

PROCESSO - A.I. Nº 269139.3015/16-8
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0134-01/17
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/11/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0232-11/18

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO E PAGAMENTO A MENOS. Lide persistiu acerca da incidência nas transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa. Inciso I do art. 4º da Lei nº 7.014/96 considera como fato gerador do ICMS as saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular e o art. 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, define a base de cálculo na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular. Incidente de Uniformização da PGE conclui que a Súmula nº 166 do STJ não enfrentou o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, devendo ainda ser enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados. Autuado apresentou documentação atestando o pagamento referente à Nota Fiscal nº 22015. Infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 Procedentes e infração 8 Procedente em Parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2016, o qual exige ICMS no valor total de R\$471.698,33, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (06.01.01) – pagamento a menor do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de janeiro a março de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.778,06, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (06.01.01) – pagamento a menor do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de abril a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$29.866,42, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (06.01.01) – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas transferências entre filiais de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de janeiro a março de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$39.032,98, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (06.01.01) – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e

interestaduais, nas transferências entre filiais de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de abril a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$75.230,72, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 (06.01.01) – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição junto a empresas optantes do Simples Nacional de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de janeiro a março de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.496,30, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 (06.01.01) – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição junto a empresas optantes do Simples Nacional de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de abril a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$16.578,83, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 (06.01.01) – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de janeiro a março de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$67.278,52, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 (06.01.01) – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido de abril a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$234.436,50, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Após a devida instrução processual, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes argumentos abaixo colacionados:

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado. Entendo que os documentos e as informações trazidos aos autos são suficientes para a formação de minha convicção. A diligência para verificação de que as notas fiscais contestadas são de efetivas transferências de ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa é desnecessária, pois nos demonstrativos constam os CNPJs dos remetentes.

As infrações 05, 06 e 07 foram reconhecidas pelo autuado como procedente, não restando lide sobre elas.

A constatação parcial efetuada pelo autuado das infrações 01 e 02 e integral das infrações 03 e 04 consiste no entendimento que não há fato gerador do ICMS nas transferências interestaduais de bens do ativo entre estabelecimentos da mesma empresa e, por conseguinte, também não poderia haver exigência do pagamento do diferencial de alíquotas sobre estas transferências.

O inciso I do art. 4º da Lei nº 7.014/96 estabelece que o fato gerador do ICMS ocorre nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Já o inciso XV do mesmo artigo estabelece como outra hipótese de fato gerador do ICMS “a entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto”.

De acordo com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, incide ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, que define a base de cálculo na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular.

O citado Incidente de Uniformização acrescenta que “a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os

Estados federados”.

Desse modo, considero procedente as exigências fiscais contidas nas infrações 01, 02, 03 e 04, sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas também sobre a entrada de bens do ativo imobilizado em transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa.

Em relação à infração 08, reconheço como indevida a cobrança R\$663,50 referente ao diferencial de alíquotas sobre a nota fiscal nº 22015, cuja entrada no estabelecimento ocorreu em 14/12/2012, por já ter sido pago pelo autuado antes da ação fiscal que resultou no presente auto de infração, conforme escrituração apresentada à fl. 52, atestada pelo próprio autuante na informação fiscal.

Por outro lado, entendo que não assiste razão ao autuado em relação à nota fiscal nº 1771 (fl. 62). Esta nota fiscal foi emitida pelo remetente tratando o produto descrito como mercadoria sujeita ao ICMS, com código NCM 85176259 e CFOP 6404. Assim, como não ficou caracterizada que esta nota fiscal trata de serviços associados a outro equipamento constante em outra nota fiscal, concluo que deve ser mantida a sua exigência fiscal.

Dessa forma, a exigência da infração 08 fica reduzida para R\$233.773,00, nos seguintes termos:

| Mês | Dt. Ocorrência | DIFAL |
|------------|-----------------------|-------------------|
| 4 | 30/04/2012 | 23.839,39 |
| 5 | 31/05/2012 | 4.153,61 |
| 6 | 30/06/2012 | 3.925,38 |
| 7 | 31/07/2012 | 1.833,15 |
| 8 | 31/08/2012 | 9.171,76 |
| 9 | 30/09/2012 | 9.045,95 |
| 10 | 31/10/2012 | 89.558,69 |
| 11 | 30/11/2012 | 54.820,53 |
| 12 | 31/12/2012 | 37.424,54 |
| | TOTAL | 233.773,00 |

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, alterando o lançamento tributário para R\$471.034,83, devendo ser homologado pela autoridade competente os pagamentos já efetuados pelo autuado, nos termos do extrato extraído do SIGAT às fls. 91 e 92.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com os seguintes fundamentos:

Inicialmente atesta a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos, informando que foram reconhecidas integralmente as infrações 05, 06 e 07 e parcialmente as infrações 01, 02 e 04, tornando-se controversas, total ou parcialmente os valores remanescentes, eis que entende pela total improcedência do Auto de Infração.

Quanto a exigência de DIFAL sobre operações de transferências interestaduais nas Infrações nº 01, 02, 03 e 04, alega que na Infração nº 01, isso ocorreu em relação às Notas Fiscais nºs 63481, 63433, 62832, 21090, 183670, 60771 e 187341; na Infração nº 02, relativamente às operações das Notas Fiscais nºs 71349, 71298, 5219, 70975, 71913, 4654, 4705, 23182, 24937, 22482, 22542, 20999, 21199, 23571, 24094, 23733, 24018, 21657, 23187, 12183, 64386, 73716, 199095, 64095, 72592, 73922, 226091 e 72591, e em todos os documentos fiscais indicados nas Infrações nº 03 e 04.

Ao contrário do entendimento suplantado pela Junta de Julgamento Fiscal, a recorrente defende que é ilegítima a cobrança do diferencial de alíquota nas transferências em questão, pois, nos termos da Súmula nº 166 do STJ: “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Explica que eventuais precedentes anteriores do STJ são inaptos para validar a cobrança, na medida em que a questão foi resolvida definitivamente em julgamento submetido ao regime de recurso repetitivo – REsp. 1.125.133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10.09.2010 –, depois confirmado em inúmeros outros acórdãos, citados no bojo da peça recursal.

Deste modo, afirma que em todos esses casos, não há falar-se em fato gerador do imposto e, por consequência lógica, em exigibilidade de diferencial de alíquota, especialmente quanto a entendimento solidificado no STJ já foi convalidado pelas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, conforme julgados apresentados.

Em relação à DIFAL na Nota Fiscal nº 1771 da Infração 08, assevera que demonstrou que o documento refere-se a serviços associados à Nota Fiscal nº 1748, cujo DIFAL foi recolhido depois da lavratura do presente Auto de Infração e em razão dele. A e. 1ª JJF, por outro lado, afirmou que *“esta nota fiscal foi emitida pelo remetente tratando o produto descrito como mercadoria sujeita ao ICMS, com código NCM 85176259 e CFOP 6404”* e, por isso, *“não ficou caracterizada que esta nota fiscal trata de serviços associados a outro equipamento constante em outra nota fiscal”*.

Informa que, ao manter a cobrança do DIFAL sobre a Nota Fiscal nº 1771, a 1ª JJF desconsiderou a informação nela consignada, no campo de “Observação”, no qual consta que o documento se trata de serviço associado à mercadoria adquirida conforme a Nota Fiscal nº 1748. Na descrição do produto/serviço da Nota Fiscal nº 1771, consta que se trata de “Instalação e Configuração (Serviço Associado)” e “Projeto Executivo (serviço Associado)” do “Acelerador de rede Steelhead 1050” e do “Acelerador de tráfego Steelhead 02050” descritos na Nota Fiscal nº 1748.

Assim, defende que, uma vez verificado que na Nota Fiscal nº 1771 sequer há que falar-se em mercadoria, mas sim de execução de serviços associados a bem vendido, não se constata nem mesmo hipótese de incidência de ICMS e, por via reflexa, nenhum DIFAL é devido.

Por fim, requer a Recorrente que seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário para, ao final, reconhecer a insubsistência integral das Infrações nº 01, 02, 03, 04 e 08, salvo na parte já admitida na impugnação.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a manutenção dos valores remanescentes das infrações 01, 02, 03, 04 e 08.

No pertinente aos valores restantes das infrações 01, 02, 03 e 04, a recorrente aponta que o Auto de Infração diz respeito às operações de transferências interestaduais entre estabelecimento de um mesmo titular, não havendo que se falar em recolhimento de ICMS-DIFAL.

Inicialmente nos cabe aqui fazer a seguinte distinção: as infrações 01 e 02 versam sobre pagamento a menor de DIFAL na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Compulsando o CD da autuação, verifiquei que as aquisições foram realizadas com outras empresas, com CNPJs distintos, não sendo aplicável a Súmula nº 166 do STJ, como defende a recorrente.

Assim, mantenho a Procedência Parcial destas infrações (01 e 02) nos moldes da decisão de primeiro grau.

Entretanto, entendo que merece guarida a fundamentação trazida pela empresa recorrente no pertinente às infrações 03 e 04, que versam sobre transferências entre estabelecimentos de mesma filial, pelos motivos que passo a explicar.

Em se tratando de transferências (internas ou interestaduais) entre estabelecimentos de mesma filial, não há que se falar em incidência de ICMS, já que, como bem diz o mestre Carraza *“Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há de se falar em tributação por meio do ICMS”*.

Apesar de a LC 87/96 instituir em seu art. 12, I a incidência do ICMS na saída das mercadorias de estabelecimento de contribuinte, mesmo que do mesmo titular, o posicionamento sumulado pelo STJ prevalece vigente em nosso ordenamento jurídico pátrio, como demonstrou os entendimentos atuais do STJ e STF trazidos pelo Recorrente, com datas posteriores à LC 87/96. Vejamos:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. NÃO VIOLAÇÃO DA RESERVA DE PLENÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.5.2008. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo

Tribunal Federal, no sentido de que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não é hipótese de incidência do ICMS. Para caracterização da violação da reserva de plenário é necessário que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal, o que não ocorreu na espécie. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RE 628267 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO, DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STJ, FIRMADO SOB O REGIME DOS REPETITIVOS (RESP. 1.125.133/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE. 10.09.2010). AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE GOIÁS DESPROVIDO.

1. A remoção de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume na hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo pertinente a esse tributo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria, ou seja, a transferência de sua propriedade, de um para outro titular. Esse entendimento foi consolidado nesta Corte, em sede de Recurso Especial repetitivo (REsp. 1.125.133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10.09.2010).

2. A interpretação da lei tributária - e nem mesmo a própria lei tributária - tem a força de transmutar a realidade objetivada nas relações da vida social, ou seja, embora possam muito, uma e outra, contudo, não podem tudo, pois não podem, por exemplo, erigir em fato gerador de tributo um evento que, claramente, se exaure em simples alteração do lugar de armazenamento de mercadorias, qual o que apenas remove, de um para outro estabelecimento do mesmo titular, um determinado estoque de produtos.

3. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no Ag 1.303.176/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20.06.13, grifamos)

Saliento que esta matéria não se encontra pacificada neste CONSEF. Em processos administrativos contra a recorrente, no pertinente as operações de transferências entre estabelecimentos filiais de um mesmo titular, existem posicionamentos nesta mesma linha de raciocínio por mim adotada, embora vencidos. Cito exemplos recentes dos Acórdãos da 2ª CJF 0386-12/17 e 0133-12/17.

Quanto ao informado pela recorrente no pertinente a infração 08, a Nota Fiscal nº 1771 diz respeito a serviços associados referentes à Nota Fiscal nº 1748, o que não foi considerado.

Em informação fiscal, o autuante rebateu as alegações do contribuinte explicando que a Nota Fiscal nº 1771, no valor de R\$8.000,00 reais, teve como base de cálculo do ICMS o valor de R\$8.000,00, resultando no DIFAL de R\$800,00.

Na decisão de piso o julgador entendeu que: Esta nota fiscal foi emitida pelo remetente tratando o produto descrito como mercadoria sujeita ao ICMS, com código NCM 85176259 e CFOP 6404. Assim, como não ficou caracterizada que esta nota fiscal trata de serviços associados a outro equipamento constante em outra nota fiscal, concluo que deve ser mantida a sua exigência fiscal.

Ora, não se pode desconsiderar que, em que pese a Nota Fiscal nº 1771 faça referência à prestação de serviço à Nota Fiscal nº 1748, esta teve todo o tratamento destinado à uma mercadoria, como demonstram os próprios descritivos da nota fiscal, como NCM, CFOP, V. UNIT, BC ICMS, V. ICMS e ALIQ ICMS, o que nos leva a crer que não se trata de prestação de serviço propriamente dito.

Neste sentido, mantenho a infração 08 nos moldes da decisão de primeiro grau.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Infrações 3 e 4)

Peço *venia* para divergir da i. Relatora, quanto à sua conclusão de prover o Recurso Voluntário, julgando insubsistentes as infrações 3 e 4, relativas as exigências do ICMS decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas transferências de mercadorias de outras

unidades da Federação e destinadas ao ativo “fixo” do próprio estabelecimento, no exercício de 2012, nos valores originais, respectivos, de R\$39.032,98 e R\$75.230,72, julgadas subsistentes pela JJF.

O fundamento da nobre Relatora para exclusão de tais exigências do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais é de que, nestas operações de transferências entre estabelecimentos filiais, inexistente fato gerador do ICMS, mas mera circulação física de mercadoria, pois não há mudança de titularidade do proprietário da mercadoria, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 166.

Contudo, peço *venia* para discordar da ilustre Relatora, pois tal decisão não gera efeito vinculante e só faz coisa julgada entre as partes litigantes.

Há de ressaltar que o ICMS incide sobre a *entrada* de mercadorias em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria for destinada a uso, consumo ou ativo permanente, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, c/c o art. 12, I, da LC nº 87/96, assim como no art. 2º, IV, c/c o § 1º, e no art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, cuja legislação o órgão julgador administrativo está vinculado, sendo irrelevante para caracterização do fato gerador, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular e a natureza jurídica da operação.

Registre-se que a previsão legal insculpida no citado art. 12, I, da LC 87/96 é de que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, *ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*, cuja disposição foi recepcionada pela Lei nº 7.014/96.

Dessa forma, o entendimento é que, após a edição da LC 87/96, a Súmula nº 166 do STJ tornou-se inaplicável.

Especificamente quanto à alegação de que a Súmula STJ nº 166 afirma que: “*Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”, reproduzo parecer da PGE/PROFIS, relativo a outro processo, no qual ressalta que:

A decisão do STJ possui uma lógica cartesiana, qual seja, nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, dentro dos lindes dum Estado Federado, de fato, não possui qualquer relevância econômica, por conta o mecanismo da não-cumulatividade. Entretanto, nas transferências interestaduais esta lógica não funciona, haja vista que a operação comercial engendrada da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado da Federação, tendo em vista que o ciclo econômico ao qual ficará adstrito o bem mercantil se desenrolará parte no território de um Estado, parte no do outro, restando prejudicado o Estado destinatário da mesma, num autêntico atentado ao princípio federativo e ao princípio da não-cumulatividade, decorrente da utilização de alíquotas constitucionalmente diferenciadas.

No entender do Parecer da PGE/PROFIS, ainda que se conclua vinculante o disposto na Súmula nº 166 do STJ sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (pois entende faltar competência a esta Corte para apreciação de questão de foro nitidamente constitucional), mesmo assim, faz-se necessário encerrar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte **num único Estado da Federação**, o que não é o caso dos autos, do que diz forçoso carrear acórdão prolatado pelo próprio STJ, precisamente no Recurso Especial nº 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações apartadas sobre transferências internas e interestaduais, espancando, desta maneira, a argumentação da aplicação da Súmula 166 da própria Corte de Justiça, *in verbis*:

“ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.”

...Embora possa parecer caso de incidência do referido enunciado (da Súmula 166), temos que fazer distinção, pois, na hipótese dos autos, o outro estabelecimento do contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias, situam-se em outro Estado-membro. Daí afasta-se a aplicação da súmula...”

Ademais, tal entendimento já foi consolidado no âmbito da SEFAZ, conforme Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, no qual concluiu que apenas “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.*”, ressaltando:

Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.

Assim, diante de tais considerações, concluo pela subsistência destas infrações, tanto pela previsão da hipótese legal no sistema normativo para o fato concreto, como também em razão da não aplicação da Súmula nº 166 nas operações interestaduais.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.3015/16-8**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$471.034,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infrações 3 e 4) – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infrações 3 e 4) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva e Elde Santos Oliveira.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infrações 3 e 4)

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO VENCEDOR
(Infrações 3 e 4)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS