



2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 0011549-84.2016.8.14.0000

RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ

ADVOGADO: ELISIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS (PROCURADOR)

AGRAVADO: BR ELETRON PARA PRESTACIONAL LTDA EPP

ADVOGADO: JOSÉ FELIPE DE PAULA BASTOS JUNIOR

MINISTÉRIO PÚBLICO: PROC. MARIA DA CONCEIÇÃO MATTOS DE SOUZA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. AÇÃO DECLARATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ORDEM PARA RETIRADA DO NOME DA AGRAVADA DOS CADASTROS DE DEVEDORES DA DÍVIDA ATIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL PARA AVALIAR SE O AUTO DE INFRAÇÃO FISCAL GUARDA VINCULAÇÃO COM MERCADORIAS ALEGADAS COMO OBJETO DE CONTRATO DE COMODATO. AUSÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DO COMODATO. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. INEXISTÊNCIA DE SANÇÃO POLÍTICA NO REGISTRO DO NOME DA AGRAVADA NA DÍVIDA ATIVA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A DECISÃO.

1. Agravada que consta como comodataria em relação a Embratel para armazenar e distribuir mercadorias que se destinam a instalação de pontos de TV e internet por assinatura e ao mesmo tempo que entrega em comodato essas mercadorias e, ainda, recebe remuneração por serviços de instalação das mesmas mercadorias, pelo que se presume que o comodatário de fato seja o usuário/consumidor do sinal de TV/internet.

2. A circunstância que define – principalmente – o contrato de comodato, é a gratuidade do uso, ou seja, para configurar-se o comodato, é essencial que o uso da coisa seja gratuito.

3. Se por causa do uso a outra parte, em contrapartida, presta fato ou serviço, dá-se ocasião de celebrar-se outra modalidade de contrato, atípico, mas não comodato.

4. Dúvidas na relação jurídica que inviabiliza a caracterização da probabilidade do direito, portanto, prejudicada a antecipação de tutela.

5. Recurso conhecido e provido para reformar a decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e aprovados em Plenário Virtual os autos acima identificados, ACÓRDAM os Excelentíssimos Desembargadores que integram a 2ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO, na conformidade do Relatório e Voto, que passam a integrar o presente Acórdão.

Sessão de Julgamento presidida pela Exma. Desembargadora Nadja Nara Cobra Meda. Representou o Parquet a Exma. Procuradora Tereza Cristina Lima.

Belém, 25 de março de 2019.

DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO



Relatora

RELATÓRIO

Estado do Pará agrava contra decisão do juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal que deferiu tutela de urgência com fundamento nos artigos 300 e 301 do CPC/2015 para que a Fazenda Pública procedesse a imediata retirada do nome da empresa agravada BR ELETRON PARÁ PRESTACIONAL LTDA EPP dos cadastros de devedores da dívida ativa estadual, considerando para tanto que as operações havidas entre a agravada e a empresa EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES LTDA referiam-se a operações oriundas de comodato, modalidade contratual que não se sujeita a tributação de ICMS.

Irresignado o Estado do Pará afirma teratologia na decisão uma vez que o contrato utilizado como prova acerca do suposto comodato teria sido firmado com empresa diversa, no caso a SEGTELECOM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA, bem como foi apurado pelo Auditor Fiscal do Tesouro Estadual que embora o CNPJ das empresas BR ELETRON PARÁ e SEGTELECON tenham o mesmo número, em análise ao balanço patrimonial da empresa agravada, inexistente na sua contabilidade qualquer rubrica contábil que contemple a ocorrência de operações relativas a contrato de comodato (docs. Fls. 43/45).

Pede a suspensão da decisão agravada e o provimento do recurso para cassação definitiva.

Concedi o efeito suspensivo nos termos da decisão de fls. 88/89.

Contrarrrazões ao agravo de instrumento em fls.92/102 apontando essencialmente que SEGTELECOM COMERCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRONICOS LTDA EPP e BR ELETRON PARÁ PRESTACIONAL LTDA são razões sociais da mesma empresa adotadas em momentos distintos, pois ambas registram o mesmo nº do CNPJ, portanto o contrato de comodato seria regular e por isso a dívida tributária teria tido origem em auto de infração nulo pois as mercadorias que armazenava e distribuía eram de propriedade da EMBRATEL e não ensejariam cobrança de ICMS contra a agravada.

O Ministério Público se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls.248/250).

Interposto agravo interno da BR ELETRON em fls.251/258, pugnando a reforma da decisão monocrática sob os mesmos argumentos apresentados em contrarrrazões e que a inscrição do CNPJ da empresa no cadastro de devedores da dívida ativa estadual levaria a agravada a quebra, pois estaria impedida de emitir notas fiscais e realizar operações de crédito. Pede a reforma da decisão monocrática de fls.88/89.

Contrarrrazões ao agravo interno em fls.373/376, arguindo que não estão presentes os requisitos para a antecipação de tutela deferida no 1º grau, uma vez a auditoria contábil realizada pelo fisco estadual constatou a inexistência de operações resultantes do contrato de comodato no balanço patrimonial da empresa e que a lavratura do auto de infração fiscal se deu a partir de mercadorias que não fazem parte daquelas abrangidas no contrato



de comodato, e que isso não foi devidamente impugnado pela empresa. Pede a reforma definitiva da decisão agravada.
É o essencial a relatar. Passo ao voto.

VOTO

Tempestivo e adequado comporta provimento.

Considerando a razoável duração do processo e a instrução completa do agravo de instrumento, ei por julgá-lo nesta assentada e, por conseguinte, restará prejudicado o agravo interno.

Cumpra desde logo situar que a análise recursal ficará adstrita a possibilidade de antecipação de tutela em conformidade com os requisitos estabelecido pela lei processual e com os instrumentos de prova dispostos nos autos.

Nesse passo é necessário estabelecer logo agora uma premissa que será retomada mais adiante, qual seja: o comodato é negócio gratuito difere da doação, diante da temporariedade que lhe é ínsita, já que o bem infungível e inconsumível será objeto de restituição após determinado tempo de uso. Dessa gratuidade se infere ainda o caráter intuitu personae do comodato, tendo em vista que o comodante celebra o empréstimo em atenção às qualidades pessoais do comodatário. Por isso, não se transfere aos herdeiros, nem pode ser objeto de cessão sem o consentimento do comodante.

Vale ainda consignar que segundo a súmula 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.

Voltando aos fatos e provas, na decisão monocrática expus que haveria dúvida quanto a legitimidade da agravada no contrato de comodato uma vez que as razões sociais entre a autora da ação e a parte naquele contrato não correspondiam, bem como haveria dúvida quanto ao objeto do comodato.

Compulsando as notas fiscais de fls.198/236 observo que os itens descritos nas notas correspondem em sua maioria a: 1) Receptores e decodificadores de TV por assinatura; 2) antenas parabólicas; 3) conversores de baixo ruído; 4) conectores e cabos.

Colho uma dúvida já a partir deste ponto. Embora a agravada conste como comodatária no contrato de fls. 237/246, para armazenar e distribuir tais itens, me parece haver uma certa confusão, uma vez que se esses itens se destinam a instalação de pontos de TV e internet por assinatura, qual seria a natureza da agravada já que recebe em comodato os itens nos termos da cláusula 2 ao mesmo tempo que entrega em comodato nos termos da cláusula 10.26, e ainda recebe remuneração pelos serviços de instalação conforme Anexo I, quando se presume que o comodatário final seja o usuário/consumidor do sinal de TV/internet. Lembro novamente que a circunstância que define – principalmente – o contrato de comodato, distinguindo-o da locação, ou de outros contratos atípicos, é a gratuidade do uso, ou seja, para configurar-se o comodato, é essencial que o uso da coisa seja gratuito.

Se por causa do uso a outra parte, em contrapartida, presta fato ou serviço, dá-se ocasião de celebrar-se outra modalidade de contrato, atípico, mas



não comodato.

Então se considerarmos o consumidor final como verdadeiro comodatário nesse encadeamento contratual pois é aquele quem de fato vai usar o objeto do contrato, me parece que a agravada deveria constar como distribuidora ou prestadora de serviço, pelo que o regime de tributação deveria considerar outras variantes.

Outra dúvida a respeito é se seria possível a restituição de cabos e conectores depois de um certo tempo de uso, assegurando a fidelidade as características do comodato, já que o bem infungível e inconsumível será objeto de restituição após determinado tempo de uso.

Embora entenda que essas dúvidas já seriam suficientes para limitar a probabilidade do direito ínsita da tutela provisória, o que me parece um limitador determinante para o caso, é a informação da Fazenda Pública que teria procedido auditoria contábil e registrado a inexistência de qualquer referência a operações que guardem relação a contrato de comodato no balanço patrimonial da empresa, além do que a Fazenda Pública afirma que a lavratura do AINF se processou a partir de mercadorias alheias aquelas descritas no contrato de comodato.

Todas essas dúvidas são incompatíveis com a antecipação da tutela.

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória.

Noutra senda o fato de a agravada constar no cadastro de devedores da dívida ativa estadual, não constitui sansão política como quis fazer crer a agravada através de petição extemporânea em fls.378/391, pelo que desconsidero o argumento.

O fato é que em juízo maduro não vejo compatibilidade entre a probabilidade do direito e as provas apresentadas, principalmente em relação a possível utilização atípica do contrato de comodato como forma imprópria de elisão fiscal, de forma que entendo ausentes os requisitos para a tutela nos termos que foi deferida, e nesses termos estou por DAR PROVIMENTO ao recurso e reformar a decisão recorrida.

É como voto.

Belém (PA), 25 de março de 2019.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora