



Poder Judiciário do Estado da Paraíba
Tribunal de Justiça
Gabinete da Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO N. 0039431-49.2009.815.2001

RELATOR: Juiz Ricardo Vital de Almeida, convocado para substituir a Des^a Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

APELANTE: Estado da Paraíba

PROCURADOR: Sérgio Roberto Félix Lima

APELADO: Empreender - Construção, Adm. e Incorporação Ltda.

ADVOGADO: Carlos Gilberto de Andrade Holanda (OAB/PB 14.900)

REMETENTE: Juízo da 1^a Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. ICMS. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE ATUA NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÃO DE INSUMOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DIFERENÇA DE ICMS. INEXIGIBILIDADE. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO RESP 1.135.489/AL (REPETITIVO) E NA SÚMULA 432/STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.

- Na forma da jurisprudência, "a Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, decidiu que as empresas do ramo da construção civil, quando adquirem de outro estado da federação materiais necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota interestadual do ICMS para o estado destinatário. Aplicação da Súmula 432/STJ: 'As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais'" (STJ, AgRg no Ag 1.361.422/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2012). (AgRg no REsp 1536852/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016).

VISTOS, relatados e discutidos estes autos.

ACORDA a Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, **à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.**

O ESTADO DA PARAÍBA interpôs apelação cível contra sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que julgou parcialmente procedente o pedido elaborado por EMPREENDER – CONSTRUÇÃO, ADM. E INCORPORAÇÃO LTDA. nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária.

Na inicial, a empresa ressaltou que atua no ramo da construção civil e que estaria sofrendo cobrança indevida de diferença de alíquotas ICMS pelo Estado da Paraíba, referente aos insumos que adquire em outros estados. Com isso, requereu que seja declarado seu direito de não se sujeitar a tal recolhimento.

Em sua contestação, o Estado da Paraíba defendeu que é devida a cobrança do ICMS da promovente, nos termos do art. 155, § 2º, da Lei Maior, uma vez que a empresa beneficiar-se-ia do fato de ser contribuinte do ISSQN e do ICMS para burlar tanto o estado de origem quanto o de destino da mercadoria (f. 81/93).

Na sentença (f. 128/130), o juiz acolheu parcialmente o pedido formulado na exordial para declarar que a autora não está sujeita ao recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS ao adquirir, em outro estado da federação, bens para emprego em obra de construção civil realizada neste estado, quando contribuinte da alíquota interna do ICMS a ser paga no estado de origem. Além disso, condenou o promovido ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e determinou a remessa dos autos a esta Corte de Justiça para os fins de reexame necessário.

O Estado da Paraíba apelou (f. 131/147), renovando a tese de que a empresa autora deve ser obrigada a pagar a diferença do ICMS, em virtude do que determina o art. 155, § 2º, da Constituição Federal. Com isso, requereu a reforma da sentença e a improcedência do pedido inicial.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 164/168).

A Procuradoria de Justiça não opinou quanto ao mérito do recurso (f. 176).

É o relatório.

**VOTO: Juiz Convocado RICARDO VITAL DE ALMEIDA
Relator**

A sentença está, em tudo e por tudo, em total harmonia com a jurisprudência do STJ, lançada sob o rito dos recursos repetitivos, consolidada no sentido de que as empresas de construção civil, ao adquirirem insumos necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota interestadual do ICMS para o estado destinatário.

Trago vários julgados nesse tom:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÃO DE INSUMOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. INEXIGIBILIDADE. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO RESP 1.135.489/AL (REPETITIVO) E NA SÚMULA 432/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na forma da jurisprudência, "a Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, decidiu que as empresas do ramo da construção civil, quando adquirem de outro estado da federação materiais necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota interestadual do ICMS para o estado destinatário. Aplicação da Súmula 432/STJ: 'As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais'" (STJ, AgRg no Ag 1.361.422/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2012). II. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1536852/PB, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 17/03/2016).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. EXIGÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL PELO ESTADO DE DESTINO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 432/STJ. **1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, decidiu que as empresas do ramo da construção civil, quando adquirem de outro estado da federação**

materiais necessários à prestação do serviço, não estão sujeitas ao pagamento da diferença de alíquota interestadual do ICMS para o estado destinatário. 2. Aplicação da Súmula 432/STJ: "As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais". 3. "[S]e no agravo regimental a parte insiste apenas na tese de mérito já consolidada no julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, é certo que o recurso não lhe trará nenhum proveito do ponto de vista prático, pois, em tal hipótese, já se sabe previamente a solução que será dada ao caso pelo colegiado" (Questão de Ordem no AgRg no REsp 1.025.220/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgada em 25.03.2009). 4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa no percentual de 1% (um por cento) do valor da causa, com espeque no artigo 557, § 2º, do CPC. (AgRg no Ag 1361422/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 432/STJ. ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. 1. Na origem, cuida-se de ação declaratória c/c repetição de indébito contra o Estado de Minas Gérias, na qual se busca a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a recolher o diferencial de ICMS existente ente a alíquota interestadual (12%, em geral) e a alíquota interna (18%, em geral) decorrente da aquisição de mercadorias em outros Estados, por empresa atuante no ramo de construção civil, bem como a devolução do tributo já recolhido pela empresa. 2. A instância ordinária extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, por entender que o autor da ação seria parte ilegítima, porquanto não comprovou ter assumido o encargo financeiro do tributo. **3. Tratando-se de operação interestadual de mercadorias para empresa que atua no ramo de construção civil, o Superior Tribunal de Justiça entende que nessa operação não incide ICMS, conforme matéria já sumulada por esta Corte: "As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais." (Súmula 432/STJ).** 4. Não há falar em ilegitimidade da empresa em requerer a repetição de indébito, uma vez que não incide ICMS na operação em tela, porquanto adquiriu produtos para a consecução de sua atividade fim, que é a construção civil, fato incontroverso nos autos, o que afasta a aplicação da Súmula 7/STJ. 5. Devem os autos retornar ao Tribunal de origem para prosseguir no julgamento do feito. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 1106214/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 07/03/2012).

Como invocado na sentença, aplica-se ao caso o disposto no

verbete sumular 432/STJ, cuja redação estabelece que **"as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais"**.

A tese recursal, portanto, não merece prosperar.

Ademais, o art. 155, § 2º, VII, da Constituição Federal¹ diz respeito às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, o que não é o caso dos autos. Na espécie, a empresa promovente questiona a cobrança da diferença do ICMS realizada sobre as mercadorias adquiridas como insumos e utilizadas por ela no ramo da construção civil, ou seja, não se trata de bens e serviços, nem a autora pode ser qualificada como consumidor final. Assim, é perfeitamente aplicável à espécie a Súmula 432/STJ.

A jurisprudência desta Corte de Justiça não destoia, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE INSUMOS APLICADOS NA CONSTRUÇÃO. ATIVIDADE REALIZADA PELA CONSTRUTORA. AUTUAÇÃO DO CONDOMÍNIO APÓS A CONCESSÃO DO HABITE-SE. PRESUNÇÃO DE QUITAÇÃO COM OS ÓRGÃOS FAZENDÁRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 85, § 4º, III, DO NCP. PROVIMENTO PARCIAL. - **A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em recurso repetitivo, que descabe a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS sobre operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil na aquisição de material a ser empregado na obra que executa. Assim, tais empresas, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do referido imposto.** - Se à Construtora tal encargo seria indevido, com muito menos razão o Condomínio/Autor não poderia figurar como responsável tributário na CDA que instruiu a Execução Fiscal em que se apura o não recolhimento de ICMS pela aquisição dos materiais comprados pela Construtora para usar na respectiva obra ao tempo da construção, notadamente, quando pela ficha cadastral da dívida ativa, percebe-se que a fiscalização ocorreu muitos anos após a expedição do HABITE-SE, que somente é liberado se inexistirem pendências junto aos órgãos fazendários. - Mostrando-se elevados os honorários advocatícios fixados na Sentença, devem ser

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

(...)

§ 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; (...).

minorados adequando-os aos exatos termos do art. 85, § 4º, III, observados os critérios dos incisos I a IV, do § 2º, todos do NCPC. (TJPB - Acórdão/Decisão do Processo n. 01150958120128152001, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator: Des. LEANDRO DOS SANTOS, j. em 11-10-2016).

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.** Consequentemente, "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. (TJPB - Acórdão/Decisão do Processo n. 00001109220108150571, Relator: Des. JOSÉ RICARDO PORTO, j. em 20-11-2015).

Sem maiores considerações, **nego provimento à apelação e à remessa oficial.**

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Desembargador **OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO**, que participou do julgamento com **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito Convocado, com jurisdição plena, em substituição à Excelentíssima Desembargadora MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA) e com o Excelentíssimo Doutor **MIGUEL DE BRITTO LYRA FILHO** (Juiz de Direito Convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Excelentíssimo Desembargador ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS).

Presente à Sessão o Excelentíssimo Doutor **FRANCISCO ANTÔNIO DE SARMENTO VIEIRA**, Promotor de Justiça Convocado.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 09 de maio de 2017.

Juiz Convocado RICARDO VITAL DE ALMEIDA
Relator