

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 581.679 - RS (2014/0216205-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **ERVATEIRA REI VERDE LTDA**
ADVOGADO : **JORGE GUSTAVO BIRCK E OUTRO(S) - RS050696**
AGRAVADO : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADOR : **OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTRO(S) - RS041917**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR. DIREITO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. EXORDIAL QUE PEDE A DEVOLUÇÃO DO IMPOSTO, DESCONTADOS OS VALORES APROVEITADOS JUNTO AO ESTADO DE DESTINO. MONTANTE A SER APURADO. LIQUIDAÇÃO.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. A condição estabelecida no art. 166 do CTN tem por escopo impedir que o contribuinte pleiteie a devolução de indébito de tributo indireto que, na realidade, foi suportado financeiramente por terceiro, vedação que somente é excepcionada se o terceiro expressamente autorizar o contribuinte a receber tais valores.

3. Hipótese em que o acórdão recorrido, depois de aplicar o entendimento consolidado no julgamento no Recurso Especial Repetitivo n. 1.125.133/SP e na Súmula 166 do STJ, para reconhecer que não incide o ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, assentou que o direito à repetição desse indébito exige a comprovação de que a empresa assumiu o encargo financeiro do tributo ou de que estava autorizada pelo contribuinte de fato para tal mister, o que não teria ocorrido na espécie.

4. O ICMS exigido na específica operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa somente pode ser por esta suportado, visto que nesse estágio da cadeia comercial ela continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, não havendo, ainda, a figura de terceira pessoa a quem possa ser transferido o encargo financeiro, sendo certo que a possibilidade de repasse econômico da exação somente ocorrerá em operação posterior, quando da efetiva venda da mercadoria.

5. No presente caso, em obediência ao princípio da congruência, o provimento jurisdicional deve ficar limitado à extensão do pedido entabulado na petição inicial, de modo a garantir para empresa autora a devolução dos valores recolhidos à Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, descontada a quantia que foi objeto de creditamento junto ao estado

Superior Tribunal de Justiça

destinatário (Paraná), montante esse a ser apurado em fase de liquidação.

6. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para, reconhecida a não incidência do ICMS na espécie envolvida, determinar que os valores da repetição de indébito sejam apurados em liquidação, nos limites do pedido exordial. Invertidos os ônus sucumbenciais, dando-se ciência desta decisão também à Fazenda Pública do Estado do Paraná, mediante ofício próprio, nos termos da reformulação do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (voto-vista) e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de dezembro de 2018 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 581.679 - RS (2014/0216205-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interposto por ERVATEIRA REI VERDE LTDA., em que pretende a admissão de recurso especial que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fl. 214):

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. ERVA MATE. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. UNIDADE DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL N. 1.125.133-SP SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN. ÔNUS DA PROVA

I. Conforme julgamento por amostragem pelo Superior Tribunal e Justiça, na transferência de mercadorias, entre estabelecimentos do mesmo titular, não incide ICMS, mesmo que envolvam filiais de diferentes unidades da Federação.

II. Na hipótese de impostos indiretos, a lei condiciona o direito de repetição dos valores pagos indevidamente à prova pelo contribuinte (também denominado de "contribuinte de direito") de que assumiu encargo financeiro do tributo, e, por consequência, não recuperou daquela (contribuinte de fato) o quantum respectivo. No caso dos autos, não houve comprovação de ter a autora suportado financeiramente os encargos do tributo, ou ter obtido autorização de quem os suportou, para receber os valores indevidamente pagos.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

SENTENÇA CONFIRMADA NO MAIS EM REEXAME NECESSÁRIO.

Rejeitados os aclaratórios (e-STJ fls. 247/253).

No apelo nobre (e-STJ fls. 270/285), a recorrente apontou divergência jurisprudencial e violação dos arts. 165 e 166 do CTN. Sustentou, em resumo, que tem direito à repetição do ICMS que foi indevidamente cobrado em razão da transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de sua titularidade, sendo inaplicável à hipótese a condição estabelecida no art. 166 do CTN. Para tanto, aduziu que, "quando existe a transferência entre mercadorias do mesmo estabelecimento, não se trata da venda de mercadorias para terceiros, na qual poderia ter ocorrido a transferência de encargo financeiro do tributo, mas tão somente ocorreu o deslocamento físico do bem entre os dois estabelecimentos da Recorrente".

Contrarrazões às e-STJ fls. 346/352.

O Tribunal de origem obstou o recurso especial com base na Súmula 7 do STJ (e-STJ fl. 381), não concordando a agravante com essa fundamentação (e-STJ fls. 395/405).

Contraminuta às e-STJ fls. 446/450.

É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 581.679 - RS (2014/0216205-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015, dispositivo de ordem procedimental que, por representar importante instrumento que prestigia os princípios da economia e da celeridade processuais, também pode ser aplicado aos agravos ainda interpostos sob a égide do "Código Buzaid", conforme entendimento majoritário desta Primeira Turma assentado no julgamento ARESp 851.938/RS, de minha relatoria, publicado no DJe de 09/08/2016.

É cediço que, segundo o Enunciado Administrativo n. 2, do Plenário do STJ (sessão de 09/03/2016), “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

Considerado isso, em razão dos óbices de conhecimento suscitados pela Fazenda Pública, registro que as razões recursais mostram-se compreensíveis e que a tese ora suscitada, referente à aplicação do art. 166 do CTN à hipótese dos autos, prescinde de reexame de provas, de modo que não há espaço para a aplicação das ventiladas Súmulas 284 do STF e 7 do STJ.

Pois bem.

Discute-se neste recurso especial se é possível exigir da empresa contribuinte do ICMS a satisfação da condição estabelecida no art. 166 do CTN para repetir o tributo que lhe foi indevidamente exigido pelo Estado de origem em razão de transferência de mercadorias para filial sediada em outra Unidade da Federação.

O Tribunal de origem, depois de aplicar o entendimento consolidado no julgamento no Recurso Especial repetitivo n. 1.125.133/SP e na Súmula 166 do STJ, para reconhecer que não incide o ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, assentou que o direito à repetição desse indébito exige a comprovação de que a empresa assumiu o encargo financeiro do tributo ou de que estava autorizada pelo contribuinte de fato para tal mister, o que não teria ocorrido na espécie.

Confira-se (e-STJ fls. 219/220):

A transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura hipótese de incidência do ICMS, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.125.133-SP, no sistema do art. 543-C, do Código de Processo Civil.

[...]

Ainda que, na hipótese, trata-se de transferência de erva mate do estabelecimento do Estado para filiais de outras unidades da Federação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não incidir o ICMS, pois não implica

Superior Tribunal de Justiça

transferência de propriedade.

Todavia, quanto à repetição do indébito, merece guarida a apelação do apelante. Impõe-se destacar, no que respeita à repetição de indébito, o artigo 166 do Código Tributário Nacional.

[...]

Como se vê, a lei condiciona o direito de repetição, no caso de impostos indiretos (exemplos: ICMS, IPI, e em determinadas hipóteses, ISS), ou seja, imposto que, por sua natureza, comporta transferência do respectivo encargo financeiro ao consumidor final (chamado impropriamente de "contribuinte de fato"), à prova pelo contribuinte (também denominado de "contribuinte de direito"), de que assumiu encargos financeiro do tributo, e, por consequência, não recuperou daquele (contribuinte de fato) o *quantum* respectivo.

Portanto, o ônus da prova é do contribuinte, no caso a autora: é ela quem deve demonstrar que não transferiu o ônus econômico da imposição ao contribuinte de fato, "porque o normal é a repercussão e o extraordinário é o 'contribuinte de direito' arcar com o ônus financeiro do tributo indireto (o ordinário se presume e o extraordinário se prova)".

Se não fizer tal prova, o contribuinte só terá legitimidade para postular a repetição do tributo pago indevidamente se, tendo transferido o ônus de terceiro, estiver por este expressamente autorizado a receber a restituição. Ressalta-se que esta autorização deve ser expressa e sob a forma escrita, a fim de assegurar sua eficácia probante.

A prova é difícil, porque geralmente há a transferência, o repasse, mas não é impossível.

No caso dos autos, inexistente tal autorização. Tampouco, diante da documentação juntada, se desincumbiu a autora do ônus que lhe cabia, provando que não repassou o ônus financeiro a terceiros, seus consumidores.

Entendo, todavia, que, diversamente do assentado pelo julgado estadual, o art. 166 do CTN não se aplica ao caso dos autos.

Eis a redação do texto legal:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Com efeito, esse dispositivo tem por escopo impedir que o contribuinte pleiteie a devolução de indébito de tributo indireto que, na realidade, foi suportado financeiramente por terceiro, vedação que somente é excepcionada se o terceiro expressamente autorizar o contribuinte a receber tais valores.

Essa regra dá cumprimento ao princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, exigindo do contribuinte, como condição à repetição de indébito, que ele busque a autorização de quem financeiramente sofreu a exação, permitindo que esse terceiro, tomando ciência da situação, também possa haver agora do contribuinte os valores que vier a receber com o sucesso da demanda.

Nesse sentido, os seguintes ensinamentos doutrinários:

Assim, para viabilizar o pedido de repetição de indébito, não basta a prova do pagamento do tributo, sendo também imprescindível que tenha havido efetivo empobrecimento do contribuinte (*solvens*), com real e comprovado impacto sobre sua capacidade contributiva. Esse é o fundamento ético e jurídico do

Superior Tribunal de Justiça

disposto no art. 166 do CTN. Portanto, não é suficiente para legitimar o pedido de restituição o mero enriquecimento sem causa do ente público, mas também o empobrecimento do contribuinte, o que não ocorre nos casos destes tributos, pois não há qualquer diminuição patrimonial.

Deferir a repetição em tais hipóteses ensejaria um enriquecimento para o contribuinte, uma vez que o valor do pagamento do tributo foi transferido ou repassado a terceiros, de forma que a restituição do que pagou constituiria, para ele, causa imotivada de acréscimo no patrimônio.

Este o ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho: "O CTN está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova da não repercussão, ou então a autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte et iure, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária" (Ob. cit. p. 816).

Esclareça-se, ainda, que na cadeia industrial ou comercial poderá haver diversas operações, cada uma representando uma relação jurídica exclusiva. A restituição somente será possível na relação jurídica em que o sujeito passivo do tributo prove ter assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido para terceiro, estar por este autorizado a recebê-la. (Pedrotti Vespero Fernandes, Regina Celina, *in* Código Tributário Nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS / coordenação Vladimir Passos de Freitas. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 786)

Ocorre que, no caso em apreço, a operação indevidamente tributada não envolveu venda de mercadoria que pudesse ensejar o repasse do encargo financeiro do ICMS para terceiro.

Com efeito, o ICMS exigido na específica operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa somente pode ser por esta suportado, visto que, nesse estágio da cadeia comercial, ela continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, não havendo, ainda, a figura de terceira pessoa a quem possa ser transferido o encargo financeiro tributo.

Essa possibilidade somente ocorrerá em operação posterior, quando da efetiva venda da mercadoria pelo estabelecimento para o qual ela (a mercadoria) tiver sido transferida.

Nesse contexto, fica claro que a operação de transferência de mercadoria não se confunde com a de comercialização e, por isso, não é possível concluir que a tributação exigida quando da transferência possa ter sido imediatamente repassada para terceiro, pois tal repasse pressupõe a ocorrência futura e, portanto, incerta da operação de compra e venda.

Entretanto, no que tange à liquidação deste julgado, por se tratar de transferência **interestadual** de mercadoria para estabelecimento do mesmo titular, ganha relevância a preocupação manifestada pelo eminente Ministro Sérgio Kukina, na sessão de 04/12/2018, referente à possibilidade de duplo aproveitamento do indébito reclamado, pois parte dele já poderia ter sido objeto de creditamento junto ao estado de destino.

A especial prudência externada pelo douto colega se mostra ainda mais pertinente diante do pedido deduzido na exordial, em que a parte autora requer "a condenação da

Superior Tribunal de Justiça

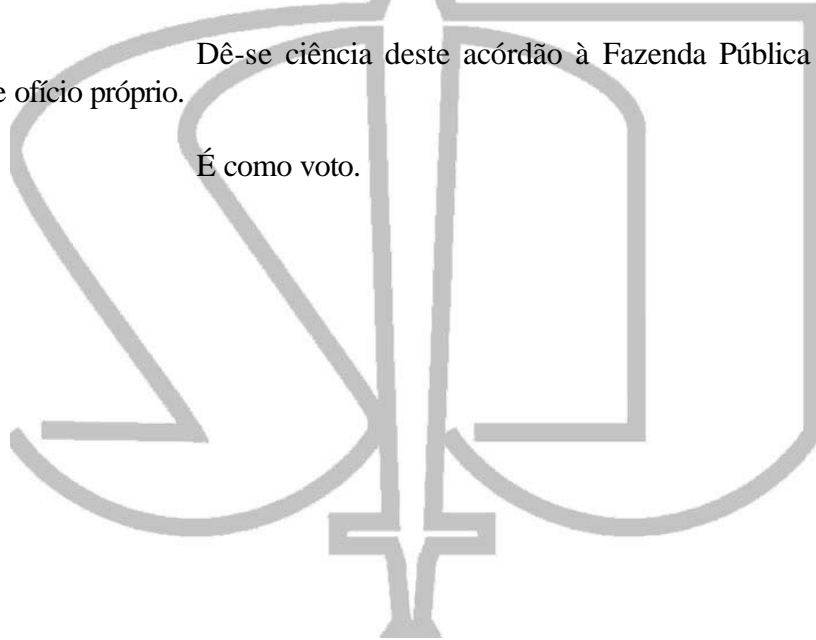
Ré à repetição do indébito dos valores recolhidos a título de ICMS sobre as transferências efetuadas entre seus estabelecimentos, **descontado o valor aproveitado pelo destinatário** e respeitada a prescrição quinquenal” (e-STJ fl. 15).

Dessa forma, em obediência ao princípio da congruência, o provimento jurisdicional deve ficar limitado à extensão do pedido entabulado na petição inicial, de modo a garantir para empresa autora a devolução dos valores recolhidos à Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, descontada a quantia que foi objeto de creditamento junto ao estado destinatário, montante esse a ser apurado em fase de liquidação.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para, reconhecida a não incidência do ICMS na espécie envolvida, determinar que os valores da repetição de indébito sejam apurados em liquidação, nos limites do pedido exordial. Invertidos os ônus sucumbenciais.

Dê-se ciência deste acórdão à Fazenda Pública do Estado do Paraná, mediante ofício próprio.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0216205-6 **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 581.679 / RS**

Números Origem: 00111103452089 04297443020118210001 1008515220148217000 11106452089
111106452089 3507800720138217000 4297443020118210001 5163582220138217000
5187494720138217000 70056261530 70057917312 70057941221 70059082883
70060902046

PAUTA: 18/09/2018

JULGADO: 18/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ERVATEIRA REI VERDE LTDA
ADVOGADO : JORGE GUSTAVO BIRCK E OUTRO(S) - RS050696
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTRO(S) - RS041917

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. TANUS SALIM, pela parte AGRAVADA: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do agravo para dar provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Regina Helena Costa (Presidente).

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 581.679 - RS (2014/0216205-6)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA

AGRAVANTE : ERVATEIRA REI VERDE LTDA

ADVOGADO : JORGE GUSTAVO BIRCK E OUTRO(S) - RS050696

AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTRO(S) - RS041917

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo fundado no CPC/73, interposto por ERVATEIRA REI VERDE LTDA, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 214):

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. ERVA MATE. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL N. 1.125.133-SP SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN ÔNUS DA PROVA.

I. Conforme julgamento por amostragem pelo Superior Tribunal de Justiça, na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, não incide ICMS, mesmo que envolvam filiais de diferentes unidades da Federação.

II. Na hipótese de impostos indiretos, a lei condiciona o direito de repetição dos valores pagos indevidamente à prova pelo contribuinte (também denominado de "contribuinte de direito") de que assumiu encargo financeiro do tributo, e, por conseqüência, não recuperou daquela (contribuinte de fato) o quantum respectivo. No caso dos autos, não houve comprovação de ter a autora suportado financeiramente os encargos do tributo, ou ter obtido autorização de quem os suportou, para receber os valores indevidamente pagos.

Opostos embargos declaratórios por ambas as parte, foram rejeitados (fl. 255):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO.

São incabíveis embargos declaratórios em que se pretende rediscutir matéria já apreciada.

Inocorrência de omissão, obscuridade ou contradição no julgado

Superior Tribunal de Justiça

(art. 535 do CPC). O prequestionamento não está entre as hipóteses de cabimento do presente recurso.

AMBOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 165 e 166 do CTN. Sustenta, em resumo, a não incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto "(...) não se trata da venda de mercadorias para terceiros, na qual poderia ter ocorrido a transferência de encargo financeiro do tributo-, mas tão somente ocorreu o deslocamento físico do bem entre os dois estabelecimentos da Recorrente" (fl. 284).

Requer "o conhecimento e provimento deste recurso [...], declarando o direito do contribuinte à repetição de indébito, uma vez que a simples transferência de mercadorias entre matriz e filial não é fato gerador de ICMS" (fl. 285).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 346/352.

Iniciado o julgamento, na sessão da Primeira Turma de 18/09/2017, o Relator, Ministro Gurgel de Faria, apresentou voto no sentido de conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, consoante a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA ESTABELECEMENTOS DE MESMO TITULAR. DIREITO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. A condição estabelecida no art. 166 do CTN tem por escopo impedir que o contribuinte pleiteie a devolução de indébito de tributo indireto que, na realidade, foi suportado financeiramente por terceiro, vedação essa que somente é excepcionada se o terceiro expressamente autorizar o contribuinte a receber tais valores.

3. Hipótese em que o acórdão recorrido, depois de aplicar o entendimento consolidado no julgamento no Recurso Especial Repetitivo n. 1.125.133/SP e na Súmula 166 do STJ, para reconhecer que não incide o ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, assentou que o direito à repetição desse indébito exige a comprovação de que a empresa assumiu o encargo financeiro do tributo ou de que estava autorizada pelo contribuinte de fato para

Superior Tribunal de Justiça

tal mister, o que não teria ocorrido na espécie.

4. O ICMS exigido na específica operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa somente pode ser por essa suportado, visto que nesse estágio da cadeia comercial ela continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, não havendo, ainda, a figura de terceira pessoa a quem possa ser transferido o encargo financeiro, sendo certo que a possibilidade de repasse econômico da exação somente ocorrerá em operação posterior, quando da efetiva venda da mercadoria.

5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho proferiu voto acompanhando o relator. Na ocasião, solicitei, então, vista dos autos para reexaminar a questão mais de perto.

É o relatório.

Reside a controvérsia em definir se é possível, no caso concreto, deferir em favor da autora a repetição da integralidade do ICMS indevidamente pago ao Fisco gaúcho, em operação de transferência de mercadorias de sua matriz, localizada no Estado do Rio Grande do Sul, para sua filial, situada no Estado do Paraná.

Para o preclaro Ministro relator, a devolução, pelo Fisco do Rio Grande do Sul, deve se dar pela totalidade do valor ali recolhido pela Ervateira autora, pois "*nesse estágio da cadeia comercial ela continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, não havendo, ainda, a figura de terceira pessoa a quem possa ser transferido o encargo financeiro, sendo certo que a possibilidade de repasse econômico da exação somente ocorrerá em operação posterior, quando da efetiva venda da mercadoria*".

Tenho, no entanto, percepção diversa a esse respeito.

De fato, imprescindível se faz que, a tempo e modo, seja verificada a situação contábil da Ervateira recorrente quanto a ter ela se creditado, ou não, em operações seguintes junto à unidade federada em que sediada a filial recebedora da mercadoria (no caso, o Paraná). Por sua pertinência, calha transcrever o ensinamento de HUGO DE BRITO MACHADO, ao referir que, "Da mesma forma que o imposto sobre produtos industrializados, o ICMS é, por expressa determinação constitucional, um imposto não cumulativo, 'compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal' (CF, art.

Superior Tribunal de Justiça

155, § 2º, D)" (Curso de direito tributário. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 387).

Para melhor esclarecimento, cumpre reproduzir, na sua literalidade, o teor do pleito repetitório constante da exordial da ação (fl. 15):

ISTO POSTO, requer a autora que:

[...]

*6º- A condenação da Ré à repetição do indébito dos valores recolhidos a título de ICMS sobre as transferências efetuadas entre seus estabelecimentos, **descontado o valor aproveitado pelo destinatário** e respeitada a prescrição quinquenal; (g.n.)*

Logo, salvo melhor juízo, tem-se que a própria contribuinte expressou seu entendimento de que o montante da repetição do ICMS, a ser suportado pelo Fisco gaúcho, **não** deverá abranger valores decorrentes de posterior creditamento alcançado junto ao Fisco paranaense, sob pena de enriquecimento ilícito da empresa, tudo a ser apurado em ulterior liquidação, como permitido pela longeva jurisprudência do STJ (**EREsp 918.636/PR**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2008, DJ 25/02/2008, p. 1).

Em tal contexto, releva observar que a diferença que venha a ser apurada "pró-fisco", **não** poderá, assim parece, permanecer nos cofres da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul, que, como já definido na presente demanda, sequer poderia ter exigido da autora a exação relativa à transferência de produtos de sua matriz para a filial localizada em outro Estado. Daí a necessidade de que, caso acolhida pelo Colegiado o encaminhamento ora proposto por este subscritor, deva-se dar ciência da decisão à Fazenda Pública do Estado do Paraná, para, querendo, adotar as providências que julgue necessárias ao resguardo de seus interesses.

Forte nesse raciocínio, com respeitosa vênias ao eminente relator, ousou discordar de seu alentado voto.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, **conheço** do agravo e dou **parcial provimento** ao recurso especial da autora para, reconhecida a não incidência do ICMS na espécie envolvida, determinar que os valores da repetição de indébito sejam apurados em liquidação por arbitramento, dando-se ciência desta decisão também à Fazenda Pública do Estado do Paraná, mediante ofício próprio, haja vista não ter integrado a lide.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0216205-6 **PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 581.679 / RS**

Números Origem: 00111103452089 04297443020118210001 1008515220148217000 11106452089
111106452089 3507800720138217000 4297443020118210001 5163582220138217000
5187494720138217000 70056261530 70057917312 70057941221 70059082883
70060902046

PAUTA: 04/12/2018

JULGADO: 04/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ERVATEIRA REI VERDE LTDA
ADVOGADO : JORGE GUSTAVO BIRCK E OUTRO(S) - RS050696
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : OLGA ALINE ORLANDINI CAVALCANTE E OUTRO(S) - RS041917

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial para, reconhecida a não incidência do ICMS na espécie envolvida, determinar que os valores da repetição de indébito sejam apurados em liquidação nos limites do pedido exordial, invertidos os ônus sucumbenciais, dando-se ciência desta decisão também à Fazenda Pública do Estado do Paraná, mediante ofício próprio, nos termos da reformulação do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (voto-vista) e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.