prevalecer a modulação de efeitos antes mencionada, em detrimento das teses antes consolidadas em favor dos contribuintes: **“A não incidência de ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, estabelecida no Tema 1.099/RG e na ADC 49, tem efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito da ADC 49 (29.04.2021)”**.

No caso sob análise, houve ajuizamento desta ação mandamental em 30.8.2023, data posterior à fixada na modulação de efeitos a que antes referi.

Daí porque o antes decidido na r. sentença e nesta 13ª Câmara de Direito Público está em confronto com o estipulado no C. Supremo Tribunal Federal, que tem, reiteradamente, por decisões monocráticas, reformado decisões para julgar improcedentes ações desse jaez ajuizadas após a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito da ADC 49 (RE 1.478.781/SP, Relator Ministro Nunes Marques, DJe 28.2.2025; RE 1.535.545/SC, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe 24.2.2025).

Isso considerado, é imperativo dar-se vigência à orientação do C. Supremo Tribunal Federal, por ter sido ajuizado este mandado de segurança em 30.8.2023, vale repetir, após a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito da ADC 49.

Observo não desconhecer que *Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado*, mas, *Excepcionalmente, o Recurso Aclaratório pode servir para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional e a reverência ao pronunciamento superior, bem como o seu acolhimento a fim de adequar o julgamento a acórdão sujeito ao regime dos recursos repetitivos* (EDcl no AgRg no REsp 1350720/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019), como se dá aqui.

Nessa ordem de ideias, e também com atenção aos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, determinantes do dever de os Tribunais firmarem jurisprudência *estável, íntegra e coerente*, além de observarem *as decisões do Supremo*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e acórdãos [...] de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos, é caso de serem acolhidos os embargos de declaração, o que faço para dar provimento ao recurso fazendário e ao reexame necessário e **DENEGAR A SEGURANÇA**, aplicada a orientação do C. Supremo Tribunal Federal (ED na ADC 49/RN e RE nº 1.490.708/SP - Tema 1.367), nos termos acima expostos.

Sem honorários, custas e despesas processuais a cargo da impetrante.

Assinalo, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Pelo meu voto, acolho os embargos, com efeito modificativo.

BORELLI THOMAZ

Relator