



DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000262-84.2011.815.2001.

ORIGEM: 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

RELATOR: Dr. Alexandre Targino Gomes Falcão, Juiz Convocado para substituir o Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

APELANTE: CENTROCOR – Centro Cardiológico da Paraíba Sociedade Simples Ltda.

ADVOGADO: Cyro Visalli Terceiro.

APELANTE: Estado da Paraíba.

PROCURADOR: Sérgio Roberto Felix Lima.

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. MERA IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE ESCULPIDO NO ART. 250, DO CPC. REJEIÇÃO. MÉRITO. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE DA EMPRESA. ENQUADRAMENTO NA LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N.º 406/68. MULTA POR DECLARAÇÃO FALSA. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. DEVIDA APENAS NAS VENDAS PARA CONTRIBUINTE DO ICMS. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. O acionamento do Governo do Estado da Paraíba para figurar no polo passivo da demanda ao invés do Estado da Paraíba não retira a legitimidade da parte, tratando-se de mera irregularidade, tampouco gerou no feito qualquer prejuízo à defesa que, inclusive, interpôs agravo de instrumento e apresentou contestação, tendo sido suprida a falha.

2. “Se a agravada identifica-se como contribuinte do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outros estados, aproveitando, assim, a alíquota interestadual, e, paradoxalmente, argumenta ao fisco de destino que não é contribuinte do ICMS, para escapar do diferencial de alíquota, cabe a aplicação das multas previstas na legislação estadual, mas não a cobrança do diferencial de alíquota” (STF, AI 795083 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/10/2013, Acórdão Eletrônico DJe-231 DIVULG 22/11/2013 PUBLIC 25/11/2013).

Vistos etc.

CENTROCOR – Centro Cardiológico da Paraíba Sociedade Simples Ltda. interpôs apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, f. 201/204, nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal por ele ajuizada em face do **Estado da Paraíba**, que julgou improcedente o pedido, revogando a antecipação de tutela anteriormente concedida, f. 155/157, para reconhecer a validade do Auto de Infração n.º 93300008.09.00001216/2008-95, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre as

mercadorias adquiridas pela apelante, no período de janeiro/2003 a setembro/2008, para compor o seu ativo imobilizado ou para uso e consumo próprio, ao fundamento de que ela teria adquirido mercadorias em outras unidades da federação sujeitando-se apenas ao recolhimento de parte da carga tributária ao arrepio de previsão legal, utilizando-se, para tanto, de sua inscrição estadual.

Em suas razões recursais, f. 212/218, sustentou que como empresa prestadora de serviços adquire bens para utilização própria, agindo como consumidora final, estando submetida ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, não podendo ser compelida ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo apelado.

Pugnou pelo provimento do apelo para que a sentença seja reformada e julgado procedente o pedido.

Contrarrazoando, f. 223/231, o Estado da Paraíba arguiu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, pugnou pela manutenção da sentença, uma vez que não há irregularidade auto de infração, porquanto o disposto no art. 155, II e § 2º, VII, da CF, autoriza a cobrança de diferencial de alíquota do ICMS correspondente à diferença entre a interna e a interestadual.

Sustentou que o lançamento do ICMS possui presunção de legitimidade e veracidade, gerando, conseqüentemente, a obrigatoriedade do seu recolhimento.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, por não se verificar quaisquer das hipóteses previstas no art. 82, I a III, do Código de Processo Civil.

É o Relatório.

No que diz respeito à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, arguida em sede de contrarrazões, não merece prosperar, porquanto a indicação do Governo do Estado da Paraíba é mera irregularidade que não retira legitimidade do Estado da Paraíba para figurar no polo passivo da demanda, além de não ter resultado em qualquer prejuízo à defesa, ao revés, a Fazenda Pública interpôs agravo de instrumento, f. 161/172, e contestou o feito, f. 177/185, tendo sido suprida a falha, razão pela qual **rejeito a preliminar.**

No mérito, é cediço que as alíquotas interestaduais somente aproveitam aos adquirentes que sejam contribuintes do ICMS, conforme o art. 155, § 2º, VII, "a", da Constituição Federal¹.

¹ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;"

Nessa hipótese, é pacífico o entendimento de que o Estado de destino pode cobrar o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território².

No caso de compradores que não sejam contribuintes do ICMS, como é o caso das clínicas de prestação de serviços médicos em relação aos insumos adquiridos para compor o seu ativo imobilizado ou para uso e consumo próprio, as aquisições interestaduais deveriam se sujeitar à alíquota interna (maior que a interestadual), nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF³, evidentemente, não haveria diferencial de alíquota a ser recolhido ao Estado de destino.

In casu, a contribuinte, ora apelante, se identifica como contribuinte do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outros estados, conforme notas fiscais de f. 70/72, 74/75, 78, 80, 84, 87, 89, 92, 94/96, 99/101 e 103/105, aproveitando, assim, a alíquota interestadual, e, paradoxalmente, argumenta ao fisco de destino que não é contribuinte do ICMS, sendo apenas submetido a incidência do ISSQN, para escapar do diferencial de alíquota, cabe, na hipótese, a aplicação das multas previstas na legislação estadual, mas não a cobrança do diferencial de alíquota, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Resp 620.112/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 21/08/09, ao assentar que a atitude de tal contribuinte "agride o Princípio da Boa-Fé Objetiva que deve orientar as relações com o fisco"⁴.

²PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. LEGALIDADE DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. [...] 2. O disposto no art. 155, II e § 2º, VII e VIII, da CF/88, autoriza a cobrança de diferencial de alíquota do ICMS, de maneira que, "em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado" — hipótese na qual é adotada "a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto" —, cabe "ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual". [...] (STJ, RMS 19.504/SE, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, julgado em 17/04/2007, publicado no DJ de 24/05/2007, p. 310).

³Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

[..]

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

⁴TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO DESTINADO A OBRAS DA ADQUIRENTE. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

1. Discute-se a cobrança do diferencial entre as alíquotas interestadual e interna de ICMS, na aquisição de material de construção por construtoras.

2. As alíquotas interestaduais somente aproveitam aos adquirentes que sejam contribuintes do ICMS, conforme o art. 155, § 2º, VII, "a", da CF. Nessas hipóteses, é pacífico o entendimento de que o Estado de destino pode cobrar o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território.

3. No caso de compradores não-contribuintes do ICMS, como o das construtoras em relação aos insumos aplicados em suas obras, as aquisições interestaduais devem se sujeitar à alíquota interna (maior que a interestadual), nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. Evidentemente, não haverá diferencial de alíquota a ser recolhido ao Estado de destino.

4. Ocorre que determinadas construtoras (caso da recorrida) identificam-se como contribuintes do ICMS no

Ocorre que, na hipótese dos autos, não se discute a aplicação de multa por falsidade contra o Fisco (declaração errônea da condição de contribuinte do ICMS, para fins de aproveitamento da alíquota interestadual).

O Estado de destino (recorrente) pretende cobrar o diferencial de alíquota, o que é inviável, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal⁵.

Posto isto, **dou provimento ao Recurso, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, por estar a sentença em manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para anular o Auto de Infração n.º 93300008.09.00001216/2008-95.**

Publique-se. Intimem-se.

Gabinete no TJ/PB em João Pessoa, 17 de outubro de 2014.

Dr. Alexandre Targino Gomes Falcão
Juiz Convocado - Relator

momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, aproveitando, assim, a alíquota interestadual. Paradoxalmente, argumentam ao Fisco de destino que não são contribuintes do ICMS, para escaparem do diferencial de alíquota.

5. A Segunda Turma já teve a oportunidade de consignar que a atitude desses contribuintes agride o Princípio da Boa-Fé Objetiva que deve orientar as relações com o fisco. Admite-se, na hipótese, a aplicação de multas previstas na legislação estadual.

6. Inviável, no entanto, a cobrança do diferencial de alíquota, como pretende o recorrente.

7. Como a construtora não é contribuinte do ICMS, o tributo estadual deveria ter sido calculado pela alíquota interna sobre o preço da operação interestadual e recolhido integralmente pelo vendedor ao Estado de origem, nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. Não há crédito, portanto, em favor do Fisco de destino (recorrente).

8. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 620.112/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07/05/2009, publicado no DJe de 21/08/2009).

5AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA CONTRIBUINTE DO ISS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. A obrigação tributária principal relativa ao tributo só pode ser deflagrada pela ocorrência do fato imponible. As evidências dos autos demonstram que os insumos foram adquiridos para consumo próprio do contribuinte, no exercício do seu objeto social. A inscrição no cadastro fiscal foi utilizada para o locupletamento indevido, tendo em vista que a parte se beneficiou da alíquota interestadual sem promover uma segunda circulação. O consequente normativo para tal conduta deve ser a multa punitiva e não o tributo cujo fato gerador não ocorreu. O acolhimento da pretensão importaria em fazer incidir o diferencial de alíquota, o que só seria possível caso ficasse comprovada a operação de revenda. Aplica-se ao caso a Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 417912 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/05/2014, Acórdão Eletrônico DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20/06/2014).