



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1020961-77.2023.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Base de Cálculo**
 Requerente: -----
 Requerido: **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **PATRICIA PERSICANO PIRES**

Vistos,

----- ingressou com ação Procedimento Comum Cível - Base de Cálculo em face de **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** em que pretende a declaração de inexigibilidade do ICMS na transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos, reconhecido seu direito ao aproveitamento dos créditos relativos ao imposto recolhido nas operações anteriores.

O pedido de tutela antecipada foi deferido (fls. 43/45).

A parte ré ofereceu contestação (fls. 55/63). Sustentou a modulação dos efeitos do julgamento da ADC 49. Concluiu com o pedido de improcedência.

Houve réplica (fls. 71/80).

As partes requereram o julgamento no estado (fls. 84 e 87).

É o relatório.

FUNDAMENTO E DECIDO.

O feito em questão comporta o julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil, tendo em vista que a questão controvertida nos autos é meramente de direito, mostrando-se, por outro lado, suficiente a prova documental produzida para dirimir as questões de fato suscitadas, de modo que despiciendo se faz designar audiência de instrução e julgamento para a produção de novas provas.

O pedido procede em parte.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

Por ocasião do deferimento da tutela antecipada, assim decidi:

A Súmula 166 do Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*". Tal entendimento prevalece mesmo após a edição da Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/96).

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49, foi fixado o entendimento de que inexistente fato gerador quando do deslocamento físico de bens de um estabelecimento a outro da mesma titularidade, reafirmando-se a inconstitucionalidade dos artigos 11, § 3º, II; 12, I, e 13, §4º, todos da Lei Complementar nº 87/96:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DEBENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. *Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC.*

2. *O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes.*

3. *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.*

4. *Ação declaratória julgada improcedente, 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. (STF; ADC 49, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno; Data do julgamento: 19/04/2021; Publicação: 04/05/2021)*

Nesse mesmo sentido houve manifestação do Pretório Excelso no julgamento do RE nº 1.255.855/MS (Tema 1.099): *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.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

1020961-77.2023.8.26.0053 - lauda 2

Além disso, no julgamento do Tema 259 dos recursos repetitivos, o C. Superior Tribunal de Justiça também firmou a seguinte tese: *Não constitui fato gerador do CMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*

Portanto, a mera circulação física de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não configura fato gerador do ICMS, na medida em que não há transferência de titularidade dos bens.

Todavia, a tutela antecipada não merece ratificação na íntegra.

É que, como alegado pela FESP em sua contestação, no que se refere ao aproveitamento dos créditos, o STF, quando do julgamento dos embargos de declaração, ajustou o julgamento para esclarecer que os efeitos da inconstitucionalidade teriam 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".

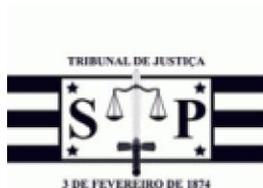
No caso, esta ação foi ajuizada em abril/2023, ou seja, depois da publicação da Ata de julgamento do mérito da ADC 49 (29/04/2021).

Assim, quanto ao aproveitamento dos créditos, deve ser observado o decidido, vale dizer, a autora apenas poderá exercer esse direito apenas a partir de 2024 se a requerida não tiver disciplinado a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular.

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos, o que faço para **DECLARAR** a inexigibilidade do ICMS na transferência de mercadorias entre os estabelecimentos da autora e reconhecer o direito dela ao aproveitamento dos créditos relativos ao imposto recolhido nas operações anteriores apenas a partir de 2024 se a requerida não tiver disciplinado a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular. Outrossim, **JULGO EXTINTO** o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC.

Ratifico a tutela antecipada, em parte, apenas para assegurar à autora a circulação física de mercadorias entre seus estabelecimentos, ainda que situados em outro Estado da Federação, sem a exigência do ICMS, porque ausente fato gerador do tributo, devendo a requerida se abster de promover qualquer ato que impeça ou dificulte o trânsito das mercadorias, revogada a tutela quanto ao aproveitamento dos créditos.

1020961-77.2023.8.26.0053 - lauda 3



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com as custas e despesas processuais que lhes cabe (artigo 86, *caput*, do Código de Processo Civil), bem ainda ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 2.000,00 para cada uma. P.I.C.

São Paulo, 06 de junho de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

1020961-77.2023.8.26.0053 - lauda 4