



ACÓRDÃO Nº: DJ:
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0012567-43.2016.814.0000
COMARCA DE BELÉM/PA
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR: MARCUS VINICIUS NERY LOBATO – OAB/PA Nº 9.124
AGRAVADO: BELO MONTE TRANSMISSORA DE ENERGIA SPE S/A
ADVOGADO: ALESSANDRO MENDES CARDOSO – OAB/MG 76.714
RELATORA: DESEMBARGADORA EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A IMEDIATA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS CREDITOS TRIBUTÁRIOS RELATIVOS AO ICMS DIFAL (DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS) CALCULADOS NA FORMA PREVISTA NOS ART. 6º E 7º DA LEI Nº 8.315/15. APARENTE DIVERGÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DIFAL ESTABELECIDADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 – LEI KANDIR (QUE DISPOE SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL, E DE COMUNICAÇÃO), E ULTERIOR NORMA ESTADUAL LEI Nº 8.315/15 (QUE DISPOE SOBRE A EXIGENCIA DO IMPOSTO – ICMS, CORRESPONDENTE À DIFERENÇA INTERNA E INTERESTADUAL NAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS QUE DESTINEM BENS E SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL, CONTRIBUINTE OU NÃO DO IMPOSTO). AUSÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS A SUSPENDER OS EFEITOS DA DECISÃO A QUO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0012567-43.2016.814.0000 da Comarca de Belém/PA.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 1ª Turma de direito público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, para manter a sentença a quo, nos termos do voto da relatora.

Belém (Pa), 29 de junho de 2017.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, interposto pelo ESTADO DO PARÁ – FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal da Comarca da Capital que, nos autos da Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada (proc. nº 0440698-30.2016.8.14.0301), movida por BELO MONTE TRANSMISSORA DE ENERGIA SPE S/A, deferiu a tutela antecipada requerida, a fim de suspender a exigibilidade dos créditos tributários relativos ao DIFAL, calculado na forma prevista pelos arts 6º e 7º da Lei nº 8.315/15.

Na origem, narra a inicial terem as partes firmado contrato de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica para construção, operação e manutenção das instalações de transmissão, em consequência ao Leilão nº 11/2013-ANEEL.



Para implemento das disposições contratuais, a Autora/Agravada realiza aquisições interestaduais de bens de uso e consumo sujeitas à incidência de ICMS DIFAL (diferencial de alíquotas), previsto no artigo 155, §2º, VII e VIII da Constituição Federal, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 87/2015.

Diante disso, foi publicado o Convênio ICMS 93/2015 de 17.09.2015, determinando a base de cálculo incidente do DIFAL.

Todavia, objetivando internalizar a regra constitucional, o Estado do Pará editou a Lei Estadual nº 8.315 de 03.12.2015, disciplinando a cobrança do ICMS. E com a nova legislação, passou a considerar como base de cálculo valor diverso do valor da operação anteriormente adotado.

Deste modo, a demandante, partindo do princípio de que a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir – que dispõe sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) não autoriza bases de cálculo distintas para uma única operação interestadual, requereu ao juízo a quo tutela antecipada para suspender a exigibilidade dos créditos tributários, relativos ao DIFAL, nos moldes da Lei Estadual nº 8.315/2015, sendo reconhecido o direito em continuar recolhendo o imposto pela sistemática anterior, de modo que tal medida não constitua óbices à sua regularidade fiscal ou enseje a sua inclusão nos cadastros de inadimplência.

O juízo monocrático, assistindo razão ao Autor, concedeu a tutela requerida.

Contra esta decisão foi interposto o presente Agravo de Instrumento, aduzindo que a decisão agravada vai de encontro ao sistema positivo vigente e contraria os ditames do Estado Democrático de Direito, uma vez que há a presunção de constitucionalidade da Lei Estadual. Nestes termos, requereu a concessão de tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão agravada, e ao fim, o provimento do presente recurso caçando a liminar concedida em favor do Autor/Agravado.

Em sede de cognição sumária, deneguei a tutela postulada ante a adequada fundamentação da decisão atacada e ausência dos requisitos permissivos da medida. (fls. 100/101)

Apresentadas contrarrazões (fls.104/111), a agravada refutou as razões recursais do recorrente em todos os seus termos, pugnando a manutenção da sentença atacada.

Após, instado a se manifestar, o custos legis de 2º grau, o representante ministerial opinou pelo conhecimento e improvimento do presente Agravo de Instrumento.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, esclareço que o ICMS é parte das obrigações tributárias de qualquer empresa do regime normal, seja ela, pequena, média ou de grande porte, cuja cobrança é realizada individualmente por cada estado. Devido às características de cada lugar, as transações interestaduais precisam ser acompanhadas, principalmente quando há diferença entre alíquotas. É exatamente nesse ponto que merece destaque o cálculo do diferencial de alíquota. Todos os contribuintes são obrigados a recolher o ICMS relativo à diferença existente entre a alíquota praticada no estado de



origem e a alíquota interestadual.

É comum entre as empresas adquirir bens ou mercadorias de outros estados, mas normalmente isso gera uma diferença de tarifa cobrada no ICMS, que varia de estado para estado, já que cada um possui suas próprias características de cobrança. O Diferencial de Alíquota, popularmente conhecido como DIFAL, nada mais é do que a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual do ICMS. Ou seja, é um procedimento que deve ser adotado sempre que uma empresa faz uma aquisição em outro estado para uso e consumo, ou mesmo para integrar o ativo imobilizado da empresa.

Suponha-se que uma determinada mercadoria é mais barata em outro estado em comparação com aquele que você reside, devido ao ICMS ser menor. Nesse caso, o DIFAL teria o objetivo de equilibrar os valores entre estados e nivelar a competitividade.

Com efeito, antes da EC 87/2015, sobre estas operações, era aplicada a alíquota interna do Estado de origem, sendo o imposto recolhido integralmente para esta unidade da Federação. Após a EC 87/2015, uma parcela do ICMS incidente sobre estas vendas passou a ser devida para o Estado de destino da mercadoria.

Em outras palavras, o ICMS incidente sobre estas operações passou a ser dividido entre a unidade federada de origem (alíquota interestadual sobre o valor da operação) e o Estado de destino (diferença entre a alíquota interna no destino e a alíquota interestadual, sobre o valor da operação).

Diante disso, foi publicado o Convênio ICMS 93/2015 (em vigor a partir de 01/01/2016), dispondo sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços ao consumidor final não contribuinte do ICMS. Com o referido, ficou estabelecido que para o cálculo do DIFAL (diferencial de alíquotas), nestes casos de operações com não contribuintes, deve ser considerada a base de cálculo indicada na nota fiscal com o valor da operação, e que serviu de base para a apuração do ICMS incidente na operação interestadual, senão vejamos:

CONVÊNIO ICMS 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015 (Dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.)

Cláusula primeira - Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio.

Cláusula segunda - Nas operações e prestações de serviço de que trata este convênio, o contribuinte que as realizar deve:

I - se remetente do bem:

- a) utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação;
- b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;
- c) recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea a e o calculado na forma da alínea b;

II - se prestador de serviço:

- a) utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na prestação;
- b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a prestação, para o cálculo do imposto



devido à unidade federada de origem;

c) recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea a e o calculado na forma da alínea b.

§ 1º A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (grifo meu)

Ocorre que, com o objetivo de internalizar a nova regra constitucional, o Estado do Pará editou a Lei Estadual nº 8.315 de 03/12/2015 (publicada em 04/12/2015) que passou a disciplinar a cobrança do ICMS a consumidor final contribuinte ou não do imposto, nos termos do art. 1º, in verbis:

Art. 1º Esta Lei disciplina, nos termos dos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, a exigência do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto. (grifo meu)

E assim, passou a prever outra base de cálculo para as referidas operações:

Art. 6º O montante do próprio imposto integra sua base de cálculo. Art. 7º Para os efeitos desta Lei, no cálculo do valor do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devido a este Estado, será observado o seguinte: I - da base de cálculo será excluída a parcela relativa ao próprio imposto, apurado com a aplicação da alíquota interestadual; II - ao valor obtido na forma do inciso I, observado o disposto no art. 6º, será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna deste Estado, estabelecida para a mercadoria, bem ou serviço; III - sobre o valor obtido na forma do inciso II será aplicada a alíquota interna estabelecida para a mercadoria, bem ou serviço; IV - o valor imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma do inciso III e a parcela relativa ao imposto de que trata o inciso I. (grifo meu)

In casu, o Autor/Agravado manejou Ação Ordinária com pedido de tutela provisória, visando discutir tão somente a sistemática de cálculo do DIFAL no caso de venda interestadual para contribuintes do ICMS, posto que a teor da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) não autorizaria bases de cálculo distintas para uma mesma operação interestadual.

O juízo monocrático, assistindo razão ao requerente, concedeu a tutela requerida.

Destarte, no presente Agravo de Instrumento cabe apenas a análise de assertividade do juízo a quo em conceder a tutela pretendida, levando-se em consideração as provas carreadas aos autos e o cuidado para não se enfrentar matéria ainda pendente de análise acurada pela instância de origem.

Desta feita, conforme todo o relatado, e em consonância com o conteúdo normativo colacionado ao norte, percebe-se escoreita a decisão de piso, uma vez que há aparente divergência entre legislação estadual e o disposto na Constituição Federal, senão vejamos: Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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;

(...)

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



(...)

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;

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:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifo meu)

Não obstante, de acordo com a norma supracitada, cabe à Lei Complementar dispor sobre a base de cálculo do ICMS. Neste sentido, colaciono o disposto no art. 13, § 1º da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir – que dispõe sobre operação relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação):

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I – na saída de mercadoria prevista nos incisos, I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

- a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;
- b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Partindo deste entendimento, trazendo para o caso concreto, quando ocorre uma venda interestadual de um bem do ativo ou de uso e consumo do contribuinte do ICMS, o vendedor indica na nota fiscal o valor da operação, o que contempla o ICMS por dentro (incluindo-o em sua própria base de cálculo), considerando a alíquota interestadual. Assim, qualquer exigência que determine o cálculo do DIFAL partindo de um valor distinto do valor da operação indicado na nota fiscal (que já contém o ICMS por dentro, considerando a alíquota interestadual), aparentemente conflitaria com a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir).

Ante tais considerações, não vejo amparo à pretensão do Agravante em reformar a decisão de piso, uma vez que esta foi proferida em consonância com o conteúdo normativo vigente em nosso ordenamento jurídico.

Pelo exposto, CONHEÇO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, PORÉM, NEGOLHE PROVIMENTO, para manter a decisão a quo nos limites da fundamentação lançada, que passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse totalmente transcrita.

É como voto.

P. R. I.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº



3731/2015-GP.

Belém (Pa), 29 de junho de 2017.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora