



SECRETARIA DA 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0014738-07.2015.8.14.0000
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR: GUSTAVO VAZ SALGADO – OAB Nº 8843
AGRAVADO: ISAPA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADA: PAMELA FALCÃO CONCEIÇÃO – OAB Nº 20.237
PROCURADORA DE JUSTIÇA: LEILA MARIA MARQUES DE MORAES
RELATORA: DESª. NADJA NARA COBRA MEDA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. GUERRA FISCAL. PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. REJEITADA. PRECEDENTE DO STJ QUE ENTENDE QUE NÃO CABE AO ESTADO DEIXAR DE RECONHECER O BENEFÍCIO FISCAL DEFERIDO POR OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DE FORMA UNILATERAL, MAS SIM AJUIZAR A COMPETENTE ADIN PARA QUE O JUDICIÁRIO ANALISE A QUESTÃO. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E PERIGO DE GRAVE AMEAÇA PRESENTES EM FAVOR DA EMPRESA AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNANIMIDADE.

1. A preliminar de interesse de agir confunde-se com o próprio mérito da demanda, posto que fundamentada na inexistência de direito da agravada. Portanto, tal análise será feita no mérito propriamente dito, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

2. Já entendeu o STJ que O benefício de crédito presumido não impede o creditamento pela entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois tanto a CF/88 (art. 155, § 2º, II) quanto a LC 87/96 (art. 20, § 1º) somente restringem o direito de crédito quando há isenção ou não-tributação na entrada ou na saída, o que deve ser interpretado restritivamente. Dessa feita, o creditamento do ICMS em regime de não-cumulatividade prescinde do efetivo recolhimento na etapa anterior, bastando que haja a incidência tributária. (...) Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado - como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon - e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. (RMS 31.714/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 19/09/2011)

3. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento, da comarca de Belém.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 2ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de agravo de instrumento e negar-lhe provimento.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 14 dias do mês de junho de 2018.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Desembargadora Diracy Nunes Alves.



RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de efeito suspensivo, interposto por ESTADO DO PARÁ, com fundamento no art. 522 e seguintes do CPC/73, em face da decisão prolatada pelo douto Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c obrigação de fazer nº 0012380-39.2015.814.0301, que deferiu o pedido de antecipação de tutela.

Narra a Autora/Agravada em sua peça inaugural, que tem por objeto, dentre outras atividades, o comércio atacadista de peças, pneus e acessórios para bicicletas, motocicletas e automóveis, ferramentas, sua importação, revenda e representação comercial. Possui sede no estado do Espírito Santo, vinculando-se ao ordenamento jurídico da referida unidade da federação, o qual assegura às empresas lá sediadas os benefícios do FUNDAP (Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias) e COMPETE (Programa de Incremento à Competitividade).

Afirma que goza de benefício fiscal denominado FUNDAP, que é um incentivo financeiro que apoia as empresas com sede no estado do Espírito Santo, que realizam operações de comércio exterior de determinadas mercadorias, desde que tributadas pelo ICMS, operações estas, que realiza. E mais, para utilizar deste benefício, as empresas podem operar através de uma matriz no Espírito Santo, ser uma LTDA ou S.A, entretanto, só usufruirão deste benefício se a nacionalização de suas mercadorias acontecerem em solo capixaba. Esclarece ainda, que em uma importação fora da sistemática FUNDAP o ICMS é pago no ato do desembarço aduaneiro, já nas importações realizadas ao abrigo da Lei Estadual capixaba nº 2.508/70 (FUNDAP), ficam diferidas para o momento em que ocorrerem as saídas das mercadorias importadas do estabelecimento importador (Art. 4º da Lei nº 6.668/01).

Enfatiza, que por meio desses mecanismos, as empresas que realizam operações de importação amparadas ao benefício do FUNDAP, são habilitadas a receber financiamento de 8% da operação, considerando-se o valor das saídas das mercadorias efetuadas pelo estabelecimento importador. Outra vantagem do FUNDAP, é que o recolhimento do ICMS gerado será efetuado até o 26º dia do mês subsequente àquele em que ocorrerem as operações realizadas ao abrigo do FUNDAP.

Informa, que o Estado do Espírito Santo reduz em dois terços o valor do imposto a ser pago pelas empresas nas operações de importação a partir do Porto de Vitória, tratando-se, evidentemente, de um benefício financeiro, eis que se revela como mero financiamento com juros bem abaixo do mercado, em até 6% por ano, no prazo de cinco a dez anos de carência. Dessa forma, as empresas importadoras arrecadavam apenas 4% dos 12% devidos do ICMS, sendo 3% da cota-parte dos municípios (obrigatória por lei) e 1% ao Estado, que dava 8% de incentivo. Com o Decreto Estadual ES 3.185-R/12, que introduziu alterações ao RICMS do ES, alterou-se a alíquota de 12% para 4% (Resolução Senado Federal 13/2012), em relação as operações interestaduais com produtos importados. Assim, a alíquota de 4%, o benefício fica em 3%.

Alega, que também é beneficiário do COMPETE, cuja fonte é o Decreto



CAPIXABA nº 1.090-R, de 25 de outubro de 2002, que traz o Regulamento do ICMS para o Estado do Espírito Santo. Entretanto, o Estado do Pará, por intermédio da Secretaria Estadual da Fazenda, por não reconhecer a validade do ordenamento jurídico capixaba que oferta tais benefícios financeiros, está glosando ditos benefícios, e cobrando uma espécie de diferencial, conforme se verifica com as Declarações de Entradas Interestaduais - DEI, acostadas aos autos. Assim, como consequência de tal indevida glosa está realizando a cobrança de ICMS de seus clientes, que, então, são obrigados a pagar a diferença em relação ao que o fisco paraense entende ser devido.

Aduz que o Fisco está extrapolando a sua atividade administrativa/executiva, pois a atividade fazendária é vinculada a lei (art. 142 do CTN), portanto, o Agravante não poderia usurpar de funções legislativo-jurisdicional, impedir que o benefício fosse utilizado, ainda mais porque há jurisprudência do STJ, afastando a possibilidade da glosa unilateral de créditos do ICMS pelo Estado de destino.

Requeru a concessão de tutela antecipada para determinar que o Estado do Pará: a) se abstenha de efetuar a glosa de valores referentes à utilização dos benefícios denominados COMPETE e FUNDAP; b) se abstenha de efetuar qualquer medida, direta ou indireta, tendente a lhe cobrar ou de seus consumidores; c) que se abstenha de apreender suas mercadorias nas barreiras fiscais por conta da cobrança da glosa aqui combatida.

Inconformado com a decisão do Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém que deferiu o pedido de antecipação de tutela, o Estado do Pará interpôs o presente Agravo sustentando que a necessidade de reforma da decisão pelos seguintes fundamentos:

Preliminarmente, destaca que o agravado carece de interesse de agir, pois o art. 114-J, do RICMS/PA, aprovado pelo Decreto nº 4.679/01, estabelece que o sujeito passivo dessa operação é o adquirente da mercadoria, com domicílio fiscal no Estado do Pará.

Deste modo, a Agravada ISAPA não seria titular do direito subjetivo controvertido no processo, já que não se enquadra como contribuinte de fato nem de direito, se enquadra na vedação do art. 6º, do Código do Processo Civil, impondo-se a extinção do feito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

No mérito, sustenta que a glosa de crédito resultante da concessão de benefício fiscal em desacordo com a Constituição Federal é legal, pois a legislação capixaba concedeu tal benefício à revelia do convênio CONFAZ, à exemplo de precedentes do STF.

E mais, insiste que o referido benefício não possui validade para transações no interior do Estado do Pará, por inexistir convênio que entre os Estado Federados.

Encerra, pleiteando a concessão de efeito suspensivo para sustar imediatamente os efeitos da decisão agravada. No mérito, requer que incidentalmente seja declarada inconstitucional a Lei Estadual capixaba nº 2.508/80, suas alterações e Decretos e ainda os art. 530 e seguintes do Decreto Estadual do Espírito Santo nº 1.090-R de 25.10.2002.

Juntou com a inicial os documentos de fls. 20/234.

A Exma. Desembargadora Maria Filomena de Almeida Albuquerque, às fls. 237/238, indeferiu o pedido de efeito suspensivo.



O Estado do Pará ingressou com pedido de reconsideração, alegando que a decisão de fls. 237/238, violou a cláusula de reserva de plenário, por ter requerido que a matéria fosse enfrentada à luz do art. 480, do CPC, pelo que requereu a reforma da decisão combatida. O Ministério Público, às fls. 249 reservou-se a apreciação dos autos, após, o pronunciamento acerca do pedido de reconsideração.

A Agravada apresentou contrarrazões às fls. 250/267, pugnando pelo improvimento do Recurso e manutenção da decisão em todos os seus termos.

Às fls. 271/272v, a Exma. Desembargadora Maria Filomena de Almeida Albuquerque manteve a decisão agravada.

O Ministério Público, às fls. 278/279, consoante o disposto no art. 178 do CPC e a Recomendação nº 16, de 28/04/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, deixou de emitir manifestação e requereu o prosseguimento no feito.

Coube-me a relatoria do feito às fls. 281.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, pelo que passo a apreciá-lo.

Preliminar de ausência de interesse de agir.

O Agravante alega que a Agravada ISAPA não seria titular do direito subjetivo controvertido no processo, já que não se enquadra como contribuinte de fato nem de direito, se enquadra na vedação do art. 6º, do Código do Processo Civil, impondo-se a extinção do feito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Inicialmente, convém destacar que a preliminar arguida, confunde-se com o próprio mérito da demanda, Portanto, tal análise será feita no mérito propriamente dito, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

Pois bem, urge se saliente que, como cediço, em sede de agravo de instrumento, o julgamento deve ater-se ao acerto ou eventual desacerto da decisão prolatada em primeiro grau, abstraindo-se o quanto possível de se adentrar ao meritum causae discutido na demanda principal, cingindo-se, pois, à decisão vergastada.

Assim, após examinar detidamente o presente caderno processual chega-se à conclusão de que o recurso de Agravo de Instrumento interposto não comporta provimento.

Sabe-se que a glosa de crédito, é a exclusão de todo ou parte do ICMS destacado na nota fiscal de entrada interestadual que não corresponda a um recolhimento efetivo na unidade federativa de origem, em decorrência de benefícios fiscais de ICMS não autorizados por convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária celebrado nos termos de Lei Complementar nº 24/1975.

Ademais, para atrair investimentos, alguns Estados editam leis de incentivos fiscais sem a aprovação do Confaz, gerando prejuízo à arrecadação de ICMS nos estados destinatários, além de ensejar a concorrência desleal entre as empresas. Em reação a essa situação, diversos estados já adotaram normas



de glosa de crédito, no intuito de neutralizar o benefício concedido equilibrando a concorrência e evitando que o estado destinatário arque com o crédito integral de ICMS não recolhido aos cofres públicos.

In casu, verifica-se que a contribuinte, na apuração do ICMS, apenas valeu-se de incentivos fiscais concedidos pela legislação dos estados de origem das mercadorias autuadas, tendo sido penalizada por uma irregularidade que, a priori, não pode ser diretamente a ela imputada, mas, sim, aos entes federativos que aprovaram tais benefícios fiscais em "desacordo com a legislação de regência do ICMS".

Em suma, o Estado do Pará simplesmente desconsiderou a legislação dos Estados de origem das mercadorias, por reputá-la ilegal/inconstitucional, o que resultou na recomposição da conta gráfica da recorrida e na apuração de imposto recolhido a menor.

Ocorre, no entanto, que o STJ, em caso similar, entendeu pela impossibilidade de adoção de tal procedimento pelo Estado de destino, considerando que a via adequada para o questionamento seria a ação direta de inconstitucionalidade em face das legislações dos Estados de origem:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO AO FORNECEDOR NA ORIGEM. PRETENSÃO DO ESTADO DE DESTINO DE LIMITAR O CREDITAMENTO DO IMPOSTO AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. LEI. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. O mandamus foi impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda, com o objetivo de afastar a exigência do Fisco de, com base no Decreto Estadual 4.504/04, limitar o creditamento de ICMS, em decorrência de incentivos ou benefícios fiscais concedidos pelo Estado de origem da mercadoria. Deve-se destacar que a discussão travada na lide não diz respeito à regularidade do crédito concedido na origem, mas à possibilidade de o ente estatal de destino obstar diretamente esse creditamento, atuando o contribuinte que agiu de acordo com a legislação do outro ente federativo.

2. Admite-se o mandado de segurança quando a impugnação não se dirige contra a lei em tese, mas contra os efeitos concretos derivados do ato normativo, o qual restringe o direito do contribuinte de efetuar o creditamento do ICMS.

3. Na hipótese, o Secretário de Estado da Fazenda possui legitimidade para figurar no feito, porquanto, nos termos do art. 22 da Lei Complementar Estadual nº 14/92, compete-lhe proceder à arrecadação e à fiscalização da receita tributária, atribuições que se relacionam diretamente com a finalidade buscada na ação mandamental.

4. O benefício de crédito presumido não impede o creditamento pela entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois tanto a CF/88 (art. 155, § 2º, II) quanto a LC 87/96 (art. 20, § 1º) somente restringem o direito de crédito quando há isenção ou nãocontribuição na entrada ou na saída, o que deve ser interpretado restritivamente. Dessa feita, o creditamento do ICMS em regime de não-cumulatividade prescinde do efetivo recolhimento na etapa anterior, bastando que haja a incidência tributária.



5. Se outro Estado da Federação concede benefícios fiscais de ICMS sem a observância das regras da LC 24/75 e sem autorização do CONFAZ, cabe ao Estado lesado obter junto ao Supremo, por meio de ADIn, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo de outro Estado - como aliás foi feito pelos Estados de São Paulo e Amazonas nos precedentes citados pela Ministra Eliana Calmon - e não simplesmente autuar os contribuintes sediados em seu território. Vide ainda: ADI 3312, Rel. Min. Eros Grau. DJ. 09.03.07 e ADI 3389/MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ. 23.06.06).

6. A compensação tributária submete-se ao princípio da legalidade estrita. Dessa feita, não havendo lei autorizativa editada pelo ente tributante, revelasse incabível a utilização desse instituto. Precedentes.

7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte. (RMS 31.714/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 19/09/2011)

O STF, a seu turno, reconheceu a repercussão geral da matéria aqui discutida:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. GUERRA FISCAL. CUMULATIVIDADE. ESTORNO DE CRÉDITOS POR INICIATIVA UNILATERAL DE ENTE FEDERADO. ESTORNO BASEADO EM PRETENSÃO CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL INVÁLIDO POR OUTRO ENTE FEDERADO. ARTS. 1º, 2º, 3º, 102 e 155, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 8º DA LC 24/1975. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. (RE 628075 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 13/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011)

Portanto, a priori, entendo incensurável a decisão liminar proferida pelo juízo de primeiro grau, vez que, não ficou demonstrado pelo agravante o fumus boni iures e o periculum in mora. Além do mais, a decisão do juiz é muito bem fundamentada, motivo pelo qual nego o pedido de efeito suspensivo pleiteado.

Ademais, de fato, não há risco de danos efetivos ao erário, pois caso o pedido veiculado na lide originária seja denegado, o agravante poderá cobrar o que lhe for devido, impondo-se mantida a decisão recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Belém, 14 de junho de 2018.

Des^a. NADJA NARA COBRA MEDA.

Relatora

