

ACÓRDÃO Nº
PROCESSO Nº 2008.3.004324-2
2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
AGRAVO INTERNO EM PELAÇÃO CÍVEL
COMARCA DE BELÉM
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ – FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
Procurador (a) do Estado: Dr. Fernando Augusto Braga Oliveira
AGRAVADO (A): DECISÃO MONOCRÁTICA de FLS. 174-175-Verso (publicada em 10/9/2015) E AUTO VIAÇÃO MONTE CRISTO LTDA.
Advogado (a): Dr. Rafael Ataíde Aires OAB/PA nº 12.466 e outros.
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO.

EMENTA: AGRAVO INTERNO QUE NEGOU SEGUIMENTO À APELAÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS FÁTICOS OU JURÍDICOS CAPAZES DE ALTERAR O DECISUM.

- 1. O recurso de apelação teve seu seguimento negado, visto que a pretensão do agravante confronta com o entendimento jurisprudencial dominante do STJ.*
 - 2. A tese utilizada no recurso de apelação foi amplamente refutada na decisão atacada, pois conforme o art.3º da Lei Complementar nº 87/66, não cabe recolhimento de ICMS, aos prestadores de serviços de transportes municipais, visto que já recolhem o ISS.*
 - 3. Os argumentos do Agravo interno apenas reiteram a tese sustentada no recurso de apelação, segundo a qual o agravado deveria recolher ICMS, com base no art.155, §2º, VII da CF/88.*
- 3-Recurso conhecido e desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores Integrantes da 2ª Câmara Cível Isolada, à unanimidade, conhecer do Agravo Interno, porém negar-lhe provimento para manter a decisão agravada de fls. 174-175.

2ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **10 de março de 2016.** Relatora Exma. Sra. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e terceira julgadora a Exma. Sra. Desa. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Trata-se de **Agravo Interno** (fls.114-117) interposto por **ESTADO DO PARÁ – FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**, contra decisão monocrática às fls. 174-175-verso, que negou seguimento ao recurso de apelação, por estar em confronto com jurisprudência dominante do STJ, mantendo a sentença nos termos da fundamentação expendida.

O Agravante em suas razões, alega que a decisão recorrida ofendeu aos princípios de ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

Afirma que não se pode confundir a natureza jurídica do diferencial da alíquota com a hipótese de incidência do ICMS, que o diferencial de alíquota não se coaduna como uma das hipóteses de incidência de ICMS, devidamente previstas na LC 87/86, bem como na Lei Estadual nº 5.530/89.

Sustenta que caso prevaleça o entendimento da decisão, o recolhimento do valor do ICMS será para o fisco em que se localiza o fornecedor da mercadoria, ficando o Estado do Pará, no prejuízo, que deixará de arrecadar o diferencial da alíquota interestadual em detrimento dos outros estados.

Aduz que o objetivo do diferencial de alíquota é distribuir a receita tributária do ICMS entre todos os estados de forma isonômica, que não se trata de criação de um novo tributo, mas somente, a distribuição das receitas tributárias entre os Estados membros da Federação em observância do Princípio Federativo.

Assegura que a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS possui eficácia plena, com fundamento no art. 155, 2º, VII da CF/88, razão pela qual não necessita de regulamentação.

Ressalta que é pacífico o entendimento do Conselho de Contribuintes do Estado do Pará, que é devido o diferencial de alíquota pelas empresas que adquirirem mercadorias para consumo e ativo fixo, quando na nota fiscal vem destacado apenas 7% do imposto. E, que o objeto da demanda decorre da disposição constitucional que é aplicada ao consumidor final, qual seja, recolher obrigatoriamente a diferença onde está localizada.

Requer caso não seja exercido o juízo de retratação, que o presente agravo interno seja levado a julgamento perante o órgão competente, a fim de ser reformada a decisão monocrática, para que seja conhecido o recurso de apelação, e analisado o mérito e lhedado provimento.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (Relatora):

O agravante insurge-se contra a decisão que negou seguimento ao recurso de apelação, por estar em confronto com jurisprudência dominante do STJ.

Preliminarmente, o Estado do Pará – Fazenda Pública Estadual suscita que a decisão agravada não obedeceu aos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório, não prosperam os argumentos do agravante, visto que o próprio recurso, ora em análise, demonstra a obediência aos Princípios Constitucionais, acima mencionados.

Para melhor juízo sobre o Agravo Interno em julgamento, entendo necessário trazer ao conhecimento de Vossas Excelências os fundamentos da decisão ora atacada (fls. 174-verso).

(...)

Sobre o tema, o C. STJ tem se manifestado que, em se tratando de contribuinte de ISS, incabível a exigência de pagamento do diferencial de alíquota de ICMS na aquisição de bens para seu consumo, ou formação do ativo fixo.

Senão vejamos os julgados:

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. AQUISIÇÃO DE ÔNIBUS PARA ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS PARA LICENCIAMENTO DE VEÍCULOS. ILEGALIDADE. CONTRIBUINTE DO ISS. ART. 131, §2º, DA LEI 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). INAPLICABILIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA DO STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 838.685 – MA, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 28/09/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA)

TRIBUTÁRIO ICMS EMPRESA ADQUIRENTE DE MERCADORIA PARA SEU ATIVO FIXO, CONTRIBUINTE DO ISS COMPLEMENTAÇÃO DO ICMS INDEVIDA.

1. A complementação do ICMS (tarifa interna) só é devida por empresas comerciais que contribuem para o ICMS.
2. Se a empresa é prestadora de serviço e recolhe apenas o ISS, a mercadoria adquirida para seu consumo, ou formação do ativo fixo, não está sujeita ao pagamento da tarifa interna, mas sim à tarifa do Estado de origem (art. 8º, 1º e 2º do DL n. 406/68).
3. Esta Turma adotou a posição majoritária desta Corte quanto à responsabilidade subjetiva do sócio-gerente, se a empresa não se extinguiu.
4. Recurso especial provido. (REsp 330000/DF, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 16/09/02).

É no mesmo sentido o julgado deste TJPA:

EMENTA AGRAVO INTERNO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA PELO JUÍZO DE PISO. AQUISIÇÃO DE BENS POR EMPRESA DE TRANSPORTES COLETIVO. A COMPRA DE BENS QUE SÃO VERDADEIROS INSUMOS PARA SUA ATIVIDADE, RECOLHENDO ICMS NO ESTADO DE ORIGEM, IMPOSSIBILITA AO ESTADO DO PARÁ COBRAR DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. PRECEDENTE DO STJ (RESP 838685/MA, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 28/09/2010, DJE 08/10/2010). DECISÃO UNÂNIME. (2013.04243949-95, 127.821, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 12-12-2013, Publicado em 16-12-2013)

Destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.135.489/AL, Min. Luiz Fux, DJe de 1º.02.2010, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento que já adotara em outros precedentes sobre o mesmo tema, segundo o qual as “empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário”, tendo em vista que, “quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS”.

Ademais, quanto à suposta legalidade da cobrança da diferença de alíquota de ICMS, como já explicitado alhures, por se tratar de empresa de transporte no âmbito municipal, a apelada está sujeita à incidência de ISS, não podendo incidir sobre a mesma o ICMS, consoante disposto no art. 3º da Lei Complementar 87/66:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar; (...) (grifei)

De mais a mais, corroborado ao entendimento declinado acima, colhe-se dos autos expediente da Delegacia Regional da Fazenda Estadual da 15ª Região Fiscal (fl. 53), atendendo solicitação da empresa de transportes Viação Guajará Ltda., em que esse Órgão confirma a qualidade de não contribuinte de ICMS da referida empresa, em situação similar à da apelada, conforme o trecho a seguir:

(...) A pleiteante não é contribuinte do ICMS, por tratar-se de transportes coletivos de passageiros de linha exclusivamente urbana; inclusive vinha recolhendo imposto indevidamente, conforme mostra listagem do débito em anexo.

O art. 1ª da lei 5.530/89, define como fato gerador do ICMS: os serviços de transportes interestadual e intermunicipal, estando portanto, este contribuinte fora do campo de incidência do imposto.

Quanto à diferença de alíquota cobrada na Barreira do Itinga, realmente foi indevida, visto que o destinatário não é contribuinte do imposto.

A Nota Fiscal no entanto, deveria ter sido emitida com a alíquota interna conforme o art. 155, VII “b” da C.F. O fato porém, da NF ter sido emitida com a alíquota errada, deve ter provocada a cobrança indevida do Imposto na Barreira pelos Fiscais.”

Desta feita, entendo que improcede de todo a pretensão do apelante, pois está patente a condição de não contribuinte de ICMS da empresa apelada e, conseqüentemente, a impossibilidade de incidir sobre ela o referido imposto, ou ainda, de lhe ser cobrada a diferença de alíquota deste imposto em decorrência da compra de bens para consumo em outra unidade da Federação, de maneira que o presente recurso

está em confronto com a jurisprudência dominante do STJ, razão pela qual a negação de seguimento da apelação é medida que se impõe, a teor do disposto no art. 557, *caput* do CPC:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput* do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao recurso de apelação, por estar em confronto com jurisprudência dominante do STJ, mantendo a sentença recorrida, nos termos da fundamentação expendida.

Deveras, da simples leitura das razões da decisão agravada estão evidentes as bases que levaram esta Relatora a negar seguimento ao recurso de apelação.

Lado outro, as argumentações apresentadas pelo recorrente não são robustas o suficiente para reformar a decisão atacada, senão vejamos:

O agravante reitera a necessidade de recolher a diferença do ICMS, fundamentando-se dentre outros o art. 155, 2º, VII da CF, o qual transcrevo a seguir:

(...)

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

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

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

III - propriedade de veículos automotores.

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

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

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 anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre

**a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;
Grifei.**

Certo é que, as argumentações do agravante reiteram a tese de que agravada está sujeita a tributação de ICMS. Contudo, conforme exaustivamente explanado na decisão agravada, o bem adquirido em outro Estado, irá ser utilizado na prestação de serviços de transporte de passageiros realizados nesta cidade. Portanto, sendo a empresa prestadora de serviços neste município, estará sujeita ao recolhimento de ISS, o que impossibilita, portanto, a cobrança do ICMS, conforme dispõe o art.3º da Lei Complementar nº 87/66.

Acrescento, que além dos fundamentos acima relatados, há se mencionar o §2º da Lei nº 116/2003, que assim dispõe:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço. Grifei.

A referida lei traz em anexo a lista de serviços não sujeitos à incidência de ICMS, na qual consta em seu item 16.01, os serviços de transportes de natureza municipal, que são justamente os serviços prestados pelo agravado.

Desse modo, corrobora-se o entendimento de que não há como subsistir a cobrança de ICMS, menos ainda, possíveis diferenças de alíquotas de tal imposto, posto que a agravada é prestadora de serviços, e como tal deverá recolher ISS e não ICMS, como requerido pelo agravante.

Pelo exposto, conheço do Agravo Interno, porém nego-lhe provimento para manter a decisão agravada de fls. 174-175.

É o voto.

Belém, 10 de março de 2016.

Desembargadora **CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO**
Relatora