



2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
AGRAVO DE INSTRUMENTO
PROCESSO Nº: 0000511-80.2013.814.0000
AGRAVANTE: CESBE S/A Engenharia e Empreendimentos
ADVOGADO: Michelle Pinterich e Outros
AGRAVADO: Estado do Pará
PROCURADOR: Humbertus Fernandes Guimarães
RELATORA: Dra. Rosilene Maria da Costa Cunha

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES NÃO SATISFEITA DE PLANO. FATOS CONTROVERTIDOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não se pode reconhecer, de plano, cobrança indevida de diferencial de alíquota do ICMS, quando há indícios nos autos de que a empresa requerente, apesar de declarar-se como exclusivamente atuante no ramo da construção civil e, portanto, não contribuinte do ICMS, demonstra em seu Estatuto Social ter por objeto atuação mais abrangente, além de adquirir mercadorias e equipamentos, fabricados em Estado diverso do destinatário, utilizando-se de alíquota de ICMS diferenciada e própria de contribuinte do referido imposto, conforme definição em lei.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores componentes da 2ª Câmara Cível Isolada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento.

2ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará - 14 de setembro de 2015. Turma Julgadora: Doutora Rosileide Maria da Costa Cunha, Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro, Desembargador Roberto Gonçalves de Moura. Julgamento presidido pela Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro.

Belém/PA, 14 de setembro de 2015.

Dra. Rosileide Maria da Costa Cunha
Magistrada Relatora

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por CESBE S/A Engenharia e Empreendimentos, contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda da Capital, atual 3ª Vara de Execução Fiscal, que, nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal C/C Antecipação de Tutela, conheceu e deu provimento a Embargos de Declaração, indeferindo pedido de suspensão de crédito tributário feito pela ora agravante.

Aduz a agravante que é empresa prestadora de serviços de engenharia civil, tendo sido contratada pela EDP Energias do Brasil S/A e pela ECE Participações S/A para a construção da Usina Hidrelétrica (UHE) Santo Antônio do Jari, entre os



Estados do Pará e do Amapá; Que grande parte dos materiais e equipamentos para realização da obra são comprados nos Estados das regiões sul e sudeste do país e entregues na filial da CESBE no Estado do Pará; Que ajuizou a Ação Anulatória para que fossem cancelados os débitos resultantes de diferencial de alíquotas de ICMS que o Estado do Pará vinha lhe cobrando e para que o Estado do Pará se abstinhasse de apreender ou reter mercadorias do agravante em razão do não recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS; Que inicialmente a MM. Juíza a quo deferiu parcialmente a antecipação da tutela, somente no que tange à determinação de que o agravado não apreendesse ou retivesse mercadorias da agravante, decisão esta posteriormente revogada em juízo de retratação; Que como não teve o seu pedido de suspensão da exigibilidade dos débitos apreciado na decisão liminar, opôs embargos de declaração, que foram conhecidos e providos para sanar a omissão, mas foi-lhe negada a liminar requerida; Que em razão da decisão nos embargos, interpôs o presente recurso.

Argumenta que não lhe pode ser exigido o diferencial de alíquota, posto que não é contribuinte do ICMS, nos termos do art. 155 da CF, sendo tão somente destinatária final dos materiais e equipamentos.

Afirma ser assente na jurisprudência pátria que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, eis que não adquirem os produtos com intuito comercial de revenda, tão somente para aplicação nas obras a que se destinam.

Concluiu a agravante pedindo o provimento do presente recurso para que fosse reformada a decisão guerreada e determinada a suspensão da exigibilidade dos débitos de diferencial de alíquota do ICMS e a abstenção do agravado em lhe cobrar tais débitos.

Os autos foram distribuídos à relatoria da Desa. Helena Dornelles que, em decisão inicial, indeferiu o efeito suspensivo pleiteado (fls. 127-128).

O juiz a quo apresentou as informações de estilo, às fls. 253-254.

Instado a se manifestar, o agravado apresentou contrarrazões, às fls. 255-262, arguindo:

a) que embora a agravante sustente não ser contribuinte do ICMS e, por este motivo pode adquirir mercadorias de outros Estados com alíquota interna, junta aos autos notas fiscais que comprovam que a mesma realiza operações interestaduais com base em alíquotas de 7% e 12%, típicas de contribuintes do ICMS, nos termos da Legislação própria;

b) que o dispositivo constitucional que trata sobre o diferencial de alíquota (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII da CF), tem aplicação plena e observância imediata e obrigatória, significando que todo aquele que adquirir mercadorias com uma alíquota menor que a aplicada pelo consumidor final, deve recolher a diferença ao Estado onde se encontra localizado;

c) que apesar da agravante alegar ser inconstitucional e ilegal a cobrança do diferencial de alíquota, por ser empresa da construção civil, no entanto o art. 4º do seu Estatuto Social, que dispõe sobre seu objeto social, alarga em muito sua atuação para além de empresa da construção civil.

Remetidos os autos ao órgão ministerial, este eximiu-se de emitir parecer.

Com a aposentadoria da Desa. Helena Dornelles, coube-me a relatoria do feito, por redistribuição.

É o relatório.



VOTO

O recurso foi intentado no último dia do decêndio recursal, em 08.07.2013, portanto tempestivamente, considerando-se que da decisão nos Embargos de Declaração, que interrompera o prazo recursal, foi intimado o agravante no dia 28.06.2013.

Estando regular o processamento e preenchidos os requisitos de admissibilidade, previstos no artigo 525 do Código de Processo Civil, merece ser conhecido o Agravo de Instrumento. Passo à análise do mérito.

Ao propor a Ação Anulatória de Débito Fiscal C/C Antecipação de Tutela, o ora agravante concluiu fazendo 3 pedidos liminares:

- i. a suspensão da exigibilidade dos débitos de diferencial de alíquota de ICMS sobre si lançados perante a Receita Estadual;
- ii. a determinação de que o Estado do Pará se abstinhasse de praticar qualquer ato de cobrança do diferencial de alíquota de ICMS sobre as mercadorias por si compradas em outros Estados; e
- iii. a determinação de que o Estado do Pará se abstinhasse de praticar qualquer ato de apreensão ou retenção de mercadorias suas, em razão do não recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS.

Ao apreciar o pedido inicial, a MM. Juíza de 1º Grau antecipou parcialmente a tutela em relação ao item III do pedido inicial, acrescentando a determinação de que fosse liberadas as mercadorias e equipamentos descritos no Termo de Apreensão e Depósito nº 352012390012411.

Dessa decisão, as partes manifestaram-se concomitante e diferencialmente: o Estado do Pará agravou e a CESBE embargou, arguindo omissão na decisão quanto à apreciação do restante do pedido liminar.

Após a interposição do Agravo de Instrumento, que recebeu o nº 000173-09.2013.814.0000 e teve como relatora a Exma. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro, o julgador de piso, valendo-se do Juízo de Retratação, reformou a decisão anterior e negou por completo a antecipação da tutela. Por vias de consequência, a peça recursal foi julgada prejudicada, negando-se-lhe seguimento nos termos do art. 557 do CPC.

Da reconsideração, a CESBE interpôs o Agravo de Instrumento nº 0000341-11.2013.814.0000, que também foi relatado pela Exma. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. O pedido desse Agravo era somente em relação ao que havia sido reconsiderado, ou seja, a determinação para que o Estado do Pará se abstinhasse de apreender ou reter mercadorias da agravante, em razão do não pagamento do diferencial de alíquota do ICMS. A decisão desta Colenda Câmara Cível Isolada, que já transitou em julgado, foi pelo improvido do recurso.



Quanto aos Embargos de Declaração, a MM. Juíza a quo julgou-os procedentes para suprir a omissão em relação ao pedido de suspensão de exigibilidade de crédito tributário referente aos débitos vencidos e vincendos de diferencial de alíquota do ICMS, mas indeferiu o pedido de tutela antecipada em relação a esse ponto.

Contra essa decisão foi interposto o presente Agravo de Instrumento, através do qual o agravante objetiva que lhe seja concedido a antecipação da tutela para determinar ao Estado do Pará a suspensão da exigibilidade dos débitos de diferencial de alíquota de ICMS e a abstenção de cobrar tais débitos.

Como a decisão agravada refere-se tão somente ao pedido de suspensão de exigibilidade de crédito tributário pelos débitos de diferencial de alíquota do ICMS, e considerando que sobre o pedido de que o Estado do Pará se abstivesse de cobrar os débitos por diferencial de alíquota do ICMS já houve julgamento, através do Agravo de Instrumento n° 0000341-11.2013.814.0000, entendo que esta peça recursal sirva para atacar apenas o primeiro ponto, ou seja, o pedido de suspensão de exigibilidade de crédito tributário pelos débitos de diferencial de alíquota do ICMS.

O cerne da questão gira em torno do preenchimento dos requisitos para a antecipação da tutela nos autos originários.

A decisão guerreada restou assim consignada, em sua parte decisiva:

(...) Analisados, constata-se que os embargos devem ser conhecidos e parcialmente providos, posto que ausente na decisão do evento 13, a análise da suspensão da exigibilidade dos débitos vencidos e vincendos do diferencial de alíquota de ICMS. Assim, para suprir a omissão alegada, passo a sua análise nos seguintes termos: Quanto à suspensão do crédito tributário, no caso específico dos autos, numa análise superficial, entendo não subsistir prova inequívoca tendente a formar convicção do juízo quanto à verossimilhança das alegações da Requerente ou do dano alegado. Ademais, os fatos tornaram-se controversos diante da contestação do Estado, alegando que a empresa recolhe imposto como se fosse contribuinte de ICMS, recolhendo alíquotas interestaduais no Estado de origem da mercadoria, conforme faz prova as próprias Notas Fiscais juntadas aos autos pela Requerente. Diante dito, há necessidade de dilação probatória para que o juízo estabeleça seu convencimento, o que não é possível nessa fase processual. Assim, conheço dos embargos, na forma do art. 535, II do Código de Processo Civil, e dou-lhes provimento para suprir a omissão apresentando a manifestação necessária ao indeferimento do pedido de suspensão de crédito tributário. Intimem-se.

A base da argumentação da agravante, para defender que não lhe seja cobrado o diferencial de alíquota do ICMS, é não ser contribuinte do ICMS, nos termos legais, em razão de sua natureza como empresa da construção civil e, portanto, não lhe ser exigido a alíquota interestadual e sim a alíquota interna.

Vale lembrar que alíquota interna é aquela adotada para operações dentro de determinado Estado da Federação; já a alíquota interestadual é para operações em que a produção é feita em um determinado Estado, mas o destinatário final está em outro Estado.

Com a nova redação dada ao art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional n° 87/2015, passou a ser indiferente a condição de contribuinte ou não do ICMS, pois para ambos é adotada a alíquota interestadual.

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

(...)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 87/2015).



a) (revogada): (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015)

b) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015)

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87/2015)

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87/2015)

Desta forma, não assistiria razão à agravante em pleitear a antecipação da tutela nos termos em que fez, posto que, pela inteligência do artigo precedente, é devida a cobrança, pelo agravado, do diferencial de alíquota do ICMS referente às mercadorias e equipamentos da agravante adquiridas em outro Estado e que tenham como destinatário final a filial da empresa no Estado do Pará.

No entanto, como o fato gerador e a decisão atacada deram-se ainda na vigência da redação anterior do citado artigo constitucional, vale analisá-la sob esse prisma, para dirimir quaisquer dúvidas sob a pertinência da fundamentação da decisão agravada.

Em suas contrarrazões, o agravado indica que a agravante, a despeito de se definir como não contribuinte do ICMS, ao realizar operações interestaduais o faz com base em alíquotas reduzidas (7% a 12%), que são alíquotas permitidas legalmente para os comerciantes contribuintes do ICMS, fato atestado em suas notas fiscais juntadas aos autos (fls. 62 a 64). Da mesma forma, apesar de se definir como uma empresa de construção civil, sem intuito comercial nas mercadorias e equipamentos adquiridos, no entanto o art. 4º do Estatuto Social da agravada (fls. 48 dos autos), que dispõe sobre seu objeto, demonstra que ela não realiza uma atividade de pertinência exclusiva a serviços e enquadrável apenas no ramo da construção civil.

Com efeito, as ponderações do agravado suscitam de forma relevante a controvérsia e maculam a verossimilhança da afirmação do agravante de não ser devedor do diferencial de alíquota do ICMS.

Tais argumentações foram levadas ao Juízo a quo, em contestação, e fundamentaram a decisão expressa nos Embargos de Declaração, que destacou a controvérsia dos fatos, instaurada com a manifestação do requerido, ora agravado, e da necessidade de dilação probatória para a formação de um convencimento justo.

Imprescindível para a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, a verossimilhança das alegações restou prejudicada na ação principal.

Sobre o tema, colaciono jurisprudência dos nossos tribunais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - ICMS ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - impossibilidade ausência dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, inaudita altera parte não restou evidenciada a verossimilhança do direito deduzido em Juízo (fumus boni iuris) inteligência do art. 273, do CPC decisão mantida. Recurso não provido.

(TJ-SP - AI: 01586717320138260000 SP 0158671-73.2013.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 16/09/2013, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/09/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL. As medidas antecipatórias, nos termos do art. 273 do CPC, exigem o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora) e a prova



verossímil, em que o direito da parte seja vislumbrado de plano (fumus boni iuris). No caso, não preenchidos tais requisitos. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. Verificada a ocorrência do fato gerador, é dever da autoridade tributária, por imposição do artigo 142, único, do CTN, efetuar os lançamentos e anotar os respectivos débitos na conta fiscal do contribuinte. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Agravo de Instrumento N° 70052839131, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 10/01/2013)

(TJ-RS - AI: 70052839131 RS , Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 10/01/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/01/2013)

Considerando-se que são pertinentes os fundamentos da decisão que proveu os Embargos de Declaração para aclarar omissão e decidiu por negar a antecipação da tutela em relação ao pedido de suspensão de exigibilidade de crédito tributário pelos débitos de diferencial de alíquota do ICMS, entendo que deve ser desprovido a presente peça recursal.

Ante o exposto, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao presente Agravo de Instrumento, mantendo a decisão guerreada em todos os seus termos.

É como voto.

Belém/PA, 14 de setembro de 2015.

Dra. Rosileide Maria da Costa Cunha
Magistrada Relatora