



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO N. 0020145-36.2012.815.0011

ORIGEM: Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Campina Grande

RELATOR: Desembargador João Alves da Silva

APELANTE: Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Flávio Luiz Avelar Domingues Filho.

APELADO: RA Serviços de Auto Ltda (Adv. Katherine V. de Oliveira Gomes Diniz – OAB/PB n. 8.795)

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. CONSUMIDORA FINAL. ALÍQUOTA INTERNA RECOLHIDA NO ESTADO DE ORIGEM. COBRANÇA PELO ESTADO DESTINATÁRIO DO COMPLEMENTO/DIFERENÇA DO ICMS. DECISÃO PRIMEVA CONTRÁRIA AO ENTE ESTATAL PROMOVIDO. ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INSURGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE A EMPRESA TER CONTRIBUÍDO COM BASE NA ALÍQUOTA INTERESTADUAL. NOTAS FISCAIS QUE COMPROVAM O CONTRÁRIO. RECOLHIMENTO DE ALÍQUOTA INTERNA NO ESTADO ORIGEM. INCABÍVEL A DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INAUGURAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- Nos termos do art. 4º, caput, da LC n. 87/96, “contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”. *In casu*, restou demonstrado que a aquisição das plataformas em outro Estado da Federação se deram para integrar o próprio ativo da empresa, figurando a autora como consumidora final, não existindo qualquer comercialização do produto adquirido.

- “Demonstrado que a venda de mercadorias se deu para empresa que as adquiriu na condição de consumidora final do ICMS, deve ser aplicada a alíquota interna no estado de origem, estando correta a autuação”. Assim, aplicando, no presente caso, a alíquota interna recolhida no estado de origem, inviável recolher a complementação da alíquota do imposto em discussão no Estado de destino da mercadoria, em atenção à imposição legal sobre o tema e a fim de evitar sobrecarregamento tributário à parte autora.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas.

ACORDA a Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, integrando a presente decisão a súmula de julgamento de fl. 96.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Estado da Paraíba contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande nos autos da ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela antecipada, ajuizada pela RA Serviços de Auto Ltda-ME em face do Poder Público recorrente.

Na sentença recorrida, a doutra magistrada *a quo*, Andréa Arcoverde Cavalcanti Vaz, julgou procedente o pedido inicial, para “anular o lançamento do Crédito Tributário ICMS – Diferencial de Alíquota, n. controle 3004635100 e o ICMS – Garantido, n. controle 3004640033, respectivamente no valor de R\$ 29.770,50 e R\$ 72,29”, sob o fundamento de ser a recorrida consumidora final e o produto adquirido integrar o seu ativo fixo, além de destacar o cancelamento da inscrição estadual. Ato contínuo, condenou o promovido “ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no percentual de 10% sobre o valor da condenação”.

Inconformado, o Poder Público Estadual em razões recursais, pugna pela reforma integral da decisão recorrida, ao alegar que é dever do Estado aplicar alíquota interestadual, quando o adquirente do produto for contribuinte do ICMS, e, em caso contrário, se for apenas consumidor final, aplica-se a alíquota interna cheia.

Aduz, ainda, que “ a autora omite verdade em outro Estado da Federação, dizendo que é contribuinte do ICMS para lograr o benefício fiscal. Na Paraíba, oculta verdade, novamente, dizendo que não é contribuinte do ICMS, para lesar o cofre fazendário Estadual no diferencial de alíquota, para se alcançar o percentual referente à alíquota interna praticada”.

Ademais, afirma que, se o produto adquirido destinasse ao insumo de sua atividade, deveria ser tributado pela alíquota integral, como qualquer outro consumidor final. Discorre, ainda, sobre o princípio da não-cumulatividade e o da boa-fé. Ao final, postula pelo provimento do recurso apelatório.

Devidamente intimada, a empresa recorrida apresentou contrarrazões, assegurando que, ao adquirir as plataformas para integrar o seu ativo fixo, não figurou como contribuinte do ICMS, mas consumidora final, bem como destaca que o simples fato de estar inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado, não lhe enquadra na condição de contribuinte do ICMS, até porquanto defende que sua atividade restringe à prestação de serviços tributada através do ISS.

Sustenta também a inaplicabilidade da nova temática apresentada pela EC n. 87/15, pois o suposto fato gerador, ocorrido no ano de 2012, é anterior à vigência da respectiva emenda constitucional. Por derradeiro, pugna pelo desprovimento do apelo e consequente manutenção da sentença.

Diante da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, deixo de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 169, § 1º, do RITJPB c/c o art. 178, do CPC.

É o relatório.

VOTO

Aufere-se dos autos que a empresa promovente manejou a presente demanda visando à anulação de suposto crédito tributário decorrente da diferença de alíquotas de ICMS cobrada pelo Estado da Paraíba, em razão da compra de produto, pela parte autora, em outra unidade da federação.

Oportuno registrar que a demandante presta, como atividade principal, serviços de reboque de veículo, tendo comprado, em abril de 2012, para uso próprio, duas plataformas à Tecar Tecnologia em Cargas Ltda, localizada no Estado de São Paulo, pagando por cada uma delas o valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais).

Convém apontar, ainda, conforme Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (fl. 11), que a autora além da atividade principal, apresenta como secundária o “Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores” e outros, embora alegue que nunca fez uso de tal atividade e reste demonstrado o pedido de sua exclusão, conforme procedimento administrativo protocolo aos 28/05/2012 (fls. 25).

Realizada breve explanação acerca da discussão posta em juízo, resta saber se a empresa autora deve pagar além do ICMS retido no Estado de São

Paulo, alguma alíquota complementar ao Estado da Paraíba, pois, segundo este ente, trata-se de operação mercantil interestadual, devendo ser recolhido o imposto em destaque tanto no estado de origem da mercadoria como no estado destinatário.

A esse respeito, faz necessário pontificar que a aquisição das duas plataformas no Estado de São Paulo foram para integrar o ativo fixo da empresa demandante, tendo em vista que presta serviços de reboque de veículos. Ou seja, a promovente ao comprar tais produtos, atuou como consumidora final, não tendo por objetivo comercializá-los.

Acerca da temática, a legislação que dispõe sobre a circulação de mercadoria (LC n. 87/96), em seu art. 4º, *caput*, prescreve que **“Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”**.

A par do dispositivo, fácil concluir que se tem por contribuinte a pessoa que opera com intenção de comercializar, o que não é o caso dos autos, vez que a empresa, repito, adquiriu os produtos para empregá-los no serviço por ela prestado e não para revender, comercializar ou realizar operações de circulação de mercadoria, até porquanto a parte estatal adversa sequer tentou desconstituir a alegação da autora no sentido de ter adquirido os produtos para uso próprio.

Nessa toada, contrariando a tese defendida pelo Poder Público Estadual recorrente, a jurisprudência é firme ao posicionar no sentido de que o recolhimento do ICMS deve ser concretizado em alíquota interna no Estado da Federação em que saiu a mercadoria para o consumidor final, vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. FATO GERADOR. EMISSÃO DE NOTA FISCAL E REMESSA DA MERCADORIA AO COMPRADOR PELA MATRIZ DA EMPRESA SITUADA EM SÃO PAULO. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERNA DO IMPOSTO DESSE ESTADO DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 166 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. [...] 3. Deveras, é pacífica a jurisprudência nas turmas de direito público no sentido de que: “O ICMS deve ser recolhido pela alíquota interna, no Estado onde saiu a mercadoria para o consumidor final, após a sua fatura, ainda que tenha sido negociada a venda em outro local, através da empresa filial” (AGREsp 67.025/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 25.09.2000).” (REsp 732.991/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA,

julgado em 21/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 248)

“TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. DECRETO ESTADUAL 30.542/2011 E PROTOCOLO ICMS 21/2011. ILEGALIDADE. CONTROLE CONSTITUCIONAL DIFUSO. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA EFICAZ. 1. Trata-se de Reexame Necessário de sentença que concedeu a segurança pleiteada, determinando que o impetrado se abstivesse de exigir da impetrante o pagamento do ICMS adicional ou complementar previsto no Protocolo ICMS nº. 21/2011 e Decreto nº. 30.542/2011. 2. O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar os arts. 155, § 2º, inciso VII, b, e 150, IV e V, da CF/88. 3. A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, é devida à unidade federada de origem, e não à destinatária. 4. Reexame Necessário conhecido, conferindo a devida eficácia à sentença proferida.” (TJCE - REEX 00316859720118060001 - Órgão Julgador 8ª CC – Relator José Tarcílio Souza da Silva – Publicação 21/07/2015)

Ademais, oportuno destacar que o recorrente em suas razões alega que a empresa promovente tenta fraudá-lo, ao utilizar da alíquota interestadual (7% - sete por cento) no Estado de Origem, pagando apenas parte do ICMS, sem, todavia, contribuir com alíquota complementar do respectivo imposto no Estado de destino.

Em que pese a tentativa de se recolher o imposto também no estado destinatário, é de registrar que tal pretensão não rende guarida, pois o recorrente incorre em equívoco ao afirmar que a empresa autora, na outra unidade da federação, contribuiu apenas com a alíquota interestadual, nos termos da Resolução do Senado Federal n. 22, em seu art. 1º, Parágrafo Único, II¹.

Para se proceder ao cômputo do imposto, importa ter em vista que a base de cálculo do ICMS compreende o próprio montante do tributo². Nessa

¹ Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento.

Parágrafo único. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:

II - a partir de 1990, sete por cento.

² AI 319.670-AgR, Rel. Ministro Cezar Peluso, Informativo 405

linha, explica o doutrinador Ricardo Alexandre que “a alíquota efetiva do ICMS acaba por ser maior que a nominal, uma vez que o tributo incide sobre seu próprio valor”³.

Sendo assim, verifica-se das Notas Fiscais (fls. 22 e 23) que os valores dos ICMS foram de R\$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais) em cada nota, o que representa uma alíquota de 12% ao considerar o valor de cada plataforma (R\$ 130.000,00), desconstituindo, assim, a alegação do recorrente ao afirmar que a autora contribui somente com uma alíquota interestadual, que segundo a Resolução do Senado é de 7% (sete por cento).

Outrossim, importa salientar que a alíquota interna de 12% se justifica pelo fato jurídico de o Estado de São Paulo tê-la cobrado de forma reduzida, nos termos da Resolução do SF n. 04/98 (art. 54, §1º, item 7º), do art. 155, VII, *b*, da CF e demais ordenamentos legais aplicados por aquela unidade federativa.

Considerando a norma Constitucional vigente quando da emissão da nota fiscal (abril de 2012), confirma-se que a unidade federativa de origem da mercadoria aplicou a alíquota interna, situação que fortalece o entendimento firmado. Vejamos redação constitucional então vigente:

**“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:
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;”**

Acerca do tema, oportuno destacar precedentes no sentido de ser aplicada a alíquota interna quando a pessoa adquire mercadoria na condição de consumidora final do ICMS, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - ICMS - VENDA DE MATERIAIS PARA CONSUMIDORA FINAL - PRESTADORA DE SERVIÇOS

³ *In*, Direito Tributário esquematizado – 9. Ed. Ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

² Artigo 54 - As alíquotas do imposto, salvo exceções previstas neste artigo, são (Lei 6.374/89, art. 34, com alterações da Lei 6.556/89, arts. 1º, 2º e 3º, este último na redação dada pela Lei 7.003/90, art. 1º, e com alteração introduzida pelo art. 6º desta última lei, e Resolução do Senado Federal 22/89):

§ 1º - Nas operações ou prestações adiante indicadas, ainda que se tiverem iniciado no exterior, são as seguintes as alíquotas:

7 - 12% (doze por cento), nas operações com implementos e tratores agrícolas, máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, e produtos da indústria de processamento eletrônico de dados, neste último caso desde que não abrangidos pelo item 11, observadas a relação dos produtos alcançados e a disciplina de controle estabelecidos pelo Poder Executivo (Lei 6.374/89, art. 34, § 1º, 7 na redação da Lei 9.278/95, art. 1º, I); (Redação dada pelo inciso II do art. 2º do Decreto 40.643, de 29-01-96 - DOE 30-01-96 -; efeitos a partir de 1º-01-96)

DE ÁGUA E ESGOTO - APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE ORIGEM -CORREÇÃO DA AUTUAÇÃO - PRECEDENTES. 1. Demonstrado que a venda de mercadorias se deu para empresa que as adquiriu na condição de consumidora final do ICMS, deve ser aplicada a alíquota interna no estado de origem, estando correta a autuação. Precedentes. 2. Recurso provido.” (TJMG - AC 10407100000071001 MG - Órgão Julgador 8ª CÂMARA CÍVEL – Relator Edgard Penna Amorim – Publicação 22/01/2013)

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA PELO ESTADO DE DESTINO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 155, 2º, INCISO VII, ALÍNEA B DA CF/88. ALÍQUOTA INTERNA RECOLHIDA PELO ENTE FEDERADO DE ORIGEM. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. NÃO COBRANÇA DO ADICIONAL DE ICMS - CARGA LÍQUIDA NO ESTADO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSOS APELATÓRIO E ADESIVO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 1. Da análise dos autos, extrai-se que o cerne da presente demanda consiste em analisar a possibilidade da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS de veículo adquirido por consumidor final não contribuinte em outro Estado da Federação. 2. A apelada, na qualidade de consumidor final, adquiriu carrocerias de ônibus em estabelecimento comercial de outro Estado da Federação, tendo ocorrido a regular exigência de ICMS no momento da compra em favor das respectivas unidades da Federação de onde originou-se o bem. Entretanto, alegou a apelada que restou surpreendida com a cobrança, com base na Lei Estadual n.º 13.299/03, alterada pela Lei n.º 14.277/08, de um adicional de 5% (cinco por cento) sobre o valor do veículo, a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. 3. O Estado do Ceará, sustenta que a cobrança de ICMS realizada é constitucional e legal, pois estaria a parte apelada sujeito ao recolhimento do ICMS ao Estado do Ceará por ser sujeito passivo da substituição tributária. 3. Entretanto, não se trata, in casu, de revendedor varejista ou de produto destinado ao ativo imobilizado, mas de consumidor final, não contribuinte, de modo que a alíquota incidente é apenas aquela devida ao Estado de origem. 4. Ressalte-se que o próprio apelante repete a letra da lei que estabelece que a

parcela será devida à unidade federada de localização da concessionária que fará a entrega do veículo ao consumidor, portanto, ao Estado de origem do veículo, onde se localizam as respectivas concessionárias, e não ao Estado do Ceará, onde se localiza o consumidor. Não se vê, portanto, a utilidade do argumento trazido à discussão pelo apelante. 5. Consoante o art. 155, 2º, inciso VII, alíneas a e b da CF/88, quando o destinatário for contribuinte do imposto, o cálculo do ICMS para as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outra Unidade da Federação é realizado com base na alíquota interestadual. Todavia, quando o destinatário não for contribuinte, a alíquota a ser empregada é a interna.” (TJCE - APL 00363450320128060001 CE - Órgão Julgador 6ª Câmara Cível – Relatora SÉrgia Maria Mendonça Miranda - Publicação16/09/2015)

Portanto, é de se concluir que não foi aplicada a alíquota interestadual, mas, sim, a alíquota interna do Estado de origem dos produtos, o que afasta a cobrança da complementação da alíquota do ICMS no Estado destinatário e, por consequência, desconstitui o crédito tributário lançado em desfavor da empresa promovente.

Por fim, destaco que a sentença incorre em equívoco ao fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista que trata-se de decisão desconstitutiva, devendo, portanto, as verbas advocatícias serem estabelecidas no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a serem pagas pelo recorrente em favor da parte autora, nos termos do art. 85, §8º, do CPC.

Em razão do exposto, **nego provimento ao recurso apelatório interposto pelo Poder Público Estadual e fixo, de ofício, os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a serem pagos em favor da parte autora**, mantendo nos demais termos a sentença recorrida.

É como voto.

DECISÃO

A Câmara decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. João Alves da Silva (relator), o Exmo. Dr. Gustavo Leite Urquiza, Juiz de Direito Convocado, com jurisdição plena para substituir o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho o Exmo, e o

Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

Presente a representante do Ministério Público, na pessoa da Excelentíssima Dra. Marilene de Lima Campos de Carvalho, Procuradora de Justiça.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em 01 de agosto de 2017 (data do julgamento).

João Pessoa, 02 de agosto de 2017.

Desembargador João Alves da Silva
Relator