Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
418
Carimbado Eletronicamente

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0118695-02.2023.8.19.0001[B]
APELANTE: C F CARDOSO EPP
APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Apelação Cível. Devolução dos autos pela Terceira Vice-Presidência para eventual exercício do juízo de retratação (art. 1030, II do CPC), diante de dissonância entre o acórdão e a tese fixada no Tema 1367 da repercussão geral, cuja tese foi alterada supervenientemente ao julgamento dos embargos de declaração interpostos nos presentes autos, passando a prever que "A modulação dos efeitos estabelecida no julgamento da ADC nº 49/RN-ED não autoriza a cobrança do ICMS lá debatido quanto a fatos geradores ocorridos antes de 2024 em relação aos quais não tenha havido o pagamento do tributo." Hipótese de transferência de mercadoria entre estabelecimentos do próprio contribuinte sem a emissão de documento fiscal, sendo o contribuinte forçado ao pagamento para liberação da mercadoria apreendida. Lavratura de autos infração incluindo a cobrança do tributo, a multa decorrente do descumprimento da obrigação principal e da obrigação acessória. Aplicação do entendimento firmado na súmula 323 do STF ("É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"). Assim, à luz do precedente vinculante, somente subsiste a possibilidade de cobrança da multa decorrente do descumprimento da obrigação acessória, a qual o próprio contribuinte reconhece devida. Nessa conjuntura, impõe-se a aplicação do entendimento firmado pela Suprema Corte, o qual é vinculativo nos moldes do art. 927, III do CPC, para declarar a inexigibilidade do ICMS e da multa decorrente do descumprimento da obrigação principal. Retificação do julgamento e provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 0118695-02.2023.8.19.0001 em que consta como apelante: **C F CARDOSO EPP** e apelada: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, acordam os Desembargadores da Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em **retificar o julgamento do recurso**, na forma do voto do Desembargador Relator.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ
MARCO ANTONIO IBRAHIM:4330 Assinado em 06/05/2026 13:24:02
Local: GAB. DES MARCO ANTONIO IBRAHIM

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
419
Carimbado Eletronicamente

RELATÓRIO

Cuida-se da devolução dos autos pela Terceira Vice-Presidência para análise da conformidade do julgamento do recurso de apelação com o decido no Tema 1367 da repercussão geral, cuja tese foi alterada supervenientemente ao julgamento dos embargos de declaração interpostos nos presentes autos.

No caso em apreço, o acórdão confirmou a improcedência do pedido de declaração de nulidade de autos de infração emitidos em contexto de transporte de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, decorrendo a autuação do transporte sem notas fiscais idôneas (index 263):

> Apelação Cível. Tributário. ICMS. Transporte de mercadoria sem documentação idônea. Ação anulatória c/c repetição do indébito. Alegação de que, a despeito do transporte de mercadoria sem nota fiscal, o ICMS não seria exigível porquanto realizada a transferência de mercadorias entre os estabelecimentos da contribuinte. Sentença de improcedência do pedido. Irresignação essencialmente pautada na súmula 166 do STJ, defendendo, outrossim, a competência tributária do Estado de destino da mercadoria. No julgamento da ADC 49 (DJe 04/05/2021), o STJ declarou a inconstitucionalidade dos arts. 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da LC 87/96. Em seguida, atribuiu efeitos prospectivos à decisão, estabelecendo como marco o exercício de 2024, ressalvando os processos judiciais e administrativos pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito. No caso, cuida-se de demanda proposta após aquele marco. Logo, não se sustenta a tese da parte autora, ora apelante. A mercadoria em circulação desacompanhada por documento fiscal inidôneo enseja a ocorrência do fato gerador do ICMS no local da operação (art. 30 da Lei nº 2657/96 c/c art. 11, I, "b" da LC 87/96), no caso, realizada neste Estado. Contexto em que incidem as regras consignadas nos arts. 128 e 136 do CTN, além do art. 18, IV, "c" da Lei 2.657/96, os quais atribuem a responsabilidade tributária à transportadora o pagamento do imposto em relação à mercadoria sem documentação fiscal ou acompanhada de nota fiscal inidônea. Agrega-se a todo o exposto, a atividade vinculada da administração tributária (art. 142 do CTN) e as presunções de legalidade e legitimidade do ato administrativo, não foram elididas pela recorrente (art. 373, I do CPC). Recurso desprovido.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
420
Carimbado Eletronicamente

Embargos de Declaração na Apelação Cível. Tributário. ICMS. Transporte de mercadoria sem documentação idônea. Ação anulatória c/c repetição do indébito. Alegação de que, a despeito do transporte de mercadoria sem nota f iscal, o ICMS não seria exigível porquanto realizada a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Acórdão que confirma a improcedência do pedido. Embargos nos quais afirma-se que a despeito da modulação de efeitos na ADC 49, a jurisprudência já reconhecia a inconstitucionalidade da cobrança nessa circunstância (Tema 1099 da repercussão geral). Apesar da omissão quanto ao enfrentamento do tema consignado pela parte (art. 1.022, parágrafo único, I do CPC), mantém-se inalterada a conclusão quanto à impossibilidade de afastamento da cobrança do ICMS, diante da impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos ao entendimento firmado na ADC 49 e no Tema 1099, à luz do Tema 1367 da repercussão geral, ao estabelecer que: "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)". Hipótese em que a questão gravita em torno de tributo concernente a 2023. Recurso provido, sem efeitos modificativos.

As partes foram regularmente intimadas a respeito do Tema 1367 da repercussão geral (index 396), havendo manifestação da parte apelante no sentido da aplicação da súmula 323 do STF (index 403).

O Estado do Rio de Janeiro defendeu a inaplicabilidade do Tema 1367 da repercussão geral porque a hipótese envolveria o transporte de mercadoria sem nota fiscal (index 408).

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, este recurso deve ser conhecido.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
421
Carimbado Eletronicamente

No caso concreto, o contribuinte transportou mercadorias entre estabelecimentos próprios sem nota fiscal. Logo, foi autuado em 2023 com a imposição do tributo e das penalidades correspondentes.

Argumenta que não seria devido o recolhimento do ICMS com respaldo na súmula 166 do STJ e no Tema 1099 da repercussão geral[1].

Ocorre que no julgamento da ADC 49 (DJe 04/05/2021), o Supremo Tribunal Federal confirmou sua jurisprudência e que declarou 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. 87/1996.

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIDADE 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.
> (ADC 49, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 03-05-2021 PUBLIC 04-05-2021)

Porém, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, projetando a eficácia a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os

[1] *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.*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
422
Carimbado Eletronicamente

processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da decisão de mérito (04/05/2021).

A presente ação anulatória foi distribuída em 2023, ou seja, após a publicação da decisão de mérito (04/05/2021). Logo, não estaria abrangida pela ressalva prevista na decisão dos embargos de declaração na ADC 49, tal como consignado na tese firmada no **Tema 1367 da repercussão geral**, em que a Corte Suprema assentou a seguinte tese em acórdão publicado em 12/02/2025:

> "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)"

Contudo, o STF deu provimento a embargos de declaração em setembro de 2025, para esclarece que "em nenhum momento na modulação dos efeitos estabelecida no julgamento da ADC nº 49/RN-ED, teve o propósito de ampliar a efetiva arrecadação das unidades federadas mediante autorização da cobrança do imposto em questão, com base em norma inconstitucional, quanto a fatos geradores ocorridos antes de 2024 em relação aos quais o tributo não foi pago". Assim alterou a tese firmada no Tema 1367:

> "A modulação dos efeitos estabelecida no julgamento da ADC nº 49/RN-ED **não autoriza a cobrança do ICMS** lá debatido quanto a fatos geradores ocorridos antes de 2024 **em relação aos quais não tenha havido o pagamento do tributo**."

Diante disso, a Terceira Vice-presidência encaminhou o recurso para análise de eventual retratação, diante da superveniência da alteração da tese firmada no Tema 1367.

Do precedente, portanto, extrai-se fator decisivo para a inexigibilidade do tributo, nos termos do que decidido na modulação de efeitos na ADC 49: o não pagamento do tributo relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 2024.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
423
Carimbado Eletronicamente

No caso atual houve recolhimento do ICMS, conforme expresso na petição inicial (fls. 13), pois condicionada a liberação das mercadorias ao pagamento do tributo.

> Diante dessa situação, para não ter as mercadorias apreendidas pela fiscalização, a requerente efetuou o pagamento de todas as DARJ´s emitidas, conforme fazem prova os comprovantes em anexo, totalizando o montante de R$ 547.056,10 (quinhentos e quarenta e sete mil, cinquenta e seis reais e dez centavos) pago à SEFAZ do Rio de Janeiro.
>
> Oportuno frisar que, mesmo sendo ilegal a apreensão das mercadorias, a fiscalização condicionou a liberação das mercadorias ao pagamento do ICMS. Ora, o procedimento correto era autuar e liberar a carga.
>
> Após realizados todos os trâmites, os caminhões foram liberados para seguirem viagem para o seu destino final, São Paulo, sendo as notas fiscais emitidas no dia 24/02/2023.

Tal fato não foi impugnado pelo Poder Público, sendo verossímil tal alegação em virtude da data da emissão das notas e do pagamento do tributo na mesma data da emissão dos autos de infração (24/02/2023), como se infere dos documentos indexados sob o nº 41/62.

Ora, a jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que o Fisco não pode utilizar meios coercitivos indiretos para forçar o pagamento de tributos, especialmente por meio de retenção de bens ou mercadorias, por se tratar de violação ao devido processo legal, em substituição a via própria para cobrança, o que afronta o direito de propriedade do contribuinte. Nesse sentido, a súmula 323 do STF dispõe que:

> "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."

Dessa forma, é impositiva a reforma da sentença, devendo ser restituído o valor cobrado a título de ICMS e multa relativamente a transferência da mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, reputando-se preenchido o requisito esclarecido na modulação de efeitos no Tema 1367 da repercussão geral.

Contudo, permanecem devidas as multas decorrentes da obrigação acessória relativa à emissão do documento fiscal, cuja exigibilidade, aliás, é

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
424
Carimbado Eletronicamente

reconhecida pela própria apelante (art. 62-C, V, 1 da Lei 2.657/96, com redação conferida pela Lei 6.357/2012).

Nessa conjuntura, impõe-se a aplicação do entendimento firmado pela Suprema Corte, o qual é vinculativo nos moldes delineados pelo art. 927, III do CPC.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de **retificar os acórdãos indexados sob os nº 263 e 316**, no sentido de dar provimento ao recurso interposto pela parte autora, apenas para reconhecer a inexigibilidade do ICMS e da multa correlata ao inadimplemento (art. 60, I "b" da Lei 2657/96), a qual deverá ser restituída com a atualização pela Taxa Selic, na forma do art. 173 do Decreto-Lei nº 5/1975.

Em virtude da sucumbência mínima (art. 86, parágrafo único do CPC), atribui-se ao Estado do Rio de Janeiro o ressarcimento integral das despesas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, estes arbitrados nos percentuais mínimos do §3º do art. 85 do CPC sobre o proveito econômico obtido pela parte autora, qual seja, o valor atualizado do tributo e da multa decorrente do descumprimento da obrigação principal.

Rio de Janeiro, (data da assinatura eletrônica).

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM
Relator

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ