



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DO DES. JOSÉ RICARDO PORTO

DECISÃO MONOCRÁTICA

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000110-92.2010.815.0571

Relator : Juiz Ricardo Vital de Almeida, convocado em substituição ao Des. José Ricardo Porto

Apelante : Estado da Paraíba, rep. por sua Procuradora, Alessandra Ferreira Aragão

Apelada : TAC – Terraplanagem, Aluguéis e Construções Ltda.

Advogado : Henrique Gadelha Chaves

Remetente : Juízo de Direito da Comarca de Pedra de Fogo

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. INVIABILIDADE DA COBRANÇA. APREENSÃO DO MAQUINÁRIO ADQUIRIDO. ILEGALIDADE DO ATO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO.

- As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais. (Súmula 432/STJ).

- É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual.

V I S T O S.

Trata-se de Mandado de segurança impetrado pela **TAC – Terraplanagem, Aluguéis e Construções Ltda**, contra ato supostamente ilegal praticado pelo **Chefe do Posto Fiscal do 1º Núcleo Regional da Secretária da Receita Estadual/PB, Zelice Pereira de Moraes**, consistente na retenção indevida de maquinário de sua propriedade.

Na petição inicial a demandante, alegando ser sociedade empresária atuante no setor da construção civil e, portanto, não sujeita ao pagamento de ICMS, mas sim de ISS, questiona o fato de ter sido retido, no posto fiscal GIASA, um semi reboque adquirido no Estado de Pernambuco, sob o argumento de que deveria ser pago diferencial de ICMS.

Após os trâmites legais, o Magistrado de Primeira Instância prolatou a sentença de fls. 70/74, confirmando a liminar de fls. 60/64, concedendo a ordem para declarar ilegal o ato de retenção do bem (semi reboque – prancha), bem como a nulidade da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS, no importe de R\$ 4.275,00 (quatro mil duzentos e setenta e cinco reais).

Irresignado, o Estado da Paraíba interpôs apelo às fls. 113/124, aduzindo, em preliminar, a falta de prova pré-constituída. E, no mérito, que, na nota fiscal juntada aos autos, consta a qualificação do impetrante como contribuinte do ICMS.

Ademais, alega que nada impede que a pessoa seja contribuinte do ISS e do ICMS, desde que não sejam cobrados ambos os impostos sobre um mesmo fato econômico.

Contrarrazões não apresentadas, conforme atesta a certidão de fls. 140-v.

A Procuradoria de Justiça ofertou parecer opinando pelo desprovimento da remessa necessária e do recurso voluntário. (fls.100/106).

É o relatório.

DECIDO.

Preliminar

Arguiu o recorrente que houve erro na eleição do Mandado de Segurança para dirimir o litígio, ante a carência de prova pré-constituída.

Tal tese não deve prosperar, uma vez que ao compulsar o caderno processual e analisar os documentos acostados pela impetrante, ora recorrida, (fls. 28/41), verifico que esta cumpriu detidamente o seu ônus ao instruir adequadamente o encarte processual, com cópia do DARF (doc. de arrecadação fiscal) dentre outros documentos, demonstrado, assim, o lançamento do tributo (ICMS), além de cópia de comprovante que indica a retenção do bem (carro reboque).

Por tais razões, rejeito a questão prévia suscitada.

Mérito.

A questão que se discute gira em torno da obrigação ou não, por parte da empresa impetrante, de pagar o ICMS referente a diferença de alíquota de um Estado da Federação para outro, ocasionado pela compra de um carro reboque no Estado de Pernambuco.

Compulsando atentamente os autos, vislumbro não merecer guarida a presente irresignação.

Prima facie, a título de melhor esclarecimento dos fatos, transcrevo passagem da sentença (fls. 70/74), prolatada pelo juiz de primeiro grau, haja vista o ilustre magistrado ter abordado com percuciência o âmago da lide posta em juízo, conforme se observa abaixo:

“O ICMS, como se verifica no art. 155, inc. II, da Constituição Federal, é devido a partir da constatação da ocorrência de uma

operação de circulação de mercadoria, não sendo, entretanto, qualquer operação de circulação a caracterizar a hipótese de incidência do imposto. É necessária a verificação de que essa circulação implicou verdadeiro negócio jurídico-mercantil, com operação que envolva prestação e contraprestação.

Assim, se a circulação da mercadoria ocorre fora do contexto clássico e jurídico de ato de mercancia, não se verifica a hipótese de incidência, jurídico brasileiro como aperfeiçoamento do fato gerador.

Na hipótese, a empresa impetrante, para consecução de suas atividades, adquiriu em Pernambuco um maquinário para ser utilizado no processo de prestação dos seus serviços, são considerados insumos, e não mercadoria destinada à recirculação. Portanto, representa bem adquirido em última instância, ou seja, por seu consumidor final.

Destarte, ao contrário do que sustenta a Fazenda Pública, a impetrante não é contribuinte do ICMS, no que tange a este produto, e, via de consequência, não está obrigada ao recolhimento da diferença de alíquotas interestaduais.

Efetivamente, só é devido esse diferencial de alíquotas na hipótese da circulação de mercadorias ter como destino a recirculação posterior. Em outras palavras, a impetrante não poderia ser a destinatária final dos bens adquiridos em outro Estado, mas apenas uma intermediária.

Não sendo este o caso, a hipóteses é de incidência, tão-somente, do ISS.

Como bem asseverou o representante do Ministério Público, o estatuto social da impetrante mostra ser uma empresa prestadora de serviços e, como tal, a sua condição de contribuinte do ISS e o fato de adquirir um produto que se destina à sua atividade-fim, mesmo sendo de origem de outro estado da federação, não pode incidir a cobrança de diferença de alíquota, por não ser a impetrante contribuinte daquele imposto.” (fls. 72) Grifo nosso.

Vale ressaltar que, conforme consta da cláusula 3ª do Contrato de Constituição (fls. 29/32), a impetrante é empresa prestadora de serviços na área da construção civil e em outras áreas, e como tal é contribuinte do ISSQN.

Além do mais, a recorrida adquiriu o bem para seu ativo imobilizado, objetivando usá-lo em suas atividades empresariais descritas na cláusula terceira do seu ato constitutivo, não com o intuito de exercer atividades comerciais.

Nesse sentido, seguem arestos do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543 - C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA

UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. 1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI 242.276 AGR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AGR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AGR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AGR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 DIVULG 30.04.2008 PUBLIC 02.05.2008; RE 572.811 AGR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009; e RE 579.084 AGR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 DIVULG 25.06.2009 PUBLIC 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: ERESP 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AGRG no AG 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; RESP 909.343/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; RESP 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AGRG no AG 889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AGRG no AG 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AGRG no RESP 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 15.05.2009; e RESP 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009). 2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, in 'Construção Civil - ISS ou ICMS?', in RDT 69, pg. 253, Malheiros). " (ERESP 149.946/MS). 3. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543 - C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ; REsp 1.135.489; Proc. 2009/0069502-3; AL; Primeira Seção; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 09/12/2009; DJE 01/02/2010) Grifo nosso.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DA CONSTRUÇÃO

CIVIL. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. É ilegítima a cobrança de ICMS sobre operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil, na aquisição de bens necessários ao desempenho de sua atividade fim. Precedentes: RESP 919.769/DF, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 25.9.2007; RESP 909.343/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.5.2007. 2. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-REsp 977.245; Proc. 2007/0107286-9; RR; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 28/04/2009; DJE 15/05/2009) Grifo nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. LEI COMPLEMENTAR 87/96. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Às empresas de construção civil não incide ICMS, nem o diferencial de alíquota nas operações de mercadorias para utilização na consecução de sua finalidade. 2. Recurso não provido. (STJ; REsp 839.523; Proc. 2006/0075904-6; MT; Segunda Turma; Rel^a Min. Eliana Calmon Alves; Julg. 21/08/2008; DJE 25/09/2008) Grifo nosso.

Outrossim, esta matéria encontra-se sumulada pelo STJ nos seguintes moldes:

Súmula 432: As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.

Em caso bastante similar, colaciono precedente do Superior Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. SUSCITADA CONTRARIEDADE AO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. OFENSA REFLEXA. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL. EMPRESA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREGO EM OBRA. INSUMOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I. Eventual julgamento contrário aos interesses da parte não basta à configuração de negativa de prestação jurisdicional. Precedentes. II. Os ministros desta corte, no ARE 748.371-RG/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, manifestaram-se pela inexistência de repercussão geral da controvérsia acerca da violação dos limites da coisa julgada e dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando dependente de exame prévio de normas infraconstitucionais, por se tratar de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, decisão que vale para todos os recursos sobre matéria idêntica. III. As empresas da construção civil. **Por serem, em regra,**

contribuintes do ISS. Que adquirirem materiais em estado com alíquotas de ICMS mais favoráveis, ao empregarem essas mercadorias como insumos em suas obras, não estão obrigadas a satisfazer a diferença da alíquota maior do estado destinatário. Precedentes. IV. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; ARE-AgR 755.942; AL; Segunda Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 25/02/2014; DJE 10/03/2014; Pág. 41)

Portanto, agiu com acerto o magistrado de primeiro grau ao assegurar direito líquido e certo da impetrante, não havendo o que modificar na sentença *a quo*.

Ante o exposto, **com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao apelo e ao recurso oficial**, mantendo incólume a decisão recorrida.

Intimem-se as partes.

Providências necessárias.

João Pessoa, 20 de novembro de 2015.

Juiz Ricardo Vital de Almeida

Relator

J06 - R/ J01