



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

RECURSO INOMINADO. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS DE ACESSO À INTERNET. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO CEDIDOS EM COMODATO. DESCONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

O STF possui entendimento firmado na Súmula 573 do STF de que não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato, uma vez que para fins tributários o bem cedido possui natureza diversa da circulação de mercadorias.

RECURSO INOMINADO DESPROVIDO. UNÂNIME.

RECURSO INOMINADO

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA
FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DE PORTO ALEGRE

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-
18.2022.8.21.9000)

INFOMAC TELECOMUNICACOES LTDA.

RECORRIDO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE

MINISTERIO PUBLICO

INTERESSADO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, à **unanimidade, em negar provimento ao recurso inominado.**

Participaram do julgamento, além do signatário, as eminentes Senhoras **DR.^a ANA LÚCIA HAERTEL MIGLIORANZA E DR.^a VIVIANE CASTALDELLO BUSATTO.**

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2022.

DR. JOSE ANTONIO COITINHO,

RELATOR.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso inominado interposto pelo **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** em face da sentença que julgou parcialmente procedente a ação para declarar o direito da autora à apropriação dos créditos de ICMS destacados na nota fiscal de aquisição dos modems, roteadores e fontes para equipamentos, telefones e antenas destinados ao ativo imobilizado, ainda que cedidos em comodato, ressalvado o período em que a empresa esteve incluída no regime do Simples Nacional.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Em suas razões, sustentou, em síntese, que a cessão dos bens em comodato não é necessária para viabilizar sua atividade empresarial ou se destina à realização de seu objeto social.

VOTOS

DR. JOSE ANTONIO COITINHO (RELATOR)

Conheço do Recurso Inominado, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Antecipo que a insurgência recursal do recorrente não merece acolhimento.

A sentença de parcial procedência proferida pela Magistrada bem apreciou o tema, merecendo confirmação por seus próprios e jurídicos fundamentos à luz do permissivo contido no artigo 46 da Lei 9.099/95:

Vistos.

Dispensado o relatório, com base nos artigos 27 da Lei 12.153/2009 e 38 da Lei 9.099/95.

Trata-se de ação declaratória ajuizada por INFOMAC TELECOMUNICACOES LTDA em face do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com o escopo de obter decisão judicial que declare seu direito à apropriação dos créditos de ICMS



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

destacados nas notas fiscais de aquisição dos bens destinados ao ativo imobilizado e cedidos a título de comodato (modems, roteadores, fontes para os equipamentos, telefones e antenas), por força do art. 155, § 2º, inc. I da Constituição e do art. 20 da LC nº 87/96. Requereu, ainda, seja declarado seu direito ao crédito extemporâneo dos valores de ICMS não apropriados nos 5 anos que antecedem o ajuizamento da ação, devidamente atualizados pela taxa SELIC, face o entendimento ilegal da administração tributária vinculada ao réu.

Não houve pedido liminar.

Devidamente citado, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou contestação na qual arguiu, preliminarmente, a ausência de demonstração de que a demandante é contribuinte do ICMS, pois as atividades descritas na inicial sofreriam tributação pelo ISS (provedor de acesso de internet). No mérito, afirma que é indevida a adjudicação de créditos fiscais de ICMS pretendida pela autora, pois a referida cessão de equipamentos por comodato atenderia unicamente aos interesses comerciais da contribuinte, não constituindo bens do ativo permanente para fins de concessão do direito de crédito.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Inicialmente, não merece acolhimento a alegação do Estado segundo a qual a demandante não teria comprovado sua condição de contribuinte do ICMS. Isso porque os documentos juntados às fls. 192/203 comprovam tanto o registro da empresa juntou ao CGC/TE, como o efetivo recolhimento de ICMS ao Fisco Gaúcho.

No mérito, vale destacar que a legislação estadual, em harmonia com a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96, assegura o direito ao creditamento do imposto cobrado em operações de entrada de mercadoria destinada ao ativo permanente do sujeito passivo, em atenção ao princípio da não-cumulatividade, desde que não sejam alheios à atividade do estabelecimento, nesse sentido:

Constituição Federal de 1998

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

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

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será 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



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

- grifei

Lei Complementar n. 87/96

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Lei Estadual nº 8.820/89

Art. 15 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto:

I - anteriormente cobrado e destacado na primeira via do documento fiscal, nos termos do disposto em regulamento, em operações ou prestações de que tenha resultado:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

a) a entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive as destinadas ao ativo permanente, ou o recebimento de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; (Redação dada pela Lei n.º 13.099/08)

Decreto Estadual nº 37.6999/97 (RICMS/RS)

Art. 31 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto:

I - anteriormente cobrado e destacado na 1ª via do documento fiscal, nos termos do disposto neste Capítulo, em operações ou prestações de que tenha resultado:

a) a entrada de mercadorias, real ou simbólica, inclusive as destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, ou o recebimento de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; (Redação dada pelo art. 2º, I (Alteração 893), do Decreto 40.217, de 28/07 /00. (DOE 31/07/00) - Efeitos a partir de 01/08/00.)

Diante das referidas normas vigentes, se depreende que, em termos de ICMS, circulação de mercadoria como mudança



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

de titularidade (sentido jurídico), não se identifica, no caso, hipótese de incidência tributária quando não ocorre a referida alteração da propriedade, ressaltando-se, pela pertinência, ainda, a Súmula n. 573 do STF: "Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato." (SÚMULA 573, Data de Aprovação Sessão Plenária de 15/12/1976, Fonte de publicação DJ de 03/01/1977, p. 4; DJ de 04/01/1977, p. 36; DJ de 05 /01/1977, p.60).

No caso dos autos, a controvérsia se restringe à apuração da destinação dos bens objetos da demanda, ou seja, se empregados ou não no exercício da atividade empresarial e ativo permanente da empresa. Vale frisar que a insurgência apresentada em contestação tem como fundamento o argumento segundo o qual as mercadorias não seriam destinadas ao ativo permanente da autora, uma vez que os bens foram adquiridos com o objetivo de serem fornecidos aos clientes por meio de comodato.

Pois bem. Em consulta pública ao cartão CNPJ da empresa junto à Receita Federal, verificase que a atividade principal da demandante é a prestação de "serviços de comunicação



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

multimídia – SCM"

(<https://servicos.receita.fazenda.gov.br/servicos/cnpjreva/cnpjrevasolicitacao.asp>). Sob essa perspectiva, ao contrário do que sustenta o Estado, resta evidente que as aquisições de modems, roteadores, fontes para equipamentos, telefones e antenas estão intrinsecamente vinculados à atividade desenvolvida pela demandante.

Desse modo, no caso concreto, impõe-se reconhecer que as descrições das mercadorias constantes nas notas fiscais às fls. 38/57 correspondem a equipamentos de informática e tecnologia, destinados ao ativo permanente da demandante, os quais são objeto de cessão mediante comodato, conforme constam nas ordens de serviço às fls. 59/149. À luz do conjunto probatório acostado aos autos, portanto, fica claro que as referidas aquisições integram o ativo imobilizado da empresa, uma vez que, não obstante adquiridos com o fito de serem cedidos aos clientes em regime de comodato, não há a transferência da propriedade dos equipamentos aos consumidores, de modo que os bens permanecem no patrimônio da pessoa jurídica, inclusive após o término da prestação dos serviços contratados.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, alinhado ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, reconhece o direito à apropriação dos créditos de ICMS incidente nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo permanente e utilizados na atividade-fim da sociedade empresária, ainda que cedidas em comodato. A propósito, leia-se os seguintes julgados sobre o tema:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. BENS DO ATIVO PERMANENTE. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET. EQUIPAMENTOS CEDIDOS EM COMODATO. TEMA 1.052 DO STF AFASTADO. LEI LOCAL E REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 279 E 280 DO STF. RECURSO NÃO ADMITIDO.(Recurso Extraordinário, Nº 70084479161, Primeira VicePresidência, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 15-10-2020)"

"APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. LC Nº 87/96. PEÇAS DESTINADAS A MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS E DEMAIS BENS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO CONTRIBUINTE. LIMITAÇÃO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

TEMPORAL PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 E NO RICMS/RS. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO ATÉ 31/12/2019. Consoante Nota aposta ao art. 31, I, 'b', do Livro I do RICMS/RS, as partes e peças destinadas a máquinas e equipamentos utilizados em substituições regulares constituem bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento industrial, não se inserindo no processo produtivo a ponto de caracterizar insumos. Incidência da limitação temporal prevista nos arts. 33 da LC nº 87/96 e 31 e 33 do RICMS/RS, a inviabilizar o creditamento do imposto na aquisição desses bens até 31/12/2019. EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA EM GERAL. BENS QUE, EMBORA FACILITEM O DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, NÃO SÃO IMPRESCINDÍVEIS AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. "Os equipamentos de informática não se constituem em matéria-prima, insumos ou máquinas que sejam utilizados no processo de industrialização e tampouco integram o produto final, o que afasta o direito ao creditamento do ICMS." ("ut" ementa do REsp 740.285/RJ, Rel. Ministro Castro Meira Segunda Turma, j. 18/08/2005). MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO. EMPREGO EM



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

ATIVIDADE ALHEIA À FINALIDADE DA EMPRESA. APROVEITAMENTO INDEVIDO DO CRÉDITO. ART. 20, § 1º, DA LC Nº 87/96. Os valores de ICMS provenientes da aquisição de materiais para construção, reforma ou ampliação do estabelecimento, por isso que não destinados às atividades finalísticas da empresa, cujo objeto social reside precipuamente na produção e comércio de bebidas, não ensejam o creditamento de ICMS, à luz do disposto nos arts. 20, § 1º, da LC nº 87/96, e 16 da Lei Estadual nº 8.820/89. REFRIGERADORES, MESAS E CADEIRAS CEDIDOS EM COMODATO A REVENDEDORES. BENS INTEGRANTES DO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO, DESTINADOS À SUA ATIVIDADE-FIM. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. "Na forma da jurisprudência, podem ser objeto de creditamento de ICMS os bens adquiridos com a finalidade de integrar o ativo permanente da sociedade empresária, ainda que posteriormente sejam cedidos a terceiros em regime de comodato, desde que se refiram a mercadorias ou serviços inerentes à atividade do estabelecimento." ("ut" ementa do AgInt no AREsp 748.359/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 07/11/2017). Assim, viável o creditamento dos valores de ICMS



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

relativos à aquisição de refrigeradores, cadeiras e mesas com logomarca da empresa, utilizados para divulgar os produtos comercializados pela contribuinte, porquanto compõem o ativo fixo e se destinam à atividade-fim do empreendimento. DECADÊNCIA PARCIAL. OCORRÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. O prazo decadencial de lançamento de tributo sujeito à homologação recolhido a menor em face de creditamento indevido é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador, a teor do disposto no art. 150, § 4º, do CTN. "In casu", lançado de ofício o valor suplementar do ICMS em 21/12/2009 e notificado o contribuinte em 22/12 /2009, verificou-se a decadência do crédito tributário referente às competências de 01/2004 a 11/2004. Precedentes do STJ e desta Corte. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PARCIALMENTE PROCEDENTES. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SUCUMBIMENTO RECÍPROCO. DECAIMENTO MÍNIMO. INOCORRÊNCIA. APELO DO ESTADO DESPROVIDO. APELO DA EMPRESA EMBARGANTE PROVIDO EM PARTE.(Apelação Cível, Nº 70075688697, Vigésima Segunda



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 26-07-2018)".

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO DE IMPOSTO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS ESSENCIAIS À ATIVIDADE FIM DA SOCIEDADE. EMPRESA ATUANTE NO RAMO DE BEBIDAS. 1. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o direito ao creditamento do ICMS advindo da aquisição de bens essenciais à atividade fim da empresa, foi reconhecido apenas com a vigência da Lei Complementar n. 87 /96 (Lei Kandir), cujo artigo 33 afastou expressamente a retroatividade de sua incidência. O legislador prorrogou em diversas oportunidades a previsão de creditamento nas hipóteses de aquisições de bens para o uso ou consumo próprio, não tendo ela chegado a ter aplicação imediata, remetendo a mais recente previsão para o ano de 2020. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 33 da Lei Kandir. 2. Inexiste afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade, porquanto a Lei Kandir somente fixou a data a partir da qual o direito ao creditamento das mercadorias destinadas ao uso e consumo ou ao ativo permanente/fixo/imobilizado do estabelecimento passa



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

a vigorar. Precedentes desta Corte. 3. Cabível o aproveitamento de créditos sobre itens – mesas, cadeiras e freezers –, na medida em que integram o ativo imobilizado da empresa de comercialização de bebidas, ainda que sejam cedidos a terceiros por força de contrato de comodato, tendo em vista a ausência de circulação de mercadoria. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70081214645, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 31-07-2019)".

Logo, não prospera o argumento do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de que a incorporação das mercadorias ao ativo permanente pretendida é apenas aparente, pois não existiu, na hipótese, mudança de titularidade. Assim, apesar de o fato jurídico concreto corresponder ao fato jurídico abstrato previsto na norma, qual seja, a aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, o Estado obsta o direito do contribuinte à consequência prevista na legislação, que é a apropriação de crédito do imposto anteriormente cobrado.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Reconhecida a inadequação da glosa dos créditos de ICMS o direito a restituição dos valores pagos indevidamente aparece, no caso, como consequência natural, nos termos do artigo 165, inciso I, do CTN, cujo teor transcrevo:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Pelos fundamentos já expostos, forçoso o reconhecimento do direito da parte autora à apropriação dos créditos de ICMS



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

incidentes nas aquisições dos referidos equipamentos, ainda que cedidos em comodato a seus clientes, relativamente às operações futuras e aquelas praticadas no quinquênio que antecedeu o ajuizamento desta ação, em atenção à prescrição quinquenal.

No entanto, não merece procedência a pretensão da demandante de adjudicar eventuais créditos sobre fatos geradores ocorridos durante o período em que a empresa estava incluída no regime do Simples Nacional. Isso porque o referido direito de crédito é vedado, nos termos do art. 23 da Lei Complementar n. 123/06.

Outrossim, não desconheço o entendimento pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual somente se deve aplicar a correção monetária aos créditos tributários quando há previsão legal neste sentido (AI 769.182-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 13/6/2016). Contudo, no caso concreto, a correção se mostra admissível, tendo em vista que a demora no aproveitamento dos créditos tributários de ICMS adveio de ato impeditivo cometido pelo Fisco gaúcho. Assim, mudando entendimento anteriormente adotado, tenho que o fato de o contribuinte ter necessitado demandar em juízo



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

para fazer cessar as imposições ilegais e inconstitucionais precedidas pela entidade pública, causaram, sobremaneira, morosidade no exercício do direito ao creditamento.

A respeito, cito precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIREITO AO CREDITAMENTO EXTEMPORÂNEO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. SÚMULA 83 DO STJ. APLICAÇÃO. APROVEITAMENTO DO CRÉDITO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 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. O mandado de segurança é remédio processual apto à obtenção da declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula 213 do STJ, sendo certo que esse verbete de súmula também se aplica aos casos em que se busca a declaração do direito ao



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

creditamento de ICMS na escrituração fiscal. Precedente da Primeira Seção. 3. "A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil", de modo que, "ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco" (REsp 1.035.847/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/08/2009, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC/1973). 4. A conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior enseja a aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 83 do STJ. 5. O aproveitamento dos créditos de ICMS foi decidido pelo acórdão impugnado com base em fundamento constitucional, o que inviabiliza o exame do tema em sede de recurso especial. 6. Agravo interno não provido, com imposição de multa. (AgInt no REsp 1503220/SC, Rel. Ministro GURGEL DE



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 05/02/2019) (grifei)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. RECOLHIMENTO A MAIOR. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA 523/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. O Tribunal de origem, ao julgar Apelação em Mandado de Segurança, concedeu parcialmente a ordem, a fim de declarar o direito à compensação tributária do valor indevidamente pago a título de ICMS, em razão da inconstitucionalidade, declarada pela Suprema Corte, da Lei 6.556/89, do Estado de São Paulo, que determinara majoração da alíquota de 17% para 18%, com a finalidade de destinar verbas a programa habitacional. III. Incabível a pretensão de que o Superior Tribunal de Justiça defina, especificamente, os índices de correção monetária e o percentual de juros de mora, por tal demandar a interpretação de lei local, providência que encontra óbice, por analogia, na



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Súmula 280/STF. No entanto, na forma da jurisprudência, "reconhecido o crédito do contribuinte, irrecusável a atualização monetária, simples resgate do valor real da moeda. Não é um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita" (STJ, REsp 153.630/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 27/03/2000). Ademais, nos termos da Súmula 523/STJ: "A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices". IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1375726/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08 /2018)

Também neste sentido decisões do e. TJRS:

APELAÇÕES CÍVEIS. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS NAS OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. DIREITO À TRANSFERÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS ORIUNDOS DE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. AUTOAPLICABILIDADE DO ARTIGO 25, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996. DESCABIMENTO DE LIMITAÇÃO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

*IMPOSTA POR INSTRUÇÃO NORMATIVA.
CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. TAXA SELIC.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. 1. As
limitações e restrições impostas pelo Regulamento Estadual do
ICMS, Lei Estadual nº 37.699/97, para transferência e
aproveitamento de créditos fiscais acumulados nas operações de
exportação, não subsistem frente ao entendimento do Superior
Tribunal de Justiça de aplicação plena do artigo 25, § 1º, da Lei
Complementar 87/96. O direito de transferência do saldo
remanescente a outros contribuintes do mesmo Estado não
pode ser vedado por regulamento local. 2. Em princípio,
descabe a incidência de correção monetária sobre os créditos
originários do ICMS, ante a ausência de previsão legal. Contudo,
conforme entendimento do STJ, mostra-se cabível a incidência
se a demora no aproveitamento dos créditos se der por
empecilho da Fazenda Pública. Caso dos autos que a parte
autora precisou ingressar com a presente demanda para fazer
cessar as limitações impostas pela Fazenda Pública, merecendo
provimento o recurso. Aplicação da taxa SELIC, nos termos do
Tema 905, do STJ, considerando que é a taxa aplicada pelo
Estado para cobrança de seus tributos, conforme disposto no*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

art. 69 da Lei Estadual nº 6.537/73. 3. Minorado o valor fixado a título de honorários advocatícios de sucumbência, com o objetivo de a condenação se dar em valor razoável e proporcional ao trabalho prestado pelos causídicos no caso concreto. Artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil. 4. Considerando que a decisão singular é ilícida, aplica-se ao caso o disposto no art. 496, I, do Código de Processo Civil e na Súmula nº 490 do STJ. 5. Sentença reformada parcialmente em remessa necessária apenas para isentar o Estado do Rio Grande do Sul do pagamento das custas processuais, ressalvado o direito ao reembolso das eventuais despesas judiciais feitas pela parte vencedora. APELOS PROVIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME.(Apelação / Remessa Necessária, Nº 70083297739, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em: 06-05-2020)

Nessa linha, concluo adequado e proporcional o reconhecimento do direito à correção monetária dos créditos tributários. Em se tratando de dívida de natureza tributária, incidirá a Taxa SELIC como critério único de correção monetária e juros, na medida em que o referido pagamento engloba os



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

encargos mencionados e tem previsão expressa no artigo 69, § 1º, da Lei Estadual n. 6.537/73, redação da Lei Estadual n. 13.379/2010. Nesta linha, leia-se o enunciado da Súmula n. 523: "A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder a utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices" (Sumula 523, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 27/04/2015).

No tocante a forma de concretização da restituição, ressalto o enunciado da Súmula STJ n. 461: "O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado" (Súmula 461, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010).

Ante exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda para declarar o direito da autora INFOMAC TELECOMUNICACOES LTDA à apropriação dos créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de aquisição de modems, roteadores, fontes para equipamentos, telefones e antenas



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

destinados ao ativo imobilizado, ainda que cedidos em comodato, relativamente às operações futuras e aquelas praticadas no quinquênio que antecedeu o ajuizamento desta ação, em atenção à prescrição quinquenal, ressalvado o período em que a empresa esteve incluída no regime do Simples Nacional, nos termos da fundamentação. O valor do crédito a restituir deve ser corrigido pela Taxa SELIC a contar do desembolso.

Na hipótese em apreço, a principal atividade desenvolvida pela parte autora é a de prestação de serviço de internet e que modems, antenas e cabos (independentemente da forma e local de aquisição) estão diretamente relacionados a essa atividade empresarial.

Assim, é evidente que a entrega de modems pela autora – seja a título gratuito ou oneroso – destina-se a viabilizar o serviço por ela prestado, de maneira que não se cogita, aqui, a incidência do artigo 21, III, da LC 87/96.

Outrossim, os bens como parte de estratégia comercial, foram entregues a clientes em comodato, operação que não caracteriza a circulação econômica e, por isso, não enseja o recolhimento de ICMS, conforme entendimento já sumulado no STJ.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal Superior:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMODATO. NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. CREDITAMENTO. ESTORNO. DESCABIMENTO.

1. "Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato". (Súmula 573/STF) 2. Deveras, a transferência de bens do ativo permanente, no âmbito da mesma empresa, não constitui fato gerador do ICMS, sendo indevido o crédito relativos a eles.

3. *Consoante a Súmula do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência do Eg. STJ, o pleito da parte é não ser instada a estornar, exatamente porque aquilo não gera o crédito que importaria, por força do princípio da cumulatividade, a compensação da operação subsequente.*

4. *Recurso Especial parcialmente conhecido, e provido.*

(REsp 791.491/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 07/11/2006, p. 252)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO. BENS DO ATIVO PERMANENTE, CEDIDOS EM COMODATO. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. CESSÃO DE APARELHOS CELULARES, EM REGIME DE COMODATO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 568/STJ E ART. 253, PARÁGRAFO ÚNICO, II, C, DO RISTJ. AGRAVO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 02/08/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na forma da jurisprudência, podem ser objeto de creditamento de ICMS os bens adquiridos com a finalidade de integrar o ativo permanente da sociedade empresária, ainda que posteriormente sejam cedidos a terceiros em regime de comodato, desde que se refiram a mercadorias ou serviços inerentes à atividade do estabelecimento. Nesse sentido: STJ, RMS 24.911/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/08/2012; REsp 1.307.876/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/02/2013. III. A propósito, dispõe a Súmula 573/STF: "Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato". IV. Na hipótese, a empresa ora agravada - que tem por objeto social a prestação de serviços de telefonia móvel pessoal - adquiriu bens para seu ativo permanente, ou seja, aparelhos celulares, que foram cedidos, em regime de comodato, a determinados clientes. Essa operação não enseja transferência de propriedade, assim como não caracteriza circulação econômica de mercadoria, a ensejar recolhimento de ICMS. Ademais, prescinde do reexame de provas, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ, concluir, no caso, que os bens cedidos relacionam-se com as atividades de prestação de serviços de telecomunicações que a parte agravada desenvolve, tal como demonstrado pela sentença. V. A questão ora controvertida possui entendimento dominante nesta Corte, que autoriza a apreciação monocrática do apelo, nos termos da Súmula 568 do STJ ("O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

houver entendimento dominante acerca do tema") e do art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ. Ademais, na forma da jurisprudência desta Corte, o posterior julgamento do recurso, pelo órgão colegiado, na via do Agravo Regimental ou interno, tem o condão de sanar qualquer eventual má aplicação da regra contida no art. 557 do CPC/73, entendimento que se aplica à sistemática advinda com o CPC/2015. Inocorrência de afronta ao art. 932 do CPC/2015. VI. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 748.359/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017)

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso inominado do Estado.

Condeno a parte recorrente ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95, aplicado subsidiariamente à Lei nº 12.153/09.

Deixo de condená-lo ao pagamento das custas, diante da isenção concedida aos entes públicos pela Lei nº 14.634/2014, ressalvada a obrigação de reembolsar eventuais despesas processuais à parte vencedora, incluindo aquelas relativas à Taxa Única de Serviços Judiciais, conforme entendimento sedimentado no IRDR nº 70081401986.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

JAC

Nº 71010473528 (Nº CNJ: 0014519-18.2022.8.21.9000)

2022/Cível

DR.ª ANA LÚCIA HAERTEL MIGLIORANZA - De acordo com o(a) Relator(a).

DR.ª VIVIANE CASTALDELLO BUSATTO - De acordo com o(a) Relator(a).

DR.ª MARIA BEATRIZ LONDERO MADEIRA - Presidente - Recurso Inominado
nº 71010473528, Comarca de Porto Alegre: "RECURSO INOMINADO
DESPROVIDO. UNÂNIME."

Juízo de Origem: JEFJ ADJUNTO A 6ª. VARA DA FAZENDA PUB. PORTO ALEGRE
- Comarca de Porto Alegre