



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2022.0000431359**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3001570-04.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ESTADO DE SÃO PAULO e COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CAT, é agravada ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CONTRIBUINTE DE TRIBUTOS - ANCT.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI E DANILO PANIZZA.

São Paulo, 3 de junho de 2022.

**MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**VOTO Nº 15845**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 3001570-04.2022.8.26.0000**

**COMARCA: SÃO PAULO**

**AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULO**

**AGRAVADO: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS – ANCT**

**INTERESSADO: COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CAT**

Julgador de Primeiro Grau: *Luis Antonio Nocito Echevarria*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança coletivo – Deferimento de liminar – Insurgência – Descabimento – Preliminar de inadequação da via eleita afastada – Ação mandamental que, diante da concreção dos efeitos jurídicos perseguidos na impetração, não se revela tratar a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese – Necessidade, ademais, da impetração para o resguardo do direito perseguido – Mérito – Inteligência do art. 155, II, da CF – Tanto no deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos situados na mesma unidade federativa, quanto entre estabelecimentos localizados em unidades diversas, é incabível a cobrança de ICMS, desde que não verificada a circulação jurídica da mercadoria, isto é, a transferência de sua titularidade – Entendimento da Súmula nº 166/STJ, segundo a qual “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte” – Supremo Tribunal Federal, ademais, que fixou a seguinte tese, em sede de repercussão geral, ao julgar o Tema nº 1099: “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” – Precedentes desta c. Câmara – Demais questões trazidas em sede recursal que deverão ser apreciadas pelo Juízo “a quo”, sob pena de supressão de instância – **DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.****

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, no bojo do Mandado de Segurança Coletivo nº 1055908-31.2021.8.25.0053, deferiu a liminar para determinar “*que a autoridade impetrada se abstenha de efetuar a cobrança de ICMS quando há mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, sob pena de arbitramento de multa diária*”.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Narra o agravante, em síntese, que a associação agravada impetrou mandado de segurança coletivo, em que o juízo “a quo” deferiu a medida liminar para afastar a cobrança do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, com o que não concorda. Alega que a impetrante não acostou à inicial a relação dos associados, o que impede o cumprimento da liminar, nem tampouco a autorização dos associados para o ingresso da ação coletiva. Argui que a pretensão da agravada encontra óbice na Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, já que ela impetrou mandado de segurança em face do artigo 12, I, da Lei Complementar nº 87/96 e do artigo 2º, I, da Lei Estadual nº 6374/89. Aduz que a parte adversa não possui direito líquido e certo, uma vez que o ICMS incide sobre a saída de mercadoria, seja qual for sua destinação, conforme previsão do artigo 155, I, “b”, da Constituição da República, do artigo 12, I, da LC 87/96, e artigo 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 6.374/89. Sustenta que a ADC 49 não transitou em julgado, de modo que os dispositivos legais estão em vigor, e que tal julgamento é questão prejudicial à ação originária, motivo pelo qual não pode ser julgada enquanto não houver o julgamento definitivo daquela.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, confirmando-se ao final, com o provimento do agravo de instrumento, e a reforma da decisão recorrida.

O efeito suspensivo foi indeferido (fls. 11/16).

Contraminuta às fls. 22/45.

A douta PGJ deixou de se manifestar no feito (fls. 50/52).

É o relatório. **Decido.**

De saída, observa-se que não há aqui insurgência contra lei em tese, dada a busca de garantir o interesse concreto de obstar a cobrança de ICMS decorrente da circulação de mercadorias entre matriz e filiais ou entre as filiais.

Isto é, a ação mandamental de origem não discute apenas a interpretação e a aplicação de norma genérica e abstrata, mas visa a impedir a exigência ilegal do tributo em questão, havendo justo receio de que essa ilegalidade seja praticada.

Nesse sentido:

***PROCESSO CIVIL – Inviabilidade da impetração e falta de interesse de agir – Afastamento – Ação mandamental que, diante da concreção dos efeitos jurídicos perseguidos na impetração, não se revela tratar a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese – Necessidade da impetração para o resguardo do direito perseguido. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – ICMS – Pretensão***



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*para que a autoridade coatora se abstenha de cobrar o ICMS referente à circulação de mercadorias entre a matriz e filiais ou entre as filiais – 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 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. R. Sentença concessiva da segurança mantida. Recursos improvidos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1057376-64.2020.8.26.0053; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/05/2021; Data de Registro: 20/05/2021) (Destaquei).*

No mais, quando se trata do ICMS, a expressão “circulação de mercadorias”, existente no art. 155, II, da CF, deve ser entendida não apenas como o mero deslocamento/transferência material de uma mercadoria de um estabelecimento para outro, mas sim como sua circulação/transferência jurídica, a implicar a modificação da titularidade de seu domínio.

Conforme ensina SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, “somente terá relevância jurídica aquela operação mercantil que acarrete a circulação da mercadoria como meio e forma de transferir-lhe a titularidade. Por isso a ênfase constitucional na expressão operações de circulação de mercadorias. O imposto não incide sobre a mera saída ou circulação física que não configure real mudança de titularidade do domínio” (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 466).

Portanto, a mera transferência/circulação material de mercadorias entre os estabelecimentos da impetrante/agravada, a princípio, não pode caracterizar fato gerador do ICMS.

Não por outro motivo, a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça prescreve que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

E isso vale para o deslocamento entre estabelecimentos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na mesma unidade federativa e entre estabelecimentos localizados em unidades federativas diversas, desde que não verificada, obviamente, a circulação jurídica da mercadoria, isto é, a transferência de sua titularidade.

Com efeito, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese 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*” (Tema nº 1099), proferida no bojo de acórdão assim ementado:

*“Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Deslocamento de mercadorias. Estabelecimentos de mesma titularidade localizados em unidades federadas distintas. Ausência de transferência de propriedade ou ato mercantil. Circulação jurídica de mercadoria. Existência de matéria constitucional e de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. Agravo provido para conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento de modo a conceder a segurança. Firmada a seguinte tese de repercussão geral: 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.”* (ARE 1255885 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 14-09-2020 PUBLIC 15-09-2020) (Destaquei)

leciona:

Na mesma linha, a doutrina especializada assim

*“Operações são negócios jurídicos; circulação é transferência de titularidade, e não apenas movimentação física; mercadorias são bens objeto de comércio.*

*(...)*

*Também o STJ consolidou posição nesse sentido através da sua Súmula 166: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Há precedente em sede de recurso repetitivo, tornando fora de dúvida que: “O*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*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”, “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”. Vale destacar, ainda, que não importa, no caso, que o deslocamento físico seja interno ou interestadual; de qualquer modo, tratando-se de deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não é devido o imposto.” (Leandro Paulsen, Curso de Direito Tributário Completo, 11ª Ed., Ed. Saraiva, 2020, pgs. 600-601)*

Confiram-se, nesse sentido, por fim, os seguintes julgados desta c. Câmara:

*APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – Mandado de segurança – Pedido de cancelamento de crédito tributário objeto de AIIM – Suposta transferência interestadual de mercadorias entre filiais – Sentença de concessão da segurança – Irresignação da Fazenda Pública – Preliminar – Adequação da via mandamental – Discussão de direito líquido e certo – Mérito – Item I do AIIM – Não se vislumbrou a transmissão da titularidade do bem, ou seja, não restou constatado o próprio ato de mercancia, indispensável para a caracterização da hipótese de incidência do ICMS (art. 155, inciso II, da CF/88) – Seja o deslocamento entre estabelecimentos na mesma unidade federativa, seja entre Estados diversos, se não for verificada a circulação jurídica da mercadoria isto é, a transferência de sua titularidade, incabível a cobrança de ICMS – Entendimento da Súmula nº 166, STJ – Precedentes desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema nº 1099: “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” – Item II do AIIM – Discussão acerca da base de cálculo do tributo que se encontra prejudicada, tendo em vista o reconhecimento de sua cobrança ser indevida – Manutenção da sentença –*





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Não provimento da remessa necessária e do recurso voluntário. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1029582-34.2021.8.26.0053; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/09/2021; Data de Registro: 01/10/2021).*

*REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE FILIAIS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – Pretensão do impetrante de que seja reconhecido seu direito a não recolher ICMS nas transferências de mercadorias efetuadas por sua matriz fixada no estado de São Paulo às suas filiais localizadas em outros estados – Ordem de segurança concedida pelo juízo de origem – Decisório que merece subsistir – Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos – Entendimento sedimentado pelo E. Supremo Tribunal Federal no bojo do ARE nº 1.255.885 (Tema nº 1.099) e da ADC nº 49 e pelo E. Superior Tribunal de Justiça no seu entendimento sumular nº 166 – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e desta C. Câmara de Direito Público - Remessa necessária desacolhida. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1015262-78.2021.8.26.0602; Relator (a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/09/2021; Data de Registro: 14/09/2021).*

As demais questões trazidas pela agravante – referentes à relação dos associados, bem como à autorização deles para ingresso da ação coletiva – devem ser apreciadas pelo juízo “a quo”, sob pena de supressão de instância.

Assim, a r. decisão deve ser mantida.

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida.

Ante o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recurso, nos termos acima delineados.

**MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

**Relator**