



ACÓRDÃO N° \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. - DJE: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2016.  
TRIBUNAL PLENO.  
AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N° 0044430-16.2000.814.0301  
COMARCA: BELÉM/PA  
AGRAVANTE: BRASILTON BELÉM HOTÉIS E TURISMO S/A  
AGRAVADO: ESTADO DO PARÁ  
RELATOR: Des. RICARDO FERREIRA NUNES

AGRAVO DO ART. 544 DO CPC RECEBIDO PELO STJ COMO AGRAVO REGIMENTAL E DEVOLVIDO PARA ESTE TRIBUNAL PARA APRECIÇÃO. CONHECIDO PELO TRIBUNAL PLENO COMO AGRAVO INTERNO. ANALISADA A DEVIDA APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE INADEQUAÇÃO DO LEADING CASE A HIPÓTESE DOS AUTOS. ADEQUAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL PLENO. CONSONÂNCIA ENTRE A DECISÃO DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ NO RESP 1.135.534/PE, COM BASE NO ART. 543-C DO CPC, NO SENTIDO DE QUE O FORNECIMENTO DE MERCADORIAS COM SIMULTÂNEA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM BARES, RESTAURANTES E ESTABLECIMENTOS SIMILARES CONSTITUI FATO. INCABÍVEL SUPOSTA ALEGAÇÃO DE INADEQUAÇÃO DO LEADING CASE A REFERIDA HIPÓTESE. AGRAVO CONHECIDO, PORÉM, IMPROVIDO.

À unanimidade de votos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da 33ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em conhecer e negar provimento ao agravo interno, mantendo todos os fundamentos da decisão hostilizada. As notas taquigráficas fazem parte integrante deste julgado. Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Constantino Augusto Guerreiro.

Belém(PA), 14 de setembro de 2016.

Des. RICARDO FERREIRA NUNES  
Relator e Vice-Presidente do TJE/PA

TRIBUNAL PLENO.  
AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N° 0044430-16.2000.814.0301  
COMARCA: BELÉM/PA  
AGRAVANTE: BRASILTON BELÉM HOTÉIS E TURISMO S/A  
AGRAVADO: ESTADO DO PARÁ  
RELATOR: Des. RICARDO FERREIRA NUNES

## RELATÓRIO

Des. RICARDO FERREIRA NUNES

Cuida-se de AGRAVO interposto por BRASILTON BELÉM HOTÉIS E TURISMO S/A., com base no art. 544 do CPC, contra decisão que, nos termos do art. 543-C, §7º, inc. I do CPC, negou seguimento ao recurso especial, por entender que os acórdãos recorridos coincidem com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso representativo da controvérsia REsp nº 1.135.534/PE – TEMA 278, sob os seguintes fundamentos:



BRASILTON BELÉM HOTÉIS E TURISMO S/A, por intermédio de seu Procurador Judicial, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Carta Magna, interpôs o RECURSO ESPECIAL de fls. 339/356, em face dos acórdãos proferidos por este Tribunal de Justiça, assim ementados:

Acórdão n.º 133.334:

EMENTA: APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDA EM HOTÉIS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEITADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPEDIMENTO. PARTE ILEGÍTIMA PARA O AJUIZAMENTO DA ADI. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. MATÉRIA PACIFICADA. RECURSO REPETITIVO RESP 1135534/PE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Acerca da alegada ausência de fundamentação, cumpre referir que a decisão não é nula, tampouco afrontou o disposto no art. 93, IX, da CF, uma vez que devidamente motivada, acrescida a circunstância de que fundamentação de forma concisa não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante art. 165 do CPC. 2. O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência, todavia a referida declaração não poderá ser o objeto principal da lide, devendo ser questão prévia ao julgamento do mérito. 3. A verdadeira intenção da parte recorrente é ver declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos V e VI e art. 15, IV, situação esta impedida pela ordem constitucional vigente, pois, segundo o art. 103, da CF, são legitimados para o ajuizamento da ADI contra lei estadual. 4. A matéria tributária objeto da execução já resta pacificada através do enunciado n.º 163, do STJ e REsp n.º 1135534/PE, afetado pela temática dos recursos repetitivos, determinado a incidência do tributo sobre a atividade exercida pelo apelante. 5. Recurso conhecido e improvido. (201130045326, 133334, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 08/05/2014, Publicado em 14/05/2014).

Acórdão n.º 136.853:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REANÁLISE/REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. ICMS. COMIDAS E BEBIDAS EM HOTÉIS. FUNDAMENTAÇÃO EXISTENTE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PARTE ILEGÍTIMA PARA A INTERPOSIÇÃO DE ADI. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. MATÉRIA PACIFICADA PELA TEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS- RESP. 1135534/PE. RECURSO CONHECIDO, PORÉM, IMPROVIMENTO. 1- Os embargos declaratórios não se prestam à reanálise e à rediscussão da causa, isto é, os embargos de declaração não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas tão-somente integrativo ou aclaratório do julgado. 2- Impossível a reanálise/rediscussão da matéria decidida no acórdão embargado, via embargos de declaração. 3- Acerca da alegada ausência de fundamentação, cumpre referir que a decisão não é nula, tampouco afrontou o disposto no art. 93, IX, da CF, uma vez que devidamente motivada, acrescida a circunstância de que fundamentação de forma concisa não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante art. 165 do CPC. O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência, todavia a referida declaração não poderá ser o objeto principal da lide, devendo ser questão prévia ao julgamento do mérito. 1- A verdadeira intenção da parte recorrente é ver declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos V e VI e art. 15, IV, situação esta impedida pela ordem constitucional vigente, pois, segundo o art. 103, da CF, são legitimados para o ajuizamento da ADI contra lei estadual. 2- A matéria tributária objeto da execução já resta pacificada através do enunciado n.º 163, do STJ e REsp n.º 1135534/PE, afetado pela temática dos recursos repetitivos, determinando a incidência do tributo sobre a atividade exercida pelo apelante. 3- Recurso conhecido e improvido. (201130045326, 136853, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 14/05/2014, Publicado em 19/08/2014).

Em recurso especial, sustenta o recorrente que a decisão impugnada violou o disposto nos artigos 165, 458, 480, 481, 482 e 535 do Código de Processo Civil, artigos 147, 148 e 149 do Regimento Interno do TJE/PA, artigo 68, I, do Código Judiciário Paraense (Lei n.º 5.008/1981), além de dissídio jurisprudencial.

Em síntese, o recorrente alega ausência de fundamentação dos acórdãos



recorridos, além de omissão e obscuridade do acórdão dos embargos de declaração, que não se manifestou sobre a inconstitucionalidade da norma que dispõe acerca do ICMS sobre o fornecimento de alimentos e bebidas, referente ao período de 1989 a 1996.

Contrarrazões às fls. 390/393.

A respeito dessa temática o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n.º 1135534/PE, sob o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil, assentou que o fornecimento de mercadorias com simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação, conforme disposto na Súmula n.º 163 do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da ementa abaixo transcrita:

EMENTA: 1. O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação (Súmula 163/STJ), à luz do disposto nos artigos 1º, III, e 8º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 406/68, verbis: "Art 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador: (...) III – o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. (...) Art 8º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa. § 1º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadoria. § 2º O fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias." (o artigo 8º foi revogado pela Lei Complementar 116/2003) 2. A jurisprudência superveniente é aplicável aos processos em curso (REsp 933.438/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 21.05.2008, DJe 30.10.2008; e AgRg nos REsp 396.236/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 28.05.2009, DJe 18.06.2009). 3. O ICMS incide sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos congêneres, cuja base de cálculo compreende o valor total das operações realizadas, inclusive aquelas correspondentes à prestação de serviço. (REsp PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Com efeito, não merece reparo os Acórdãos ora hostilizados, porque decidiram em consonância com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, os artigos 480, 481 e 482 do CPC não foram prequestionados (incidência da Súmula n.º 211 do STJ e, por analogia, das Súmulas n.º 282 e n.º 356 do STF); não cabe alegação de ofensa à lei estadual (aplicação, por analogia, da Súmula 280 do STF) e nem ao regimento interno do TJE/PA, tendo em vista que o STJ firmou entendimento de que portarias, circulares e resoluções não se equiparam a leis federais para fins de interposição do recurso especial e, por fim, não há a comprovação do dissídio jurisprudencial, na forma dos artigos. 255 do RISTJ e 541 do CPC.

Por todo o exposto, considerando que os acórdãos recorridos coincidem com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, DENEGO O RECURSO ESPECIAL, com base no inc. I, § 7º, do art. 543-C do CPC.

Inconformado, nas razões recursais acostadas às fls. 418/428, alega o agravante a inaplicabilidade do entendimento firmado no REsp 1.135.534/PE e Súmula 163/STJ, porque a situação dos autos difere do aludido paradigma, vez que no caso específico do Estado do Pará entre 1989 e 1996 não poderia haver cobrança de ICMS, por ser inconstitucional a norma que lhe dava amparo (Lei Estadual n.º 5530/89)

Outrossim, alega que diferente do fundamento na decisão ora atacada, houve





E. Tribunal de Justiça, realizada em 27/01/2016, na forma de Questão de Ordem (processo nº 0045939-53.2010.814.0301), em consonância às disposições do CPC/2015 (art. 1.030, §2º) e RITJPA/2016 (arts. 267 e 279).

O objeto recursal restringe-se à análise acerca da correta aplicação do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.135.534/PE, sob o regime de recursos repetitivos, ao decidido pela 5ª Câmara Cível Isolada deste E. Tribunal de Justiça (Acórdãos 133.334 e 136.853), sob pena de usurpação da competência da Corte Especial.

Sob esse prisma, das razões recursais acostadas às fls. 418-428, evidencia-se que o agravante não se desincumbiu do ônus de impugnar especificamente os fundamentos da decisão atacada, isto é, demonstrar a necessária distinção entre o caso vertente e o precedente firmado sob julgamento dos recursos repetitivos, insistindo na tese da inconstitucionalidade da Lei 5.530/89 que ampara a cobrança do tributo, in verbis:

O precedente do STJ no REsp 1.135.534 e a Súmula nº 163 do STJ, citados nos acórdãos recorridos, não dizem respeito exatamente com a matéria discutida nos presentes autos, vez que no caso específico do Pará entre 1989 e 1996 não poderia haver cobrança porque a norma que lhe dava amparo é inconstitucional. A diferença entre os casos é gritante!

A Súmula 163 do STJ diz que a hipótese importa em fato gerador do tributo. Estará, então, permitida sua exigência desde que essa competência seja validamente exercida pelo Estado. E ESTE NÃO É O CASO DO ESTADO DO PARÁ, ENTRE 1989 E 1996.

O mesmo é válido para o precedente do STJ consubstanciado no RESP 1.135.534.

O caso, como se verifica de seu inteiro teor: (i) diz respeito a situação anterior à Constituição Federal vigente (a impetração se deu em janeiro/1987, e (ii) refere-se a situação em que havia na lei estadual previsão do fato gerador específico do ICMS para alimentação e bebidas (tanto que o Acórdão) invocado como paradigma, RESP 126.437, diz: Nas operações de fornecimento de alimentação e bebidas por bares restaurante e similares, a existência de legislação estadual estabelecendo o fato gerador e base de cálculo do tributo legitima sua cobrança sobre o valor da total operação.

Portanto, os precedentes colacionados ao longo do processo dizem respeito a situação jurídica distinta da discutida nestes autos.

Dessa forma, visa o agravante na tentativa de demonstrar suposta distinção entre o caso dos autos e o precedente firmado sob o julgamento dos recursos repetitivos, alcançar por via imprópria a declaração de inconstitucionalidade da norma que respalda a execução fiscal.

Todavia, tal intenção já fora rechaçada por este Tribunal nas decisões atacadas, porque não teria o recorrente legitimidade, tampouco seria este o meio cabível para alcançar tal finalidade, in verbis:

Acórdão 133.334 (fl. 299):

Quanto ao mérito verifico que a parte apelante, discorre apenas sobre a pretensa inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Estadual nº 5.530/89, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.





É verdade que o controle concreto ou incidental, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência, todavia a referida declaração não poderá ser o objeto principal da lide, devendo ser questão prévia ao julgamento do mérito. (...)

Como se depreende, a situação é diversa a dos autos, pois o pedido imediato quanto o mediato giram em torno da declaração da inconstitucionalidade de dispositivos da lei estadual nº 5.530/89.

Mostra-se, portanto, que a verdadeira intenção da parte recorrente é ver declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos V e VI e art. 15, IV, situação esta impedida pela ordem constitucional vigente, pois o art. 103, da CF, são legitimados para o ajuizamento da ADI contra lei estadual em face da Constituição:

(...)

Ao que se vê, da leitura do artigo citado a parte não é legitimidade para interposição da referida ação. Tampouco, cabe a esta Corte de Justiça o controle concentrado da referida norma, já que segundo o art. 102, I, a, da CF, é do Supremo Tribunal Federal, a competência precípua da guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Por outro lado, não traz argumentos aptos para afastar a aplicação do precedente julgado pelo STJ, sob o regime dos recursos repetitivos (REsp 1.135.534/PE – TEMA 278), ao caso vertente, harmônicos acerca do entendimento de que o fornecimento de mercadorias com simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.

Com efeito, não tendo o agravante demonstrado a necessária distinção, capaz de afastar o precedente à hipótese dos autos, a decisão atacada deve ser mantida, porque em harmonia com o entendimento firmado pela Corte Especial com base na sistemática dos recursos repetitivos.

No aspecto, colaciono:

**PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - QUESTÃO DE MÉRITO JÁ DECIDIDA COM BASE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC - AGRAVO REGIMENTAL MANIFESTAMENTE INFUNDADO - MULTA.**

1. A Primeira Seção do STJ no julgamento do Recurso Especial 1.135.534/PE, na sistemática do art. 543-C do CPC - recurso representativo da controvérsia - firmou o entendimento de que o fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação (Súmula 163/STJ).

2. Agravo Regimental em ataque ao mérito da decisão, a que se nega provimento, com aplicação de multa no percentual de 1% (hum por cento) sobre o valor da causa (Questão de Ordem apreciada em 25/03/2009, pela Primeira Seção, no REsp 1025220/RS).

(AgRg no REsp 1263253/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013)

(grifos não originais)

Pelo exposto, **CONHEÇO DO AGRAVO INTERNO, PORÉM, NEGO PROVIMENTO.**

É como voto.

Belém (PA), 14 de setembro de 2016.



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça do Estado do Pará**  
**BELÉM**  
**SECRETARIA 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA**  
**ACÓRDÃO - DOC: 20160378573503 N° 164738**



00444301620008140301



20160378573503

---

**DESEMBARGADOR RICARDO FERREIRA NUNES**  
Relator e Vice-Presidente do TJE/PA

---

Fórum de: **BELÉM**

Email:

Endereço: **Av. Almirante Barroso n° 3089**

CEP: **66.613-710**

Bairro:

Fone: