



# 14 RE 1.490.708/SP (TEMA 1.367 RG)

## Eduardo Figueiras Ismael

Graduando na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP).

## Julia Moura de Souza

Graduanda na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP).

### **Objeto**

ICMS: incidência, como regra, na transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte em estados distintos antes de 2024.

### **Resumo do caso**

Recurso extraordinário em que se discute à luz do artigo 102; §2º, da CF, se a atribuição de efeitos prospectivos à declaração de constitucionalidade da não incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, estabelecida no Tema 1.099/RG e na ADC 49, impõe a incidência do tributo nas operações não ressalvadas pela modulação de efeitos.

### **Entendimento fixado pelo STF**

A tese fixada pelo STF foi:

“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).”

### **Comentários dos autores**

Considerando a tese fixada no RE-RG 1.490.708/SP (Tema 1.367/STF), defendemos que o julgado expôs

fragilidades do sistema de precedentes e da técnica de modulação de efeitos no direito tributário, que progressivamente se revela como solução pragmática que se sobrepõe à segurança jurídica que deveria proteger o jurisdicionado.

## Evolução Jurisprudencial do Tema e Modulação de Efeitos

Historicamente, tanto o STF quanto o STJ consolidaram o entendimento de que o simples deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador do ICMS, pois inexiste transferência de titularidade ou ato de mercancia (Súmula 166/STJ; Tema 1.099/STF). Todavia, estados continuaram exigindo (e muitos ainda exigem) o imposto nessas operações, acarretando insegurança jurídica.

No julgamento da ADC 49, o STF reafirmou a inconstitucionalidade da incidência do ICMS nessas transferências, mas optou por modular os efeitos da decisão, postergando a eficácia da declaração de inconstitucionalidade para 2024 e ressalvando os processos pendentes até 29/04/2021. Embora a doutrina reconheça a modulação como instrumento de preservação da segurança jurídica em situações excepcionais, a aplicação recorrente desse mecanismo, especialmente em matéria tributária, tem sido alvo de críticas.

Em vez de restaurar imediatamente a ordem constitucional, a modulação acaba por legitimar, ainda que temporariamente, a cobrança de tributos com base em normas já reconhecidas como inconstitucionais, o que fragiliza a confiança do contribuinte e estimula a incerteza quanto à estabilidade das decisões judiciais.

## O Caso Concreto e a Divergência no STF

No RE 1.490.708/SP, o Estado de São Paulo recorreu de decisão do TJ-SP que afastou a incidência do ICMS em transferências interestaduais anteriores a 2024, mesmo sem processo pendente até a data de corte fixada na modulação.

Tanto o TJSP quanto, em um primeiro momento, o STF acolheram as razões do contribuinte por entenderem que a jurisprudência consolidada do STF e do STJ já afastava a incidência do imposto nessas operações, e que a confiança legítima dos contribuintes deveria ser preservada. O afastamento da cobrança buscava evitar surpresas fiscais e proteger a boa-fé, princípios que justificam a modulação apenas em situações excepcionais e imprevisíveis.

O STF contrariou essa lógica ao dar provimento ao recurso do Estado, priorizando a eficácia da modulação sobre a proteção da confiança legítima e da segurança jurídica dos contribuintes.

Apesar disso, em embargos de declaração, prevaleceu a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, que corrigiu, ao menos em parte, o equívoco anterior. O voto vencedor reconheceu que a modulação não poderia servir de salvo-conduto para cobranças retroativas de ICMS sobre fatos anteriores a 2024 em relação aos quais não houve pagamento, sob pena de violação à confiança e à segurança jurídica.

Ainda assim, a própria necessidade de reafirmar esse fato revela o quanto a modulação, quando banalizada, pode gerar distorções e insegurança, afastando-se de sua finalidade original de restaurar a constitucionalidade e proteger a confiança. A modulação tem se tornado regra, em vez de exceção, comprometendo a previsibilidade do direito tributário.

Estados não podem exigir o ICMS de contribuintes que, amparados pela jurisprudência, não recolheram o imposto em transferências interestaduais realizadas antes de 2024. Apenas os créditos tributários já constituídos e pagos até então permanecem válidos, respeitando-se a estabilidade das relações jurídicas e evitando surpresas fiscais. A Corte reafirmou o papel da modulação como instrumento de pacificação social e de respeito à confiança legítima dos contribuintes, sem abrir espaço para cobranças retroativas baseadas em norma declarada inconstitucional.

## Conclusão

O julgamento do RE 1.490.708/SP demonstra que a utilização recorrente da modulação, em vez de exceção, revela um risco de enfraquecimento do controle de constitucionalidade e da previsibilidade das decisões. A estabilidade das relações tributárias exige respeito à autoridade dos precedentes e à proteção da confiança, sob pena de se comprometer a própria legitimidade do sistema tributário, como bem adverte a doutrina.