



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000430129

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1025352-46.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, são apelados NESTLÉ BRASIL LTDA. e NESTLÉ BRASIL LTDA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) E DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 30 de abril de 2025

ISABEL COGAN

RELATORA

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 22474 (13ª Câmara de Direito Público)

REMESSA NECESSÁRIA/APELAÇÃO Nº 1025352-46.2021.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

RECORRENTE: JUÍZO “EX OFFICIO”

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: NESTLÉ BRASIL LTDA. E OUTRO

**INTERESSADO: COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO
TRIBUTÁRIA DA SEFAZ/SP**

Juiz de 1ª Instância: Gilsa Elena Rios

AC

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE, NESTE ESTADO DE SÃO PAULO. EXIGÊNCIA DE ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL QUE NÃO SE SUSTENTA. ORDEM CONCEDIDA. Reexame necessário e apelação contra sentença que concedeu segurança em mandado de segurança impetrado contra autoridade tributária, determinando o cancelamento do Auto de Infração nº 4.003.023-4, com fundamento no artigo 156, inciso X do Código Tributário Nacional. A Fazenda Estadual apelou buscando a inversão do julgado. Incidência da Súmula nº 166/STJ, da ADC 49 e dos Temas 1099/STF e 1367/STF. O presente feito iniciou-se precisamente no dia 29 de abril de 2021, além de ter havido o deslocamento de mercadorias apenas neste Estado de São Paulo entre estabelecimentos da impetrante, de modo que não há dúvidas quanto à aplicabilidade da decisão final fixada na ADC 49. No mais, quanto à natureza dos produtos deslocados, se componentes ou não da cesta básica e passíveis de alíquota diferenciada, a discussão perdeu sentido na medida em que o caso é de não tributação. Concessão da ordem mantida, com observação para espancar erro material do dispositivo da sentença, pois não é o caso de cancelamento total, mas meramente parcial do auto de infração. REEXAME OFICIAL E APELO DESPROVIDOS, COM OBSERVAÇÃO.

Cuida-se de reexame oficial e apelação em face da r. sentença de CONCESSÃO DA ORDEM (fls. 379/383), prolatada em mandado de segurança impetrado contra autoridade tributária.

Como sentenciado, a MMª. Juíza “a quo” confirmou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a liminar e CONCEDEU A SEGURANÇA “*para determinar à autoridade coatora que proceda o cancelamento do Auto de Infração nº 4.003.023-4, com fundamento no artigo 156, inciso X do Código Tributário Nacional*”.

Não houve a fixação de honorários advocatícios, nos termos da lei e determinou-se o cumprimento da remessa necessária.

A Fazenda Estadual apelou, buscando a inversão do julgado, com preliminar de sobrestamento até o trânsito em julgado da ADC 49. Sustenta ter o impetrante pleiteado o reconhecimento do direito à não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, amparado pela Súmula nº 166 do STJ, bem como na ADC nº 49 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, porém, nada alegou em relação a Lei Complementar 87/96 que impôs ao contribuinte transferir seus créditos e que tal opção foi também adotada na edição do Convênio Confaz 178/2023 e do Decreto Estadual 68.243/2023. Alega que o único objetivo com a impetração é o aproveitamento do crédito de ICMS no Estado de origem, sem observância da legislação de regência. Afirma que, tendo a impetrante optado pela sujeição das operações intermediárias à tributação e auferido todas as vantagens advindas dessa opção, não seria razoável ou justo que, ao depois, a impetrante pudesse questionar apenas o ônus (a incidência tributária nessas operações) e preservar o bônus (os créditos nos estabelecimentos remetente e destinatário). Acrescenta que a lide deve ser decidida mediante análise da questão de fundo que deflagrou a lavratura do Auto de Infração, concernente ao cabimento ou não da redução da base de cálculo do ICMS em relação aos produtos (“NAN” e “NESTOGENO”), que não podem ser considerados leite, ou seja, não integram a cesta básica e, portanto, não contemplam alíquota reduzida no cálculo do ICMS (fls. 394/417).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contrarrazões às fls. 421/444.

Nos termos do despacho de fls., o feito foi sobrestado até a solução final da ADC 49, cujo trânsito em julgado se deu em 26/03/2024 (fls. 501/503).

É o relatório.

O apelo não prospera.

Nos termos do auto de infração **AIIM nº 4.003.023-4**, lavrado em 17/04/2012 (fls. 48 e ss.), a empresa impetrante, ora apelada, foi autuada por 04 (quatro) infrações listadas no referido auto, tendo se insurgido apenas contra as **duas primeiras infrações (objeto do presente feito)**, relativas à **falta de recolhimento do imposto (ICMS)**, em transferências dos produtos (“*NAN Pro 1, Fórmula Infantil 12x400g BR, NESTOGENO 1 etc.*”) e NESTOGENO 2 para outras unidades da impetrante neste Estado de São Paulo, nos montantes de R\$6.196.778,66, no período de abril a novembro de 2008 (item 1); e de R\$15.189.835,21, nos períodos de dezembro de 2009, janeiro a junho e de agosto a dezembro de 2010; janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2011 (item 2).

De acordo com a fiscalização, a impetrante teria se utilizado indevidamente da redução de base de cálculo para produtos da cesta básica, já que os produtos transferidos não poderiam ser tratados como leite em pó, mas como fórmulas infantis, o que teria ocasionado o recolhimento a menor do imposto.

Desse modo, embora o Fisco tenha identificado e autuado a contribuinte por erro na alíquota empregada para o cálculo do ICMS, o “*mandamus*” abarca discussão diversa e prejudicial aos motivos que

embasam as infrações.

Com efeito, o cerne do mandado de segurança é a possibilidade de não incidir o ICMS sobre o transporte de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade empresarial.

Pois bem. O art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento “*da saída da mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”. Ademais, o art. 11, § 3º, II do mesmo diploma prevê a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular.

Entretanto, em consonância com a **Súmula 166/STJ**, “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*” (DJ 23.08.1996).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese do **Tema 1099/STF** (ARE 1255885, trânsito em julgado em 10/10/2020), no sentido de 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*”.

E no julgamento da **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49**, sob a relatoria do Min. Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal assentou o seguinte (g.n.): “*O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na presente ação, 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 n. 87, de 13 de setembro de 1996, nos termos do*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

voto do Relator. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Tavares de Abreu Lima, Procurador do Estado do Rio Grande do Norte. Plenário, Sessão Virtual de 9.4.2021 a 16.4.2021”.

A decisão foi modulada no julgamento de Embargos Declaratórios na ADC 49, *“a fim de que tenha eficácia pró-futuro 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. 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. Embargos conhecidos e parcialmente providos para a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/1996, excluindo do seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular”, o julgamento foi suspenso para proclamação do resultado em sessão presencial. Plenário, Sessão Virtual de 31.3.2023 a 12.4.2023. (Publicação da ata de julgamento da decisão de mérito da ADC 49 em 29.04.2021).*

Além disso, em 04/02/2025, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e julgou o mérito do Tema 1367/STF, com reafirmação de jurisprudência, fixando a seguinte tese: *“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)”.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O presente feito iniciou-se precisamente no dia 29 de abril de 2021, além de ter havido o deslocamento de mercadorias apenas neste Estado de São Paulo entre estabelecimentos da impetrante, de modo que não há dúvidas quanto à aplicabilidade da decisão final fixada na ADC 49.

No mais, quanto à natureza dos produtos deslocados, se componentes ou não da cesta básica e passíveis de alíquota diferenciada, a discussão perdeu sentido na medida em que o caso é de não tributação.

Em suma, é inexigível o ICMS descrito nos itens 1 e 2 do AIIM 4.003.023-4, bem sentenciada a concessão da ordem.

Por fim, no âmbito do reexame necessário, impõe-se consignar uma observação para espancar erro material contido no dispositivo da r. sentença, já que foi equivocadamente decretado “*o cancelamento do Auto de Infração nº 4.003.023-4*”, **ao invés de ficar determinado apenas o cancelamento parcial do Auto de Infração nº 4.003.023-4 (quanto aos itens I-1. e II-2. – INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO)**, o que ora se procede, permanecendo hígido o documento quanto às demais infrações descritas, que não são objeto desta lide.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos oficial e voluntário, com a observação do parágrafo anterior.

ISABEL COGAN
Relatora