



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Primeira Câmara Cível
Gabinete do Desembargador Otávio Rodrigues

Apelação Cível nº: 0345535-46.2015.8.19.0001

Apelante 1: Município do Rio de Janeiro

Apelante 2: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A

Apelados: Os Mesmos

Relator: Desembargador Otávio Rodrigues

Apelação Cível. ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) sobre serviços de transporte ferroviário intermunicipal prestado pela Supervia. Alegação da Supervia de tributação indevida, por se tratar de serviços prestados no Município e também fora do âmbito do Município do Rio de Janeiro, bem como a inconstitucionalidade da multa penal aplicada, de 250%, em razão do recolhimento, fora prazo legal, do ISS retido relativo aos terceiros prestadores de serviços localizados fora do Município. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para afastar a incidência de ISSQN sobre a prestação de serviços de transporte coletivo ferroviário intermunicipal de passageiros, prestado pela autora por força do contrato de concessão celebrado com o Estado do Rio de Janeiro, mantendo a validade do item "2" da referida autuação (multa penal de 250%). Recursos de Apelação Cível. **MANUTENÇÃO**, pois ilegal a cobrança de ISSQN sobre o serviço de transporte ferroviário intermunicipal de passageiros cobrado pelo Município de Rio de Janeiro, uma vez que o serviço prestado pela Supervia abrange não somente do Município do Rio de Janeiro, mas também as cidades em seu entorno, sendo explorado por força do contrato de concessão celebrado com o Estado do Rio de Janeiro e já tributado pelo ICMS, por se tratar de prestação de serviço de transporte intermunicipal, não incidindo, portanto, o ISS, conforme previsto em nossa Constituição Federal, em seus artigos 155, II e 156, III. Parecer do próprio Procurador da Fazenda Municipal nesse sentido. Julgado do STJ a respeito. Denúncia espontânea não configurada, diante da demonstração pelo Município de que a autora foi intimada, mas não comprovou o recolhimento do ISS retido de prestadores de serviços localizados fora do Município. Validade da multa penal aplicada, ante a infração cometida pela autora, ao reter valores de ISS devido por prestadores de serviços à Supervia (localizados fora do Município), sem efetuar o devido recolhimento aos cofres públicos no prazo legal. **DESPROVIMENTO DOS RECURSOS**.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 02

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº **0345535-46.2015.8.19.0001**, em que são Apelantes **Município do Rio de Janeiro e Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A** e Apelados **Os Mesmos**.

A C O R D A M os Desembargadores da *Décima Câmara Primeira Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, por unanimidade, em ***NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS***, na forma do voto do Relator.

Relatório às fls.

A decisão monocrática deu adequada solução ao litígio e merece ser adotada na forma regimental.

Trata-se de ação proposta pela Supervia, em face do Município do Rio de Janeiro, alegando que é titular dos direitos de exploração dos serviços públicos de transporte ferroviário intermunicipal de passageiros, em razão de contrato de concessão celebrado com o Estado do Rio de Janeiro.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 03

Esclarece que sempre esteve sujeita ao Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias - ICMS, devido ao Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 155, II da CF/88, do art. 20, II, da LC n.87/96 e do Convênio n. 04/98.

Contudo, o Município do Rio de Janeiro lavrou em 25/03/2008, o Auto de Infração n. 107.614/2008, dando origem ao processo administrativo 04/353.218/2008, exigindo da Supervia (I) “ISS devido pelos serviços prestados de transporte (ferroviário) municipal de passageiros, no período de março de 2004 a abril de 2007”, acrescido multa de 100% sobre o imposto arbitrado e (II) multa de 250% em função de suposto atraso no recolhimento de ISS, incidente sobre outras operações, nas quais a autora figurava como responsável tributária.

Prossegue dizendo que a Procuradoria do Município, ao analisar o recurso administrativo interposto pela Supervia, deu parecer pelo cancelamento parcial do auto de infração, no sentido de ser cancelado o item 1(um) e mantido o item 2 (dois) do auto de infração, entendimento encampado pelo Conselho de Contribuintes.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 04

Sustenta que o MRJ interpôs ilegal recurso hierárquico ao Secretário Municipal de Fazenda, que reformou o Acórdão do Conselho de Contribuintes e determinou a manutenção integral do lançamento originariamente efetuado.

Discorreu, ainda, sobre a ilegalidade do recurso hierárquico interposto, a não incidência do ISS sobre os serviços de transporte ferroviário prestados pela Supervia e do ISS retido de terceiros: denúncia espontânea, bem como sobre a inconstitucionalidade da multa de 250%.

Terminou pedindo a procedência dos pedidos, para: para se declarar a nulidade do Auto de Infração n. 107.614/2008, tanto no que diz respeito à constituição de crédito tributário (principal e multa) para exigência de ISS sobre a prestação de serviços de transporte ferroviário, quanto ao não reconhecimento da denúncia espontânea e aplicação de multa de 250% em relação ao ISS retido de terceiros; ou, subsidiariamente, para reduzir a multa de 250% aplicada, fixando esta última penalidade em patamar razoável e não-confiscatório, além de sucumbência pela ré.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 05

O Município apresentou contestação sustentando a legitimidade do recurso hierárquico interposto à autoridade superior, a incidência do ISS sobre serviço de transporte e legalidade do item 1 do Auto de Infração 107.614/2008, bem como a inexistência de denúncia espontânea e constitucionalidade da multa penal imposta, terminando por pedir a manutenção integral do auto de infração nº 107.614/2008.

Intimadas as partes em provas, o Município postulou a expedição de ofícios à Fetranspor e outras empresas, bem como a produção de prova pericial contábil, com o fito de confirmar a exatidão dos valores apurados pelo Fisco na coleta de dados e do cálculo do percentual estimado de passageiros da autora, cujo deslocamento não extrapola os limites territoriais do Rio de Janeiro (fls. 327/329), enquanto a autora, às fls. 330/334, juntou os documentos de fls. 335/464, informando não ter outras provas a produzir.

Saneador às fls. 470/471, indeferindo os pedidos de prova formulados pelo MRJ, irrecorrido.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 06

Sentença às fls. 500/509, julgando procedente em parte o pedido, para declarar a nulidade do item "1" do Auto de Infração n. 107.614/2008, afastando a incidência de ISSQN sobre a prestação de serviços de transporte coletivo ferroviário intermunicipal de passageiros, prestado pela autora por força do contrato de concessão celebrado com o Estado do Rio de Janeiro, mantendo a validade do item "2" da referida autuação.

Condenou o Município ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios apurados sobre o valor dado à causa, e calculados pelo percentual mínimo de cada faixa fixada nos incisos do § 3º do artigo 85 do novo CPC (Lei 13.105/2015) e, sendo o caso, na forma do respectivo § 5º.

Recurso de Apelação do MRJ reiterando os termos da defesa, requerendo o provimento do recurso, para:

a) anular a r. sentença apelada, devolvendo-se o feito ao MM. Juízo de 1ª instância e oportunizando-se ao apelante a produção das provas requeridas a fls. 327/329;

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 07

(b) alternativamente, reformar a r. sentença apelada, julgando-se integralmente improcedentes os pedidos iniciais e mantendo-se integralmente hígido o Auto de Infração n. 107.614/2008;

(c) subsidiariamente, determinar a redução dos honorários sucumbenciais, a serem fixados equitativamente por essa e. Câmara, em consonância com o disposto no art. 20, §4º do CPC/73 (vigente à época da propositura da ação).

Apelo da Supervia almejando a reforma parcial da sentença de primeiro grau, para que seja integralmente desconstituído o Auto de Infração n. 107.614/2008, ou, caso assim não se entenda, para que a multa do item (II) do referido lançamento seja reduzida a um patamar razoável e não-confiscatório.

VOTO DO RELATOR:

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa levantada pelo Município, na qual postula a anulação da sentença para a produção das provas requeridas às fls. 327/329 e que foi indeferida pela Magistrada *a quo*.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 08

Na verdade, a questão estava madura para a decisão e a Magistrada, dentro do seu poder discricionário, previsto no artigo 370, parágrafo único, do CPC, entendeu da desnecessidade de diligências inúteis e julgou antecipadamente o feito como permite o artigo 355, I, do mesmo diploma.

De qualquer forma, o Município deixou transcorrer *in albis* o prazo para recurso, quando do despacho Saneador que indeferiu o pedido de produção de provas. Portanto, preclusa está essa matéria.

No mais, tratam os autos de ação interposta pela Supervia em face do Município do Rio de Janeiro, insurgindo-se contra o auto de infração nº 107.614/2008, lavrado pela Secretaria Municipal de Fazenda, no qual no item “I” intima a Concessionária ao pagamento do crédito tributário referente ao ISSQN devido pelos serviços prestados de transporte ferroviário intermunicipal de passageiros, no período de março de 2004 a abril de 2007”, por força do contrato de concessão celebrado com o Estado do Rio de Janeiro.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 09

Impugna, ainda, a multa penal aplicada no item “II”, arbitrada em razão do recolhimento com atraso, após iniciada a ação fiscal, do ISS retido pelos serviços de vigilância, segurança, conservação e limpeza tomados de prestadores localizados fora do Município do Rio de Janeiro, no período compreendido entre março de 2004 e agosto de 2005.

Como se vê, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a nulidade do item “I” do auto de infração nº 107.614/2008, afastando a incidência do ISSQN sobre a prestação de serviços de transporte coletivo ferroviário intermunicipal de passageiros, mantendo a validade do item “II”, ou seja, a multa penal aplicada de 250%, em função do atraso no recolhimento de ISS incidente sobre outras operações.

Verifica-se que a sentença apreciou convenientemente a matéria, não merecendo qualquer retoque.

De fato, ilegal a cobrança de ISSQN sobre o serviço de transporte ferroviário intermunicipal de passageiros cobrado pelo Município de Rio de Janeiro, uma vez que o serviço prestado pela Supervia abrange não somente do Município do Rio de Janeiro, mas também as cidades em seu entorno, sendo explorado

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 10

por força do contrato de concessão celebrado com o Estado do Rio de Janeiro e já tributado pelo ICMS, por se tratar de prestação de serviço de transporte intermunicipal, não incidindo, portanto, o ISS.

É o que está previsto em nossa Constituição Federal, em seus artigos 155, II e 156, III:

“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;”

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 11

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

Aliás, esse foi o entendimento do próprio Procurador da Fazenda Municipal, ao analisar o processo administrativo impetrado pela Supervia (fls. 110/124), entendendo pela não incidência do ISS sobre o serviço de transporte ferroviário intermunicipal prestado pela Concessionária:

“Conhece-se como hipótese de incidência tributária a descrição legal de um fato, que, uma vez realizado concretamente, faz surgir a obrigação de pagar um tributo. O serviço de transporte constitui hipótese de incidência tributária. Entretanto, diferentemente do que ocorre com a maioria dos serviços tributáveis, este serviço admite tributação por dois impostos diversos: um estadual e outro municipal. A distinção se faz em razão do alcance do serviço oferecido: se o serviço de transporte disponibilizado não ultrapassar a fronteira de um município, estamos diante da hipótese de incidência do ISS; se ultrapassar, estamos diante da hipótese de incidência do ICMS. É o que se colhe do art. 155, inciso II, e art. 156, inciso III, ambos da Constituição Federal. As Leis

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 12

Complementares Federais editadas para sustentar o sistema tributário nacional, como não poderia deixar de ser, reafirmam tal distinção. Não há notícias de controvérsias a esse respeito.

Nem sempre, no entanto, os fatos se adequam ao ordenamento jurídico sem controvérsia. O caso em exame é um exemplo. Como é público e notório, os trens da Supervia vão além dos limites deste Município e o preço da passagem é único. Como também é público e notório, uma boa parte dos usuários do serviço utiliza este transporte entre estações deste Município. É sobre tais serviços que os autuantes lançaram o ISS. A recorrente discorda da autuação, entendendo prestar serviços de transporte intermunicipal, incidindo, por conseguinte, o ICMS.

Temos para nós que a questão se resolve observando-se com especial atenção o contrato que está por trás do serviço oferecido. De comum entre os serviços alcançados tanto pelo ISS, quanto pelo ICMS, há uma obrigação contratual entre o prestador e o tomador do serviço. Não há serviço tributável sem o respectivo contrato que, via de regra, lhe dá feição. O contrato em si não constitui fato gerador de imposto algum, mas revela-se indispensável na identificação de suas peculiaridades. (...).

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 13

Pois bem. Temos para nós que o objeto do contrato referente ao serviço em questão não dá margem a dúvida: o passageiro, mediante o pagamento da passagem, passagem este que tem um preço único, adquire o direito de ser transportado a qualquer das estações, seja esta dentro ou fora do Município de embarque. Temos aqui um típico contrato de adesão, único, não podendo ser alterado em razão do interesse de cada usuário. Em outras palavras mediante o único valor que lhe é cobrado, o usuário pode desembarcar em qualquer dos municípios alcançados pela malha viária da Recorrente, sendo-lhe facultado, se assim o desejar, desembarcar no ainda município de embarque.

Exemplificando: um usuário embarca em qualquer estação do Município do Rio de Janeiro com a intenção de desembarcar na estação de Vigário Geral, ainda no Município do Rio de Janeiro.

Entretanto, durante a viagem, este usuário, por qualquer motivo - (...) - muda de ideia e decide desembarcar na estação seguinte, Duque de Caxias, estação esta que já não faz parte do Município do Rio de Janeiro. Diante disso, cabe a pergunta: se assim for, estaria este usuário descumprindo o contrato firmado com a Recorrente? Evidentemente que não. O serviço contratado autoriza o desembarque além dos limites deste Município.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 14

Em suma, o contrato que caracteriza o serviço em tela, como ora ocorre, embora seja acordado individualmente, com cada usuário, é um contrato de adesão, com preço único, não comportando fragmentações. O transporte, tal como hoje é disponibilizado a cada usuário, autoriza o embarque e o desembarque em qualquer estação da malha ferroviária da empresa, inclusive nas estações mais longínquas, situadas em outros municípios, tais como Paracambi, Queimados, Japeri, Guapimirim, etc. Tais características são suficientes para nos convencer que, na verdade, estamos diante de serviço de transporte intermunicipal, serviço este que, como se sabe, não está submetido à tributação pelo ISS.”

No mesmo sentido, corroborando e acolhendo o parecer do Procurador Municipal, sobreveio o Acórdão do Conselho de Contribuintes (fls. 127/137), pelo qual:

“ISS - Serviços de Transporte de Passageiros Intermunicipal

Em se tratando de contrato de transporte ferroviário em que o passageiro, mediante pagamento de tarifa única, está autorizado a embarcar e a desembarcar em qualquer estação da malha ferroviária, dentro ou fora do município de embarque, correto é afirmar que se trata de serviço de

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 15

transporte intermunicipal a atrair a incidência do ICMS, conforme disposto no artigo 155, II, da CF/88.

Nessa direção, o STJ, no REsp. 879.797-MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01/12/2008:

TRIBUTÁRIO. ISSQN. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS QUE SE INICIA E TERMINA EM UM MESMO MUNICÍPIO. SERVIÇO ESTRITAMENTE MUNICIPAL. CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. ARTIGO 156, III, DA CF/1988.

1. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN incide sobre a prestação de serviço de transporte que comece e termine no território de um único Município, ainda que, por uma questão de traçado de ruas, o veículo transportador acabe perpassando, em alguns trechos do percurso, pelos lindes de outro Município, o que não retira a natureza estritamente municipal do contrato de transporte celebrado entre o prestador e o tomador do serviço.

2. A delimitação das competências tributárias, atribuídas aos Estados e aos Municípios, no que concerne às operações de prestação de serviços, rege-se, hodiernamente, pelo disposto nos artigos 155, II, § 2º, IX, "b", e 156, III, da Constituição Federal de 1988; 2º, IV, da Lei Complementar 87/96; e 1º, § 2º, da Lei Complementar 116/03.

3. Destarte, a incidência de ISSQN ou de ICMS adstringe-se às seguintes situações: (i) as operações de circulação de mercadoria e as de prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação são tributáveis pelo ICMS; (ii) as operações de prestação de serviços compreendidos na lista anexa à Lei Complementar 116/03 são tributáveis pelo ISSQN; e (iii) as

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 16

operações "mistas" (que envolvem fornecimento de mercadorias e prestação de serviços), são tributáveis pelo ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03, ou são tributáveis pelo ICMS quando o serviço agregado não estiver previsto na citada lista (Precedente do STJ: **REsp 881.035/RS**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.03.2008, DJ 26.03.2008).

4. Malgrado quaisquer discussões acerca da constitucionalidade da inclusão de determinadas operações na lista de serviços tributáveis pelo ISSQN, é cediço na jurisprudência pátria a taxatividade do rol estabelecido pelo legislador complementar federal, que admite, contudo, uma leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos.

5. A Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/87, revogada pela Lei Complementar 116/03, encartava o serviço de "transporte de natureza estritamente municipal" (Item 97).

6. A novel Lista de Serviços, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei Complementar 116/03 (que revogou o artigo 8º, do Decreto-Lei 406/68, e a Lei Complementar 56/87, entre outros dispositivos legais), também elencou o "serviço de transporte de natureza municipal" como tributável pelo ISS (Item 16, Subitem 16.01).

7. É cediço na doutrina que: **(i)** "Ao se falar em transporte estritamente municipal, está-se tributando apenas o transporte que é iniciado e termina no âmbito do próprio Município. É o transporte feito por táxi, ônibus, caminhão, etc., mas realizado apenas dentro do município " (**Sérgio Pinto Martins**, in Manual do Imposto Sobre Serviços, 7ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2006, págs. 259/260); **(ii)** "... a doutrina e a jurisprudência são firmes e unânimes no reconhecer a não-incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte estritamente municipal. E assim o reconhecem, precisamente, porque a Constituição não outorgou aos Estados e ao Distrito Federal competência para criação de ICMS sobre serviços de transporte municipal, mas a conferiu, tão-só, para a instituição

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 17

desse imposto quanto aos serviços de âmbito interestadual (aqueles cujo início se dá num Estado ou no DF e que têm fim em outro Estado, ou no DF) ou intermunicipal (os que tem início e fim em Municípios do mesmo Estado ou do DF).” (Aires F. Barreto, in "ISS na Constituição e na Lei", 2ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65); e (iii) "... está dentro do campo tributável dos Estados ou do Distrito Federal qualquer serviço de transporte de pessoas, bens, mercadorias ou valores, prestado em caráter negocial, exceção feita ao realizado totalmente dentro do território do Município, hipótese em que este é que estará autorizado a tributar o fato, por meio de ISS” (Roque Antônio Carraza, in "ICMS", 9ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pág. 140).

8. *In casu*, restou assente na instância ordinária que as linhas de ônibus exploradas pela empresa trafegam nos municípios de Belo Horizonte e Contagem, que compõem a Região Metropolitana da capital mineira, sendo certo, contudo, que iniciam e encerram seus itinerários dentro do território do município de Belo Horizonte, razão pela qual se configura fato jurídico tributário ensejador da incidência do ISS, e não de ICMS.

9. Recurso especial desprovido.

Logo, em se tratando de serviço de transporte intermunicipal, conforme contrato de concessão pactuado entre as partes e atestado pela própria Procuradoria do Município, não está submetido à tributação do ISS, constituindo, tão somente, fato gerador do ICMS, na forma da legislação vigente.

Quanto à legalidade do recurso hierárquico, essa questão restou devidamente fundamentada pela MM. Juíza *a quo*. De fato, apesar de não se constituir em ato ilegal, como bem ressaltou a

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 18

sentença “no caso concreto há evidente indicação de que foi utilizado, não para corrigir nulidades ou ilegalidades, mas sim e tão somente com intuito arrecadatório, e, pior ainda, intuito este que, como visto acima, não encontra eco seja nas normas constitucionais e legais de regência, nem mesmo no eventual interesse da coletividade, já que a pretendida sobrecarga tributária resultaria, como é lógico, em majoração dos preços da passagem do transporte coletivo, prejudicando a população.”

De qualquer forma, como se sabe, a interposição ou não de recurso administrativo não obsta a apreciação da matéria pelo Judiciário, o que está sendo feito.

Portanto, sem respaldo a irresignação do Município nesse sentido.

Por fim, no que tange ao pedido da autora de reconhecimento da “denúncia espontânea” relativamente ao item “II” do auto de infração em tela, que diz respeito ao ISS devido por prestadores de serviços à Supervia, localizados fora do Município, que foi por ela retido os pagamentos efetuados e posteriormente recolhidos aos cofres públicos, argumentado com base no artigo 138 do CTN, também andou bem a sentença ao não acolher essa tese,

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 19

considerando-se que o Município comprovou que a autora foi intimada administrativamente a apresentar os comprovantes de pagamento do ISS relativos aos terceiros prestadores de serviços localizados fora do Município do Rio de Janeiro, conforme Intimação n. 33.172, de 07/08/2006 (fls. 312/314).

Não pode, por isso, ser acolhido o argumento de que “a fiscalização relativa ao pagamento das retenções de ISS realizadas pela Supervia, nos termos da legislação em vigor, somente se iniciou com a lavratura dos termos de fls. 137 e fls. 139, em 27/08/07 e 30/01/08, respectivamente”.

Nesse sentido, o STJ:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 138 DO CTN. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. PAGAMENTO A DESTEMPO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO.

1. A orientação sumular deste STJ é no sentido de que "o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ).

2. No caso dos autos, o particular buscava se eximir, na via judicial, do pagamento do PIS e da COFINS sem as modificações trazidas pela Lei 9.718/1998, e a ação mandamental foi, ao fim, julgada improcedente, razão

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 20

pela qual não se pode considerar ter havido denuncia espontânea, e nem mesmo pagamento tempestivo.

3. Nesse contexto, a pretensão recursal esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ, na medida em que as circunstâncias fáticas levantadas pela recorrente não coincidem com as premissas do aresto impugnado.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no Recurso Especial nº 1.484.742 - RJ (2014/0115585-5), Segunda Turma, Relator Ministro OG Fernandes, julg. em 27/06/2017)

E:

(...) "A simples confissão da dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea" (Súmula 208 do extinto TFR). Ademais, ao contrário do que se sustenta nas razões de recurso especial, "o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ). (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 136.461 – SC, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe: 14/05/2012).

Também:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ QUE SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA 168/STJ.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 21

1. A simples confissão de dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura a denúncia espontânea.
2. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula 168/STJ).
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 1.045.661/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 16.2.2009).

Assim, ultrapassada a questão do benefício da “denúncia espontânea”, passamos à análise da constitucionalidade da multa penal imposta à Supervia, no percentual de 250%.

Restando demonstrado o descumprimento da obrigação tributária, cabível a aplicação da penalidade prevista no artigo 51, I, 7, a, do CTM:

Art. 51. As infrações apuradas por meio de procedimento fiscal ficam sujeitas às seguintes multa:

I- relativamente ao pagamento do imposto:

(...)

7- falta de pagamento, quando houver:

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 22

a)retenção do imposto devido, por terceiros;

Multa: 250% (duzentos e cinquenta por cento) sobre o imposto devido ou cobrado em separado. (Redação dada ao item pela Lei 1.371, de 30.12.1988, DOM Rio de Janeiro de 30.12.1988, com efeitos a partir de 01.01.1989).

É a aplicação do art. 161, caput, do CTN, segundo o qual:

“O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária”.

Logo, diante da infração cometida pela autora, ao reter valores de ISS devido por prestadores de serviços à Supervia (localizados fora do Município), sem efetuar o devido recolhimento aos cofres públicos no prazo legal, o que foi feito somente após o início da ação fiscal, como bem destacou a sentença, evidente a gravidade da infração cometida e, conseqüentemente, devida e legal a multa aplicada.

Apelação Cível nº 0345535-46.2015.8.19.0001 - fl. 23

Não se verifica na penalidade aplicada o alegado cunho confiscatório, estando o percentual previsto na lei, não merecendo modificação.

Finalmente, os honorários advocatícios foram corretamente arbitrados pela sentença, não comportando modificação.

Ex positis, a sentença deve ser mantida.

**MEU VOTO É NO SENTIDO DE NEGAR
PROVIMENTO AOS RECURSOS, inclusive em remessa necessária.**

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2018.

**DESEMBARGADOR OTÁVIO RODRIGUES
RELATOR**