

Ação anulatória de débito fiscal - Empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina - Divergência sobre a incidência de imposto - ICMS/ISSQN - Antecipação dos efeitos da tutela - Requisitos demonstrados - Deferimento

Ementa: Agravo de instrumento. Ação anulatória de débito fiscal. Empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina. Divergência sobre a incidência de imposto. ICMS/ISSQN. Antecipação dos efeitos da tutela. Requisitos demonstrados. Decisão mantida.

- É de manter a decisão que deferiu a tutela antecipada na ação anulatória que pretendeu a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, existindo controvérsia fundada a respeito da incidência do ISSQN em relação à empresa que tem por objeto social a fabricação de artefatos de papelão e cartolina, demonstrando a parte autora a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade à aceitação do requerimento, na forma do art. 273 do Estatuto Processual, e o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.12.244691-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravado: Cartonagem Triângulo Ltda. - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2012. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, reunidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Belo Horizonte contra a decisão de primeiro grau de f. 24/26-TJ que, nos autos da "ação anulatória de débito fiscal com pedido de antecipação dos efeitos da tutela" que lhe move Cartonagem Triângulo Ltda., deferiu a medida liminar "para suspender a exigibilidade do crédito tributário de ISSQN, sob o entendimento de que não incide esse tributo em razão da industrialização de embalagens personalizadas, determinando que se expeça certidão positiva com efeito negativo até o trânsito em julgado e que se abstenha da prática de qualquer ato de satisfação do crédito tributário".

Asseverou o recorrente, em síntese, a ausência de receio de dano e da verossimilhança das alegações da autora, pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4389/DF, concedeu medida cautelar com efeitos *ex nunc*, bem como pelo fato de que os serviços prestados pela empresa estão previstos na lista de serviços anexa à LC 116/2003 e DL 406/68, aduzindo ser irrelevante que a atividade principal seja o fornecimento de embalagens.

Requeru o provimento do recurso “para que seja cassada a tutela antecipada”, com o deferimento de efeito suspensivo.

Às f. 190/192, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta apresentada às f. 197/205.

Informações à f. 208.

Revelam os autos que Cartonagem Triângulo Ltda. ajuizou “ação anulatória de débito fiscal com pedido de antecipação dos efeitos da tutela” contra o Município de Belo Horizonte (f. 25/42), afirmando que “fabrica e comercializa produtos em papel, cartolina, papelão e afins, especialmente destinados à embalagem de outros produtos”, encontrando-se inscrita “como contribuinte do imposto relativo à operação de circulação de mercadorias (ICMS)” (f. 30), mas que foi autuada por deixar de recolher o ISSQN, entendendo não se enquadrar no item 13.05 da lista de serviços contida na Lei Complementar nº 116/2003, requerendo “seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela, *inaudita altera parte*, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário objeto do Processo Tributário Administrativo nº 01.017239.06.96” (f. 40).

O Magistrado de primeiro grau deferiu a pretensão da autora (f. 24/26), ao fundamento de que “a situação destes autos é diversa daquela prevista na Súmula 156 do STJ, porque, no caso dos autos, a atividade-fim é a confecção das embalagens, de modo que a personalização das embalagens constitui atividade-meio para a consecução da finalidade, que é a industrialização da mercadoria comercializada, sujeita a ICMS”, o que ensejou a presente irresignação.

O objeto de análise do presente recurso deve-se ater à ocorrência dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada.

Nesse mister, impende salientar que o art. 273, I e II, do Código de Processo Civil determina que

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

Preleciona Ernane Fidélis dos Santos sobre o assunto:

As condições gerais da antecipação, na lei brasileira, são a existência de prova inequívoca e convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, isto é, da procedência do que se pede. Quanto ao aspecto lógico, parece haver contradição porque, se verossimilhança não é o que é verdadeiro, mas o que parece ser verdadeiro (vero = verdade, similhaça = semelhante, parecido), não há como considerar-se em tal consequência a infeciosidade da prova. [...] verossimilhança é conceito puramente objetivo, servindo apenas para indicar o que, em dado momento, é apenas parecido com a verdade, na impossibilidade de ser considerada definitiva.

Neste caso, se existem motivos maiores para se crer e motivos para não se crer, o fato será simplesmente possível; se os motivos para se crer são maiores, o fato já será provável; se todos os motivos são para se crer, sem nenhum para não se crer, o fato será de probabilidade máxima. Verossimilhança, pois, e prova inequívoca são conceitos que se completam exatamente para informar que a antecipação da tutela só pode ocorrer na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a certeza, ainda que provisória, revelada por fundamentação fática, onde presentes estão apenas motivos positivos de crença (*Novos perfis do processo civil brasileiro*, p. 30).

Nesse sentido têm sido as decisões dos tribunais pátrios, como a apontada a seguir:

Segundo estipula o inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada, além da existência da prova inequívoca, que, evidentemente, deve ser prova escrita, só pode ser concedida se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (Agravamento de Instrumento nº 465.442, TASP, Rel. Juiz Pereira Calças, 5ª Câmara Cível, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CDROM nº 08).

Há de se considerar que a segurança do ordenamento jurídico exige, de modo inafastável, o respeito às condições que foram erigidas pela legislação processual civil como requisitos básicos à concessão da tutela antecipada, sendo tal procedimento *conditio sine qua non* para a eficácia do instrumento processual em tese.

Em relação à segurança da outorga dessa medida, esclarece Carreira Alvim que deverá haver,

de um lado, postulações responsáveis, e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável. Sim, porque as modernas conquistas processuais, ante a ausência de informações sobre a fisionomia dos novos institutos, são muitas vezes deturpadas, na prática, pela sua má utilização pelos advogados das partes, quando não permanecem no papel, por não encontrarem juízes dispostos a aplicá-los (*A antecipação de tutela na reforma processual*, p. 22-23).

Conclusão óbvia a de que, para o deferimento do pedido de antecipação de tutela, é mister que estejam presentes elementos probatórios que evidenciem a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade à aceitação da proposição aviada, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo que, *in casu*, se está a discutir se acertado o *decisum* monocrático que deferiu a antecipatória requerida pela agravada nos autos da ação anulatória.

Extrai-se dos autos que a empresa autora tem por objeto social “o ramo de indústria de artefatos de papelão e cartolina” (f. 44), apresentando como atividade econômica principal, consoante inscrição perante a Receita Federal, “fabricação de produtos de pastas celulósicas de papel, cartolina, papel-cartão e papelão ondulado não especificados anteriormente” (f. 49), tendo a Prefeitura Municipal apurado o recolhimento do imposto inadequado (f. 52), por considerar a contribuinte sujeita ao ISSQN, e não ao ICMS.

Isso posto, foi lavrado auto de infração, intimando a contribuinte a recolher a importância de R\$ 338.946,31 (trezentos e trinta e oito mil novecentos e quarenta e seis reais e trinta e um centavos), por dívida de ISSQN no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004 (f. 69/70), com posterior emissão de guia de recolhimento, no montante atualizado de R\$ 575.240,29 (quinhentos e setenta e cinco mil duzentos e quarenta reais e vinte e nove centavos) (f. 82), constando, a propósito, da decisão proferida pela Junta de Recursos Fiscais da Secretaria Municipal Adjunta de Arrecadações que (f. 58/65):

[...] apesar de o recorrente insistir que sua atividade se enquadra como etapa da industrialização, passível de aplicação do ICMS, e que a destinação do serviço não é para consumidor final, a legislação municipal aponta um caminho diferente.

[...] Por conseguinte, na saída de mercadorias com prestação de serviços, nos casos que a lei não faz a ressalva da incidência do ICMS, tem-se configurada a hipótese de incidência do ISSQN, cuja base de cálculo é o valor da operação, e inclui, portanto, o valor das mercadorias. A lei complementar, com fundamento no art. 146, inciso I, da Constituição da República, buscando evitar conflito de competência entre Municípios e Estados, determina a incidência do imposto municipal, afastando o estadual. Por conseguinte, tanto a legislação municipal quanto a estadual delimitam claramente a competência tributária de ambos os entes públicos, determinando a incidência do ISSQN sobre a confecção de produtos para os usuários finais e a incidência do ICMS sobre a confecção de produtos como etapa do processo de sua industrialização e/ou comercialização.

No caso, trata-se então de prestação de serviço especificado em Lista de Serviços do Decreto-lei nº 406/68 e da Lei Complementar nº 116/03, das Leis Municipais nº 5.641/89 e 8.275/03, portanto compreendido na competência tributária do Município, ainda que envolva fornecimento de mercadoria, de forma que só cabe a incidência do ISS (f. 62/63).

Não obstante, consoante informação da agravada,

é contratada por empresas comerciais e industriais para fornecer embalagens, como parte integrante do processo produtivo das mercadorias, que serão depois distribuídas no mercado. Na maior parte das embalagens fornecidas, a pedido do cliente, a agravada personaliza os produtos com a inserção de logomarca, cores e demais caracteres e informações solicitados; contudo, isso não modifica a natureza do contrato, tampouco desnaturaliza a atividade exercida pela

empresa. A inserção de logomarca e outros dados solicitados não descaracteriza a obrigação de dar, representada pela fabricação e comercialização das embalagens. O cliente da autora não contrata serviços gráficos, mas sim o fornecimento de embalagens (f. 200).

Feitas essas considerações, ainda que a matéria em debate seja bastante controvertida, verifico a verossimilhança das alegações da autora, pelo próprio objeto desenvolvido e consolidado em contrato social, denotando que a empresa é contribuinte do imposto relativo à circulação de mercadorias e serviços (ICMS), de competência estadual, e não do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), de competência municipal, tendo decidido o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4389 MC/DF, em 13.04.2011, que:

Ementa: Constitucional. Tributário. Conflito entre imposto sobre serviços de qualquer natureza e imposto sobre operação de circulação de mercadorias e de serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual. Produção de embalagens sob encomenda para posterior industrialização (serviços gráficos). Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada para dar interpretação conforme a do art. 1º, caput e § 2º, da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da Lista de Serviços anexa. Fixação da incidência do ICMS e não do ISS. Medida cautelar deferida. - Até o julgamento final e com eficácia apenas para o futuro (*ex nunc*), concede-se medida cautelar para interpretar o art. 1º, caput e § 2º, da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa, para reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS (ADI 4389 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 13.04.2011, Processo Eletrônico DJe-098, div. em 24.05.2011, pub. em 25.05.2011, RDDT nº 191, 2011, p. 196-206; RT v. 100, nº 912, 2011, p. 488-505).

Não se olvida que a medida cautelar foi concedida com efeitos *ex nunc*; todavia, entendo, neste juízo perfunctório, que se mostra verossímil a assertiva da empresa de não se enquadrar no item 13.05 previsto na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que faz menção aos serviços de composição gráfica, fotocomposição, clichê, zincografia, litografia e fotolitografia, na esteira do item 77 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, devendo ser mantida, portanto, a decisão que deferiu a antecipação da tutela, decorrendo o fundado receio de dano da inviabilidade de renovação de certidão de regularidade fiscal, prejudicando o regular funcionamento da empresa, além do ajuizamento de execução fiscal informado em contraminuta (f. 203).

Logo, existindo controvérsia fundada a respeito da incidência do ISSQN e da incidência da Súmula nº 156 do STJ, segundo a qual “a prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS”, havendo entendimentos respeitáveis que privilegiam o serviço prestado de forma predo-

minante, enfatizando a atividade-fim, em detrimento da atividade-meio, revela-se prudente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a expedição de certidão positiva com efeito negativo e a abstenção da prática, pelo agravante, de atos de satisfação do crédito tributário, como determinou o Julgador.

Dessarte, demonstrando a agravada o cumprimento de ambos os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC, o desprovimento do recurso é medida de rigor, tendo decidido esta Corte de Justiça, nos autos de outra ação anulatória de débito fiscal questionando a incidência do ISSQN:

EMENTA: Agravo de instrumento. Ação anulatória de débito fiscal. Tutela antecipada. Verossimilhança. Perigo de dano incerto e de difícil reparação. Requisitos do art. 273 do CPC. Presença. - Conforme dispõe o art. 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada, necessária é a existência de prova inequívoca para o convencimento da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou a manifesta intenção de protelar (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0596.08.051597-3/001 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Agravante: Município de Santa Rita Sapucaí - Agravada: Eletronicpell Ind. Com. Embalagens Circuitos Gerenciamentos Resíduos Ind. Ltda. - Rel. Des. Eduardo Andrade).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada.

Custas recursais, pelo agravante, isento na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.