



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000292654

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002013-51.2022.8.26.0529, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante SECALUX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA..

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente sem voto), BANDEIRA LINS E ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

LEONEL COSTA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Cível nº 1002013-51.2022.8.26.0529

Apelante/Apelado: Estado de São Paulo

Apelado/Apelante: Secalux Comércio e Indústria Ltda.

Comarca: Santana de Parnaíba

**PROCESSO ELETRÔNICO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – OPOSIÇÃO AO
JV**

APELAÇÃO: 1002013-51.2022.8.26.0529

APELANTES: ESTADO DE SÃO PAULO e SECALUX
COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

APELADOS: OS MESMOS

Juiz(a) de 1º grau: Natália Assis Mascarenhas

VOTO 42576 – lcb

APELAÇÕES. PROCEDIMENTO COMUM.
DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO
JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ICMS. TRANSFERÊNCIA
DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS
DO MESMO CONTRIBUINTE.

Pretensão à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue o contribuinte a recolher ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos, sem transferência de titularidade.

Sentença que procedência.

Insurgência de ambas as partes.

APELAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.
PRETENSÃO À IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.
PARCIAL PROVIMENTO.

ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS. A autora alega que é indevida a cobrança de ICMS relativo a transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos, nos termos da Súmula 166, do Superior Tribunal de Justiça. ADC 49/RN: “O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final”.

MODULAÇÃO DE EFEITOS DA ADC 49/RN. Embargos de Declaração parcialmente provido para constar, entre outras coisas que: “Em presentes razões de segurança jurídica e interesse social (art.27, da Lei 9868/1999) justificável a modulação dos efeitos temporais da decisão para o 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”.

Verifica-se que o STF modulou os efeitos da decisão da ADC 49/RN, para que tenha eficácia prospectiva, 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 (o que ocorreu em 19.04.2021). Dito de outro modo: o STF acolheu o pleito fazendário, por razões de segurança jurídica, e considerou constitucional a incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica até 2024, excetuando apenas processos administrativos e judiciais pendentes propostos antes de 19.04.2021.

No caso, a presente ação foi ajuizada em 19/04/2022, posteriormente, portanto, a 19/04/2021 (data da publicação da ata de julgamento de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade 49).

Assim, a sentença deve ser parcialmente reformada, para reduzir seus efeitos, declarando-se o direito da autora à não cobrança de ICMS entre seus estabelecimentos somente após 01/01/2024.

APELAÇÃO DA AUTORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO. PARCIAL PROVIMENTO.

Sentença de origem que condenou o ESTADO DE SÃO PAULO ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Caso concreto em que não há valor de condenação, porque o pedido formulado é meramente declaratório, não envolve repetição de indébito. Fixação dos honorários que deve ter por base o proveito econômico obtido pela parte, correspondente à isenção de ICMS obtida nas transferências de mercadoria entre estabelecimentos a partir de 01/01/2024. Inteligência do art. 85, §2º do CPC.

Sentença parcialmente reformada. Recursos parcialmente providos.

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ajuizada por SECALUX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA em face do ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos, sem transferência de titularidade.

Alega em síntese que, além das operações de venda de mercadorias, também realiza transferências de mercadorias entre suas próprias unidades, sem transferência de titularidade; que, no entanto, a despeito de não haver a transferência de titularidade, o ESTADO DE SÃO PAULO está a exigir o ICMS pela mera circulação física de transferência de mercadoria entre seus estabelecimentos localizados em Pitangueiras/SP e Santana de Parnaíba/SP; que o fato em comento não enseja a exação pretendia pelo Estado.

A sentença de fls. 258/261 julgou o pedido procedente, para "*DECLARAR a não incidência de ICMS sobre as operações de transferência de mercadorias entre a matriz e as filiais da autora, inexistindo, assim, relação jurídico-tributária para incidência de ICMS no referido caso.*".

Em razão da sucumbência, condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformadas com a sentença, apelam ambas as partes.

O ESTADO DE SÃO PAULO apresentou razões recursais às fls. 265/269, afirmando, em síntese, que deve ser observada a modulação de efeitos definida pelo STF por ocasião do julgamento da ADC 49; que, tendo a ação sido ajuizada em 19 de abril de 2022, o pedido é improcedente, considerando que a publicação da ata de julgamento de mérito de referida ADC ocorreu em 21/10/2021.

Nesses termos, requer o provimento do recurso, para que seja a ação julgada improcedente.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 289/297).

A SECALUX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA apresentou razões recursais às fls. 301/313. Alega, em síntese, que há equívoco na sentença quanto à base de cálculo definida para fixação dos honorários advocatícios; que não foi formulado pedido de repetição de indébito, razão pela qual não se pode condenar o ESTADO ao pagamento de honorários com base no “valor da condenação”; que a base de cálculo deve ser o proveito econômico obtido.

Nesses termos, requer o provimento do recurso, para que a base de cálculo dos sucumbenciais seja “*o proveito econômico decorrente do não pagamento do ICMS entre filiais e matriz, ou seja, a diminuição do saldo credor do imposto, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC.*”.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 314/315) e não respondido.

A autora manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 335/336).

É o relato do necessário.

VOTO.

Ambos os recursos merecem parcial provimento.

Como é cediço, o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte do ICMS não constitui ato de comércio, sujeito à incidência do tributo, pois não há circulação de mercadorias, operação que é considerada fato gerador do imposto e se caracteriza pela mudança de titularidade do bem.

Tanto é assim que o STJ sedimentou tal entendimento ao editar a Súmula 166, nos seguintes termos:

Súmula 166/STJ: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Além disso, reafirmou o entendimento no julgamento do REsp 1.125.133/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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.

(REsp 1125133/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – j. 25/08/2010).

Finalizado o julgamento, firmou-se a seguinte tese no Tema 259 (do qual o REsp 1.125.133/SP foi paradigma principal):

Tema 259: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Na sequência de acontecimentos, houve o julgamento do Tema 1.099 pelo STF (ARE nº 1.255.885/MS), que culminou na seguinte tese:

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.

Sobreveio o julgamento da ADC 49/RN, DJe de 04.05.2021, declarando 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 87/96.

E, por fim, em sede de embargos de declaração (DJE de 15.08.2023), por maioria, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão, conforme ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO AÇÃO
DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS- ICMS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO ICMS. MANUTENÇÃO DO DIREITO DE CREDITAMENTO. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AUTONOMIA DO ESTABELECIMENTO PARA FINS DE COBRANÇA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO. OMISSÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Uma vez firmada a jurisprudência da Corte no sentido da inconstitucionalidade da incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica (Tema 1099, RG) inequívoca decisão do acórdão proferido.

2. O reconhecimento da inconstitucionalidade da pretensão arrecadatória dos estados nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não corresponde a não incidência prevista no art. 155, §2º, II, ao que mantido o direito de creditamento do contribuinte.

3. Em presentes razões de segurança jurídica e interesse social (art.27, da Lei 9868/1999) justificável a modulação dos efeitos temporais da decisão para o 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. Exaurido o prazo sem que os Estados disciplinem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, fica reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos.

4. Embargos declaratórios conhecidos e parcialmente providos para a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº87/1996, excluindo do seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular.

Verifica-se que o STF modulou os efeitos da decisão da ADC 49/RN, para

que tenha eficácia prospectiva, 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 (o que ocorreu em 19.04.2021).

Dito de outro modo: o STF acolheu o pleito fazendário, por razões de segurança jurídica, e considerou **constitucional** a incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica **até 2024, excetuando apenas processos administrativos e judiciais anteriores a 19.04.2021.**

No caso concreto, a presente ação foi ajuizada em 19.04.2022, posteriormente, portanto, a 19.04.2021 (data da publicação da ata de julgamento de mérito da ADC 49).

Neste passo, ressalvado o entendimento deste Relator e desta Câmara, no sentido de que a modulação dos efeitos da decisão da ADC 49 não implica dizer que os processos em curso devam, necessariamente, ser julgados em sentido contrário ao entendimento esposado na ADC 49, é certo que, por força da decisão do STF no RE 1.474.749/SP, a situação apresentada neste processo está abrigada pela modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade 49.

Assim, por força da modulação, as normas declaradas inconstitucionais devem produzir seus regulares efeitos até o exercício de 2024, tornando lícita a exigência de ICMS até então e, por consequência, afastando a pretensão da autora quanto à inexistência de relação jurídico-tributária em data anterior a 01/01/2024.

Nesse sentido, apesar da resistência inicial, estão as demais Câmaras desta Seção de Direito Público passando a adotar o entendimento, além de efetuar a readequação nos casos de ações propostas após 19.04.2021:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. Pretensão ao reconhecimento do direito a não incidência do ICMS em operações de simples transporte de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. R.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sentença que julgou procedente a ação. Ausência de recursos voluntários das partes. Recurso oficial interposto. Modulação de efeitos da ADC nº 49/RN pró-futuro a partir do exercício de 2024. Inaplicabilidade da ressalva da modulação dos efeitos. Ação ajuizada após a publicação da decisão de mérito da ADC nº 49/RN. Possibilidade de exigência do ICMS até o exercício de 2024, nos termos da modulação e do entendimento do E. STF. Precedentes. Reforma da r. sentença para julgar improcedente o pleito autoral. Honorários. Inversão do ônus sucumbencial. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO.

(TJSP; Remessa Necessária Cível 1001373-25.2023.8.26.0299; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Jandira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 06/05/2024; Data de Registro: 06/05/2024) (gn);

REEXAME NECESSÁRIO - Considerado interposto em face do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 12.016/2009. PROCESSO CIVIL – Recurso de Apelação que preenche adequadamente os requisitos do artigo 1.010, do CPC – Preliminar de não conhecimento rejeitada. PROCESSO CIVIL – Cabimento do mandado de segurança preventivo – Não configuração de inépcia da inicial ou ilegitimidade passiva - Justo receio de violação do direito líquido por parte de autoridade coatora - Ação mandamental que, diante da concreção dos efeitos jurídicos perseguidos na impetração, não se revela tratar a hipótese de mandamus contra lei em tese - Necessidade da impetração para o resguardo do direito perseguido. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – ICMS – Pretensão de afastamento da exigência do tributo sobre as operações de transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa – Inadmissibilidade de tributação – Não concretização da hipótese de incidência do ICMS, eis que exige a circulação de mercadoria e a mudança da propriedade – Situação que implica simples deslocamento de bens – Súmula nº 166 e Tema nº 259, do C. STJ – Precedentes desta C. Câmara - Julgamento do Tema nº 1.099 pela Suprema Corte, com a fixação da tese: "Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia" - Tese jurídica de natureza vinculativa, nos termos do artigo 927, III, do CPC. – Modulação dos efeitos da decisão proferida na ADC 49/RN, em sede de Embargos de Declaração, que não afastou o entendimento firmado no Tema 1.099, do próprio C. STF e na Súmula 166, do C. STJ – Precedentes desta Corte de Justiça – Parcial acolhimento da remessa necessária apenas para limitar a concessão a segurança para o final do exercício financeiro de 2023 - Incontroversa a não incidência do tributo a partir do ano de 2024. R. Sentença reformada em parte. Reexame necessário, considerado interposto, parcialmente provido. Recurso da FESP improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1049114-57.2022.8.26.0053; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/05/2024; Data de Registro: 06/05/2024) (gn);

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. Transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa. Operações que não configuram ato de mercancia. Entendimento pacificado pelo STJ (Súmula 166) e pelo STF (Tema nº 1.099). Destaque do imposto que desborda da capacidade tributária do sujeito ativo e produz impacto financeiro para o contribuinte. Segurança concedida para declarar como não tributável a mera transferência de mercadorias entre matriz e filial. Recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo não providos. Retorno dos autos, nos termos do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil, para reexame da matéria após a modulação de efeitos da decisão de julgamento da ADC nº 49 pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude do acolhimento parcial de embargos de declaração contra ela opostos. Modificação do acórdão. Necessidade. Demanda ajuizada após a publicação da ata de julgamento da decisão de mérito proferida na ADC nº 49 e, por isso, não inserida na ressalva à modulação fixada pelo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

STF. ICMS exigível em tais operações até o exercício financeiro de 2024. Acórdão modificado para dar provimento ao recurso de apelação e ao reexame necessário e denegar a ordem.

(TJSP; Apelação Cível 1021037-37.2022.8.26.0506; Relator Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/03/2024; Data de Registro: 27/03/2024) (gn);

ADEQUAÇÃO - APELAÇÃO Recurso Extraordinário nº 1.255.885 (Tema nº 1.099/STF) - Artigo 1.040, inciso II, CPC Devolução ao Órgão Julgador Exigência de ICMS sobre operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular - Inconstitucionalidade da incidência de ICMS reconhecida pelo C. STF na ADC nº 49/RN Modulação de efeitos da ADC nº 49/RN pró-futuro a partir do exercício de 2024 Inaplicabilidade da ressalva da modulação dos efeitos Ação ajuizada após a publicação da decisão de mérito Possibilidade de exigência do ICMS nos termos da modulação dos efeitos da ADC nº 49/RN - Contrariedade entre as decisões - Adequação do v. acórdão para denegar a segurança - Retratação devida.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1020733-39.2021.8.26.0032; Relatora Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/03/2024; Data de Registro: 21/03/2024) (gn).

Portanto, é lícita a cobrança de ICMS nas transferências entre matrizes e filiais, nos termos do que foi decidido pelo STF, até 01/01/2024.

E, por assim ser, de rigor o parcial provimento da apelação do ESTADO DE SÃO PAULO, restringindo a declaração de não incidência de ICMS sobre as operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (inexistência de relação jurídico-tributária), para que produza

efeitos somente a partir de 01/01/2024, mantendo-se hígida a exação no período anterior.

Tratando, agora, da apelação da autora, o recurso também merece parcial provimento.

Nos termos do art. 85, *caput* e §§ do CPC:

Artigo 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento **sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa**, atendidos:

(...)

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, **a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º** e os seguintes percentuais:

(...)

§ 8º **Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa**, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos

§§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. (gn).

Como se vê, a fixação de honorários obedece a seguinte ordem:

- i) quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o seu montante (art. 85, § 2º);
- ii) **não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º);** ou (b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º);
- iii) por fim, havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

Pois bem. A sentença de origem condenou o ESTADO DE SÃO PAULO ao pagamento de honorários advocatícios fixados em *"10% sobre o valor da condenação"*.

Contudo, como bem exposto pela autora-apelante, no caso concreto não há qualquer valor de condenação, porque o pedido formulado é meramente declaratório, não envolve repetição de indébito.

Assim, a fixação dos honorários deve ter por base o proveito econômico obtido pela parte, que, na espécie, corresponde à isenção de ICMS obtida nas transferências de mercadoria entre seus estabelecimentos (frise-se, isenção essa operada somente a partir de 01/01/2024), a ser apurada na origem.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos, para: i) limitar a declaração de não incidência de ICMS sobre as operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (inexistência de relação jurídico-tributária), para que produza efeitos somente a partir de 01/01/2024, mantendo-se hígida a exação no período anterior; e ii) fixar o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

proveito econômico obtido pela autora como base de cálculo dos honorários advocatícios devidos em seu favor, na forma da fundamentação.

Em razão da sucumbência advinda do novo desfecho da ação, condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios em favor do réu, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, §§2º, 3º, I e 11 do CPC.

Leonel Costa

Relator