



Número: **0001090-21.2003.8.14.0051**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO**

Última distribuição : **11/03/2020**

Valor da causa: **R\$ 3.102,10**

Processo referência: **0001090-21.2003.8.14.0051**

Assuntos: **Competência Tributária, ICMS / Incidência Sobre o Ativo Fixo**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
ESTADO DO PARÁ (APELANTE)			
ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S A (APELADO)		WALDIR GOMES FERREIRA (ADVOGADO)	
Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
17166347	28/11/2023 13:23	Acórdão	Acórdão
16663551	28/11/2023 13:23	Relatório	Relatório
16663550	28/11/2023 13:23	Voto do Magistrado	Voto
16663548	28/11/2023 13:23	Ementa	Ementa

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CÍVEL (198) - 0001090-21.2003.8.14.0051

APELANTE: ESTADO DO PARÁ

APELADO: ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S A

RELATOR(A): Desembargadora LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

EMENTA

“APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA. ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. In casu deve ser mantida a sentença recorrida que consignou a nulidade das autuações fiscais, face a caracterização de transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ensejando a aplicação da Súmula 166 do STJ, assim como a Repercussão Geral, Tema n.º 1.099/STF, além da Súmula n.º 323 do STF, tendo em vista a inaplicabilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 49/RN, posto que a ação foi ajuizada muito antes da publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade, que foi modulada, datada de 04/05/2021. Apelação conhecida, mas improvida à unanimidade.”

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores membros da 2.ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: Mairton Marques Carneiro (Presidente), Luzia Nadja Guimarães Nascimento (Relatora) e José Maria Teixeira do Rosário, à unanimidade, conhecer da apelação, mas negar-lhe provimento, nos termos do Voto da Digna Relatora.

Sessão de julgamento presencial realizada no dia 27 de novembro de 2023.

Belém/PA, assinatura na data e hora constantes do registro no sistema.

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento



Relatora

RELATÓRIO

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por ESTADO DO PARÁ contra a sentença proferida nos autos de embargos do devedor opostos por ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S/A em desfavor da execução fiscal ajuizada pelo ESTADO DO PARÁ, que julgou procedentes os embargos para desconstituir o título executivo objeto da demanda.

O apelante alega que a sentença merece reforma sob os seguintes fundamentos:

Diz que a matéria controvertida objeto da causa de pedir não estaria relacionada a transferência de mercadorias entre estabelecimento do mesmo contribuinte, para aplicação do estabelecido na Súmula 166 do STJ, pois a matéria tratada na inicial estaria relacionada a discussão sobre a base de cálculo do ICMS, com relação incidência sobre a margem de lucro, frete e outros encargos, pois defende que a apelada teria admitido a venda da mercadoria aos seus clientes.

Conclui assim que a fundamentação da sentença não estaria relacionada ao que trata a demanda e deveria ser anulada por erro *in judicando* da sentença, invocando em seu favor o disposto no art. 485, inciso II, do CPC.

Argui que a base de cálculo do ICMS, normal e de substituição tributária, as quais estaria sujeito o contribuinte por ser também fabricante, e não foi observado que o processo diz respeito aos valores acessórios que compõe o valor final da mercadoria sobre os quais incidiria o ICMS, em violação ao disposto no art. 456, inciso II, do CPC, transcrevendo jurisprudência sobre a matéria.

No mérito, defende a regularidade da exação com base no previsto no art. 15, §1.º, inciso II, alínea “a” e “b” da Lei Estadual n.º 5.530/89, pois defende que o fabricante e o comerciante ao venderem suas mercadorias leva em conta ao custo dos encargos e atribuem a mercadoria o margem de lucro, por conseguinte, o fisco não teria qualquer ingerência no preço na fixação do preço final objeto da tributação, por conseguinte, não haveria erro na aferição da base de cálculo do ICMS, por conseguinte, seria valido o auto de infração n.º 030752



Afirma que em relação a ICMS – Substituição Tributária Progressiva por antecipação dos impostos quando o produto sair do seu estabelecimento e leva em consideração frete, seguro e outro encargos, na forma do art. 39, §4.º, inciso II, letras “a” até “c”, da Lei Estadual n.º 5.530/89, sendo valido o auto de infração n.º 030753.

Requer assim seja conhecida e provida a apelação para anular a sentença reconhecendo o erro *in judicando* ou julgar improcedente os embargos do devedor por falta de amparo legal.

Consta da certidão do ID- 2845469 - Pág. 03, que não foram apresentadas as contrarrazões.

O Ministério Público deixou de emitir parecer por ausência de interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório com pedido de inclusão do processo em pauta de julgamento de plenário virtual.

[Belém/PA, assinatura na data e hora constantes do registro no sistema. \[\]](#)

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora

VOTO

VOTO

A apelação satisfaz os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecida.

No mérito, entendo que não assiste razão ao inconformismo do apelante,



pois inobstante ter havido impugnação detalhada da base de cálculo adotado para a finalidade das autuações fiscais realizadas nos autos de infração n.º 030752 e 030753, verifico que também houve impugnação da inexistência de transferência da propriedade da mercadoria. para a finalidade de incidência do ICMS, consoante os seguintes trechos da inicial:

“2.2 - A referida mercadoria ingressou no estabelecimento da Embargante acobertada nas Notas Fiscais idôneas, emitidas com destaque do ICMS NORMAL e sem retenção do ICMS FONTE, por se tratar de operações de transferências entre a mesma empresa. Para exemplificar o que foi dito, haja vista a grande quantidade de documentos, a Embargante junta cópia de vinte e três Notas Fiscais que comprovam as referidas operações de transferências, da fábrica para o estabelecimento da Embargante (docs. 04 a 26).

(...)

3.3 - Conforme demonstrado nos itens 2.2. e 2.4. retro, a Embargante recebeu cimento em transferência de sua matriz, produto esse de sua linha de produção regular. É sabido que nas operações de transferência não há preço, comprador e vendedor. O preço somente é formado por ocasião da venda. Logo, não passa de inaceitável equívoco a pretensão de se quantificar lucro a partir do valor das operações de transferência, tal qual o valor de R\$ 586.258,52 arrolado na ação fiscal a título de LUCRO BRUTO.

(...)

3.8 - O certo é que o lançamento recai sobre fato que não se enquadra no pressuposto de incidência do ICMS, tal qual a exigibilidade de imposto sobre margem de lucro aleatoriamente fixada pela autoridade administrativa, que em nada se refere à operação ou operações realizadas.

4. DO LANÇAMENTO QUANTO AO ICMS FONTE

4.1. O lançamento do crédito tributário levado a efeito no respectivo Auto de Infração, constituído em dissonância com as mais elementares normas que regulam a hipótese de incidência do ICMS, resulta de equívocos irremediáveis, posto que, em momento algum, houve omissão de valores na base de cálculo do imposto.

4.2. De fato, mostra-se despropositado inferir, sem qualquer prova, de que houve omissão de valores na base de cálculo do ICMS FONTE, quando os documentos que respaldam as operações promovidas comprovam que a Embargante recebeu cimento em transferência de seu estabelecimento Matriz, localizado no estado do Amazonas, na condição em que o frete está incluso no preço do produto, conforme esclarecido no corpo das Notas Fiscais que acobertaram as operações.

4.3. Ora, é evidente que, em se tratando de operações de transferência, não cabe falar em despesas acessórias a integrar a base de cálculo do ICMS FONTE, mesmo porque, em operações dessa natureza, não há preço, comprador e vendedor. O ICMS, no caso, é calculado sobre o valor que, em



função de critérios estabelecidos na legislação própria, não corresponde a preço.

4.4. - A bem da verdade, o preço somente é formado quando o estabelecimento da Embargante realiza vendas, circunstância essa que em nada se comunica com as operações de transferência ocorridas em momento pretérito.

(...)

5.1. Não se apercebe, a autoridade administrativa, que a Constituição Federal, ao determinar os parâmetros para instituição do ICMS - Art. 155, II, e § 3º da Carta Magna - delimita, de logo, os fatos relevantes a serem considerados, de modo que a incidência do imposto somente pode alcançar operações que envolvam: mercadorias, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, derivados de petróleo, combustíveis e minerais e energia elétrica. Eis o que diz os referidos dispositivos constitucionais:

‘Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

5.2. Diante das razões postas, resta evidente a insubsistência do lançamento, posto que impõe a exigibilidade de ICMS sobre fato alheio à materialidade do imposto.

7. DO PEDIDO:

(...)

7.1. Por tudo o que foi exposto, considerando que não pode prosperar a exigibilidade de ICMS sobre suposta margem de lucro e sobre despesas acessórias não ocorridas, que não guardam conformidade com as operações efetivamente realizadas, requer seja julgada improcedente a presente execução fiscal.”

Neste sentido, as notas fiscais carreadas aos autos junto a inicial indicam realmente a transferência realizada entre estabelecimentos da mesma contribuinte no Município do Manaus - Amazonas e o Município de Santarém – Pará, conforme se verifica do ID-2845445 - Pág. 27/50, inobstante a posterior venda a terceiro realizada no território paraense em operação subsequente, por conseguinte, entendo que não se caracterizou a existência de transferência da propriedade de mercadoria para a incidência de ICMS, pois não se cogita de comercialização da mercadoria para finalidade da exação em questão, na forma exigida no art. 155, inciso II, da CF.

Corroborando ainda este entendimento o fato do apelante ter sido intimado para impugnar os fatos narrados, mas nada mencionou sobre a matéria, conforme se verifica da impugnação do ID-



2845447 - Pág. 01/08.

Neste diapasão, aplica-se a espécie a tese firmada na Súmula n.º 323 do STF e na Súmula 166 do STJ, além da Repercussão Geral, Tema n.º 1.099/STF, tendo em vista a inaplicabilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 49/RN, posto que a ação foi ajuizada muito antes da publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade que foi modulada, datada de 04/05/2021.

Ante o exposto, conheço da apelação, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença pelos seus próprios fundamentos, pois aplicada corretamente a Súmula 166 do STJ, assim como a Repercussão Geral, Tema n.º 1.099/STF, além da Súmula n.º 323 do STF, nos termos da fundamentação.

É como Voto.

Publique-se. Intime-se.

[Belém/PA, assinatura na data e hora constantes do registro no sistema. \[\]](#)

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora

Belém, 28/11/2023



RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por ESTADO DO PARÁ contra a sentença proferida nos autos de embargos do devedor opostos por ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S/A em desfavor da execução fiscal ajuizada pelo ESTADO DO PARÁ, que julgou procedentes os embargos para desconstituir o título executivo objeto da demanda.

O apelante alega que a sentença merece reforma sob os seguintes fundamentos:

Diz que a matéria controvertida objeto da causa de pedir não estaria relacionada a transferência de mercadorias entre estabelecimento do mesmo contribuinte, para aplicação do estabelecido na Súmula 166 do STJ, pois a matéria tratada na inicial estaria relacionada a discussão sobre a base de cálculo do ICMS, com relação incidência sobre a margem de lucro, frete e outros encargos, pois defende que a apelada teria admitido a venda da mercadoria aos seus clientes.

Conclui assim que a fundamentação da sentença não estaria relacionada ao que trata a demanda e deveria ser anulada por erro *in judicando* da sentença, invocando em seu favor o disposto no art. 485, inciso II, do CPC.

Argui que a base de cálculo do ICMS, normal e de substituição tributária, as quais estaria sujeito o contribuinte por ser também fabricante, e não foi observado que o processo diz respeito aos valores acessórios que compõe o valor final da mercadoria sobre os quais incidiria o ICMS, em violação ao disposto no art. 456, inciso II, do CPC, transcrevendo jurisprudência sobre a matéria.

No mérito, defende a regularidade da exação com base no previsto no art. 15, §1.º, inciso II, alínea “a” e “b” da Lei Estadual n.º 5.530/89, pois defende que o fabricante e o comerciante ao venderem suas mercadorias leva em conta ao custo dos encargos e atribuem a mercadoria o margem de lucro, por conseguinte, o fisco não teria qualquer ingerência no preço na fixação do preço final objeto da tributação, por conseguinte, não haveria erro na aferição da base de cálculo do ICMS, por conseguinte, seria valido o auto de infração n.º 030752

Afirma que em relação a ICMS – Substituição Tributária Progressiva por antecipação dos impostos quando o produto sair do seu estabelecimento e leva em consideração frete, seguro e outro encargos, na forma do art. 39, §4.º, inciso II, letras “a” até “c”, da Lei Estadual n.º 5.530/89, sendo valido o auto de infração n.º 030753.

Requer assim seja conhecida e provida a apelação para anular a sentença reconhecendo o erro *in judicando* ou julgar improcedente os embargos do devedor por falta de amparo legal.

Consta da certidão do ID- 2845469 - Pág. 03, que não foram apresentadas as



contrarrazões.

O Ministério Público deixou de emitir parecer por ausência de interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório com pedido de inclusão do processo em pauta de julgamento de plenário virtual.

[Belém/PA, assinatura na data e hora constantes do registro no sistema. \[\]](#)

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora



VOTO

A apelação satisfaz os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecida.

No mérito, entendo que não assiste razão ao inconformismo do apelante, pois inobstante ter havido impugnação detalhada da base de cálculo adotado para a finalidade das autuações fiscais realizadas nos autos de infração n.º 030752 e 030753, verifico que também houve impugnação da inexistência de transferência da propriedade da mercadoria. para a finalidade de incidência do ICMS, consoante os seguintes trechos da inicial:

*“2.2 - A referida mercadoria ingressou no estabelecimento da Embargante acobertada nas Notas Fiscais idôneas, emitidas com destaque do ICMS NORMAL e sem retenção do ICMS FONTE, **por se tratar de operações de transferências entre a mesma empresa.** Para exemplificar o que foi dito, haja vista a grande quantidade de documentos, **a Embargante junta cópia de vinte e três Notas Fiscais que comprovam as referidas operações de transferências, da fábrica para o estabelecimento da Embargante** (docs. 04 a 26).*

(...)

*3.3 - **Conforme demonstrado nos itens 2.2. e 2.4. retro, a Embargante recebeu cimento em transferência de sua matriz, produto esse de sua linha de produção regular. É sabido que nas operações de transferência não há preço, comprador e vendedor. O preço somente é formado por ocasião da venda. Logo, não passa de inaceitável equívoco a pretensão de se quantificar lucro a partir do valor das operações de transferência, tal qual o valor de R\$ 586.258,52 arrolado na ação fiscal a título de LUCRO BRUTO.***

(...)

*3.8 - **O certo é que o lançamento recai sobre fato que não se enquadra no pressuposto de incidência do ICMS, tal qual a exigibilidade de imposto sobre margem de lucro aleatoriamente fixada pela autoridade administrativa, que em nada se refere à operação ou operações realizadas.***

4. DO LANÇAMENTO QUANTO AO ICMS FONTE

*4.1. **O lançamento do crédito tributário levado a efeito no respectivo Auto de Infração, constituído em dissonância com as mais elementares normas que regulam a hipótese de incidência do ICMS, resulta de equívocos irremediáveis, posto que, em momento algum, houve omissão de valores na base de cálculo do imposto.***



4.2. De fato, mostra-se despropositado inferir, sem qualquer prova, de que houve omissão de valores na base de cálculo do ICMS FONTE, **quando os documentos que respaldam as operações promovidas comprovam que a Embargante recebeu cimento em transferência de seu estabelecimento Matriz, localizado no estado do Amazonas, na condição em que o frete está incluso no preço do produto, conforme esclarecido no corpo das Notas Fiscais que acobertaram as operações.**

4.3. Ora, é evidente que, em se tratando de operações de transferência, **não cabe falar em despesas acessórias a integrar a base de cálculo do ICMS FONTE, mesmo porque, em operações dessa natureza, não há preço, comprador e vendedor. O ICMS, no caso, é calculado sobre o valor que, em função de critérios estabelecidos na legislação própria, não corresponde a preço.**

4.4. - **A bem da verdade, o preço somente é formado quando o estabelecimento da Embargante realiza vendas, circunstância essa que em nada se comunica com as operações de transferência ocorridas em momento pretérito.**

(...)

5.1. **Não se apercebe, a autoridade administrativa, que a Constituição Federal, ao determinar os parâmetros para instituição do ICMS - Art. 155, II, e § 3º da Carta Magna - delimita, de logo, os fatos relevantes a serem considerados, de modo que a incidência do imposto somente pode alcançar operações que envolvam: mercadorias, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, derivados de petróleo, combustíveis e minerais e energia elétrica. Eis o que diz os referidos dispositivos constitucionais:**

‘Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

5.2. **Diante das razões postas, resta evidente a insubsistência do lançamento, posto que impõe a exigibilidade de ICMS sobre fato alheio à materialidade do imposto.**

7. **DO PEDIDO:**

(...)

7.1. **Por tudo o que foi exposto, considerando que não pode prosperar a exigibilidade de ICMS sobre suposta margem de lucro e sobre despesas acessórias não ocorridas, que não guardam conformidade com as operações efetivamente realizadas, requer seja julgada improcedente a presente execução fiscal.”**



Neste sentido, as notas fiscais carreadas aos autos junto a inicial indicam realmente a transferência realizada entre estabelecimentos da mesma contribuinte no Município do Manaus - Amazonas e o Município de Santarém – Pará, conforme se verifica do ID-2845445 - Pág. 27/50, inobstante a posterior venda a terceiro realizada no território paraense em operação subsequente, por conseguinte, entendo que não se caracterizou a existência de transferência da propriedade de mercadoria para a incidência de ICMS, pois não se cogita de comercialização da mercadoria para finalidade da exação em questão, na forma exigida no art. 155, inciso II, da CF.

Corroborando ainda este entendimento o fato do apelante ter sido intimado para impugnar os fatos narrados, mas nada mencionou sobre a matéria, conforme se verifica da impugnação do ID-2845447 - Pág. 01/08.

Neste diapasão, aplica-se a espécie a tese firmada na Súmula n.º 323 do STF e na Súmula 166 do STJ, além da Repercussão Geral, Tema n.º 1.099/STF, tendo em vista a inaplicabilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 49/RN, posto que a ação foi ajuizada muito antes da publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade que foi modulada, datada de 04/05/2021.

Ante o exposto, conheço da apelação, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença pelos seus próprios fundamentos, pois aplicada corretamente a Súmula 166 do STJ, assim como a Repercussão Geral, Tema n.º 1.099/STF, além da Súmula n.º 323 do STF, nos termos da fundamentação.

É como Voto.

Publique-se. Intime-se.

[Belém/PA, assinatura na data e hora constantes do registro no sistema. \[\]](#)

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora



“APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA. ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. In casu deve ser mantida a sentença recorrida que consignou a nulidade das autuações fiscais, face a caracterização de transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ensejando a aplicação da Súmula 166 do STJ, assim como a Repercussão Geral, Tema n.º 1.099/STF, além da Súmula n.º 323 do STF, tendo em vista a inaplicabilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 49/RN, posto que a ação foi ajuizada muito antes da publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade, que foi modulada, datada de 04/05/2021. Apelação conhecida, mas improvida à unanimidade.”

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores membros da 2.ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: Mairton Marques Carneiro (Presidente), Luzia Nadja Guimarães Nascimento (Relatora) e José Maria Teixeira do Rosário, à unanimidade, conhecer da apelação, mas negar-lhe provimento, nos termos do Voto da Digna Relatora.

Sessão de julgamento presencial realizada no dia 27 de novembro de 2023.

Belém/PA, assinatura na data e hora constantes do registro no sistema.

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Relatora

