



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019732-77.2006.815.2001 – Capital - PB.

RELATOR : Juiz Carlos Eduardo Leite Lisboa.

APELANTE : Via Dragados S.A. e outros.

ADVOGADO : Fabrício Montenegro de Moraes – OAB/PB Nº 10.050.

APELADO : Estado da Paraíba, representado pelo seu Procurador Sérgio Roberto Félix Lima.

RECORRENTE : Estado da Paraíba, representado pelo seu Procurador Sérgio Roberto Félix Lima.

RECORRIDOS : Via Dragados S.A. e outros.

ADVOGADO : Fabrício Montenegro de Moraes – OAB/PB Nº 10.050.

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL QUE ADQUIREM PRODUTOS NA QUALIDADE DE CONSUMIDORAS FINAIS. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO RECONHECIDA EM AÇÃO DECLARATÓRIA AJUIZADA PELO SINDICATO DA CATEGORIA DOS AUTORES. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO. PROVAS SUFICIENTES DE QUE HOVE O RECOLHIMENTO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS. EMPRESAS AUTORAS QUE ATUAM NA ÁREA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. FATO NÃO IMPUGNADO PELO DEMANDADO. CIRCULAÇÃO JURÍDICO-ECONÔMICA DOS BENS OU PRODUTOS ADQUIRIDOS EM OUTRO ESTADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. COMPROVAÇÃO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO ATRAVÉS DE COMPENSAÇÃO NA FORMA DE CRÉDITO A SER APROVEITADO EM FAVOR DOS CONTRIBUINTES. AÇÃO MOVIDA APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF E STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO PROVIDO. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO ADESIVO.

- As empresas postulantes afiguram-se como beneficiárias dos efeitos da coisa julgada material

emanada da decisão definitiva proferida nos autos da ação declaratória movida pelo Sindicato da Construção Civil de João Pessoa, em cujo bojo foi declarada a inexistência de obrigação tributária das empresas filiadas quanto ao pagamento do diferencial de alíquota de ICMS, relativo aos insumos empregados nas obras de construção civil. Assim, há de ser reconhecido o direito à restituição do indébito tributário, consoante reconhecido no acórdão transitado em julgado.

- As notas fiscais encartadas aos autos são provas suficientes de que houve o recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS, o que fora confirmado pelo réu. Do mesmo modo, o fato de que as empresas autoras exercem exclusivamente a prestação de serviços na área da construção civil não foi, em nenhum momento, refutado pelo demandado, tornando-se, pois, incontroverso.

- Tendo a parte autora demonstrado, de forma suficiente, o direito do qual sustentava ser titular e que pretendia ver reconhecido em juízo, a procedência da ação é medida que se impõe.

- *“Em demanda voltada à repetição do indébito tributário é imprescindível apenas a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de pagamento/retenção do tributo no momento da propositura da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur”* (REsp 1089241/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 08/02/2011).

- Nas ações propostas após o início da vigência da Lei Complementar n. 118/2005 (9.6.2005), a prescrição da pretensão de repetição de indébito é quinquenal e deve ser contada a partir de cada pagamento do tributo indevido, ainda que ocorrido anteriormente àquele termo.

- Em face do provimento do recurso principal, com a procedência do pedido autoral, resta prejudicado o apelo adesivo visando a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença de improcedência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, JULGANDO PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.**

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **VIA Dragados S.A e outros e Recurso Adesivo** manejado pelo **Estado da Paraíba**, buscando a reforma da sentença (fls. 2.527/2.530) proferida pelo Juízo da 1.^a Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital-PB que, nos autos da Ação de Repetição de Indébito movida em face do Estado da Paraíba, julgou improcedente os pedidos exordiais, por entender não demonstrado que os comprovantes de pagamentos de valores a título de ICMS, colacionados pelas autoras possuem como fato gerador a compra de materiais a serem empregados nas obras de construção civil.

Nas razões do apelo (fls. 2.533/2.544), buscam os autores a modificação da sentença com base nos seguintes fundamentos: a) o direito à restituição pretendida encontra respaldo em decisão transitada em julgado nos autos da Ação Declaratória movida pelo Sindicato da Construção Civil de João Pessoa – Sinduscon-JP (processo nº 200.1992.005.006-5), a qual declarou inexistente a obrigação tributária das empresas filiadas ao sindicato em relação ao pagamento do diferencial de alíquota de ICMS, relativo aos insumos empregados nas suas obras de construção civil; b) a atividade exclusiva da construção civil é fato incontroverso perante a Fazenda Pública; c) desnecessidade de instrução do pedido inicial com todos os documentos necessários à apuração do *quantum debeatur* antes da liquidação da sentença. Ao final, requer o provimento do apelo e, por conseguinte, a procedência do pedido exordial com o ressarcimento das custas processuais, taxas judiciárias e condenação de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor dos créditos atualizados até o trânsito em julgado da sentença.

Regularmente intimado na instância *a quo* (fls. 2.585v), o Estado não apresentou resposta ao recurso (certidão – fls. 2.585v).

No parecer de fls. 2.595/2.597, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

Despacho proferido pelo relator originário, Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, determinando a intimação pessoal do Procurador do Estado (fls.2.599).

Contrarrazões às fls. 2.603/2.625, pleiteando a manutenção da sentença, ocasião em que, o apelado interpôs Recurso Adesivo, postulando, tão somente, a majoração do valor atribuído aos honorários sucumbenciais para o patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (fls. 2.633/2.636).

Cota ofertada pelo Ministério Público, opinando pela ratificação do parecer ministerial anterior (fl. 2.631).

Contrarrazões ao recurso adesivo apresentada às fls. 2.645/2.652, pugnano pelo desprovimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer (fls. 2.662/2.667), opinando pelo processamento do recurso se, manifestação de mérito.

VOTO

De início, esclareço que os recursos serão analisados sob a égide da Lei nº 5.869/73, tendo em vista a sentença teve seus efeitos consumados ainda sob a vigência desse regramento, não obstante a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil.

1. Do Apelo

O cerne da presente demanda gira em torno do pedido de restituição de tributos de ICMS formulado por empresas da construção civil, com fundamento em acórdão transitado em julgado nos autos da ação declaratória de ilegalidade de relação tributária ajuizada pelo sindicato da categoria – SINDUSCON.

Conforme relatado, na referida demanda, movida pelo Sindicato em face do Estado da Paraíba, foi declarado a inexistência de obrigação tributária das empresas filiadas quanto ao pagamento do diferencial de alíquota de ICMS, relativo aos insumos empregados nas obras de construção civil.

Na sentença vergastada, o juízo *a quo* extinguiu o feito, com resolução de mérito, sob o fundamento de que caberia “às autoras o ônus de provar que tais valores possuem como fato gerador a compra de materiais a serem empregados nas obras de construção civil”. E, como “apresentaram apenas uma planilha com os valores que alegam serem devidos a cada empresa, não conseguiram comprovar os fatos constitutivos de seu direito, na forma prescrita pelo art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil”.

Data maxima venia, tenho que tal entendimento não merece prosperar.

A propósito, quanto ao ônus da prova, o artigo do Código de Processo Civil/1973, vigente à época da sentença, dispunha:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O legislador adotou método aparentemente simples de atribuição do encargo probatório a cada uma das partes, mas que encobre não poucas dificuldades; em princípio cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária (inciso II).

Por fatos constitutivos do direito – não importando de qual parte –, devem ser entendidos aqueles tomados como base para a afirmação de um direito de que se imagine ela titular, e que pretenda ver reconhecido em juízo. Já quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, impõe-se maior cautela, pois não se confundem eles com a mera negativa dos fatos aduzidos pela parte adversa.

Diante disso, nos autos em comento, entendo que a parte autora demonstrou, de forma suficiente, o direito do qual sustentava ser titular e que pretendia ver reconhecido em juízo, ao contrário do que decidiu o Magistrado *a quo*. Explico.

Inicialmente, verifica-se que a pretensão de restituição de indébito apoia-se em acórdão proferido em ação declaratória passada em julgado, ou seja, da qual não cabe mais recurso.

Com efeito, o acórdão em comento, firmou o entendimento de as empresas dedicadas à atividade de construção civil, ao adquirirem mercadorias em outro Estado, para fins de utilizá-las como insumos em suas obras, não são consideradas contribuintes do ICMS, razão pela qual não devem se submeter ao pagamento de diferencial de alíquota, diante da operação interestadual.

Outrossim, caso pratiquem atos diferentes de sua real atividade, produzindo ou comercializando os materiais de construção adquiridos mediante alíquota diferenciadas, passam a se enquadrar como contribuintes do referido imposto, sendo este, em tais casos, devido.

A matéria, diga-se, encontra-se sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no enunciado n. 432, segundo o qual *"as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais"*.

O Tribunal da Cidadania consolidou, inclusive, a questão, em recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, senão vejamos:

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)." (REsp 149.946/MS).

3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.¹ – grifo nosso

Não é demais acrescentar que o simples fato das construtoras se inscreverem como contribuintes do ICMS, por si só, não faz nascer a obrigação jurídico-tributária pelo pagamento do ICMS, como ensina o doutrinador Hugo de Brito Machado:

"É certo que não sendo a empresa de construção civil contribuinte do ICMS, como em verdade não é, a venda feita a ela está sujeita sempre à alíquota interna. Ocorre que as empresas de construção civil inscrevem-se no cadastro de contribuintes do ICMS por exigência das Fazendas Estaduais, e ganham com isto a condição de contribuinte que, se de fato não lhes é própria, não pode ser impugnada pelas próprias Fazendas, que a elas impõe o dever de inscrição.

Enquanto inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS, as empresas de construção civil podem comprar em outros Estados e ter essas vendas tributadas com alíquota interestadual.

Isto não quer dizer que devam pagar a diferença de alíquotas ao Estado onde tenham sede, ou ao Estado onde os produtos sejam utilizados em suas edificações. (...)". (*In Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2ª ed. - São Paulo : Dialética, 1999, p. 106)

Com base em tais premissas, o acórdão proveniente deste Egrégio Tribunal, declarou *"inexistente a obrigação tributária das empresas associadas à apelante em relação ao pagamento do diferencial de alíquota tão só quando os materiais de construção adquiridos em outras unidades da federação que se destinem a serem empregados nas suas obras de construção civil. Assim, fica ressalvada a possibilidade de cobrança de ICMS na hipótese de as empresas de construção civil adquirirem os materiais de construção de outros estados no intuito de comercialização com terceiros"* (fls. 38).

Assim, a questão de fundo encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada, não cabendo mais ao julgador primevo ou a esta Corte julgadora perquirir acerca da possibilidade ou não de cobrança de diferencial de alíquota nas hipóteses delineadas acima.

¹ REsp 1135489/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010

Neste ponto, faz-se oportuno observar que, em virtude do conteúdo meramente declaratório do acórdão em referência, não se afigura este título executivo hábil a fundar pedido de cumprimento pelas empresas de pagamento pelo Estado dos valores pagos em razão da cobrança indevida.

No que tange à controvérsia de proceder-se ao cumprimento da sentença nos casos em se tem como título executivo judicial sentença declaratória, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a sentença declaratória que reconhece a existência de dada obrigação de pagar é título executivo hábil a fundar pedido de cumprimento de sentença. Noutro vértice, inexistente o cunho condenatório no decreto judicial, mostra-se descabida a imediata execução do título pelo credor. Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCABIMENTO. TÍTULO EXECUTIVO COM EFICÁCIA MERAMENTE DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. No caso dos autos, verifica-se que não houve nenhum cunho condenatório no provimento judicial a fim de possibilitar a imediata execução do título, pois o acórdão se limitou a reconhecer, tão somente, a inexistência do débito relativo ao custo administrativo, o que não viola os arts. 475-N e 475-J.

2. A divergência jurisprudencial suscitada não atende ao requisito da identidade fático-jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que as peculiaridades do caso vertente não se encontram espelhadas nos paradigmas, os quais, à toda evidência, lastrearam-se em fatos, provas e circunstâncias distintas das constantes dos autos sob análise.

3. Agravo regimental não provido.²

No caso dos autos, o provimento judicial não teve cunho condenatório, pois se limitou a reconhecer a inexistência de obrigação tributária das empresas filiadas ao sindicato em relação ao pagamento do diferencial de alíquota de ICMS, relativo aos insumos empregados nas suas obras de construção civil. Em nenhum momento, houve a condenação do Estado em relação ao imposto pago indevidamente, a ponto de ensejar cunho condenatório na decisão a fim de possibilitar a imediata execução do título pelas empresas.

Assim, ausente eficácia executória do acórdão, hábil à satisfação dos créditos das construtoras, coube-lhes ajuizar a presente

² AgRg no REsp 1337462 SP 2012/0164432-4, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES Publicação DJe 29/05/2014, Julgamento 20 de Maio de 2014.

demanda de repetição de indébito, para que pudessem ser ressarcidas pelos valores cobrados pelo Fisco de maneira ilegal.

In casu, ao contrário do que entendimento adotado na sentença ora apelada, tenho que as notas fiscais encartadas aos autos são provas suficientes de que houve o recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS, fato este, inclusive, confirmado pelo ente estatal. Do mesmo modo, o fato de que as empresas autoras exercem exclusivamente a prestação de serviços na área da construção civil não foi, em nenhum momento, refutado pelo demandado, tornando-se, pois, incontroverso.

A meu sentir, restou incontroverso o fato de que as apelantes adquiriram mercadorias em outro Estado da Federação e as destinaram à execução das obras de seus clientes, inexistindo, portanto, prova de fato impeditivo do direito das promoventes, no sentido de que houve a circulação jurídico-econômica desses bens ou produtos, capaz de gerar o fato imponível do ICMS.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

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 demérito, 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 improvido³ – grifei .

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONSTRUÇÃO CIVIL. ATIVIDADES REALIZADAS PELA EMPRESA AGRAVADA NÃO SUJEITAS AO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. Nos termos do art. 530 do CPC, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

2. As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS, nem o diferencial de alíquota, sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais. Precedentes do STJ e do STF.

3. Existem provas nos autos do recolhimento do ICMS pela embargante, bem como presunção de que as atividades que esta realiza são aquelas descritas em seu contrato social, cabendo ao embargado, em sede de contestação, provar que a embargante exerce outras atividades alheias às descritas em seu contrato social, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC.

4. Embargos infringentes conhecidos e providos.

5. Manutenção da sentença de primeiro grau.⁴

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS AFASTADO – ATOS DE COMÉRCIO NÃO COMPROVADOS – MÁ-FÉ - REJEITADA -PREQUESTIONAMENTO - RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Conforme se verifica dos documentos acostado aos autos, não restam dúvidas de que a apelada adquire materiais de construção em outra unidade federativa. Quanto a comprovação do destino de tais mercadorias, os alvarás de construção, não impugnados pelo apelante e correspondentes ao mesmo período das compras, demonstram de forma válida sua destinação. Consequentemente, tendo a apelada/autora demonstrado o fato constitutivo de seu direito, cabia ao Estado a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (art. 333, II, do CPC), o que, efetivamente, não o fez.

³ STJ, AgRg no AgRg no REsp 1106214 MG, Segunda Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 07/03/2012.

⁴ TJPI, Embargos Infringentes Nº 2010.0001.000181-2, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, Câmaras Reunidas Cíveis, Data de Julgamento: 15/06/2012

2. Agiu com acerto a sentença recorrida ao "declarar a inexistência de relação jurídica tributária principal entre as partes, na hipótese de aquisição pela autora de materiais de construção em unidade da Federação diversa do Mato Grosso do Sul a serem aqui empregados, em obras e construções de responsabilidade da autora, para as quais foi contratada por terceiros." Nada impede que, acaso o apelante venha a constatar a comercialização dos materiais, seja aberto procedimento administrativo a fim de apurar os fatos.

3. Quanto a alegação de que a empresa, no Estado de origem, se declara contribuinte do tributo para que arque com quantia menor, e no Estado de destino se declara não contribuinte, esquivando-se do pagamento do diferencial, necessário se faz esclarecer que a má-fé não se presume, devendo ser efetivamente comprovada nos autos. Por outro lado, estando a empresa de construção civil desobrigada do pagamento do diferencial do ICMS no Estado de destino (súmula 532 do STJ), cabe ao Estado de origem suscitar o ilícito.

4. Se a questão já foi suficientemente debatida é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.⁵

Portanto, a teor do exposto, a restituição do que foi cobrado e pago indevidamente pelas apelantes a título de diferencial de alíquota de ICMS, durante o período não prescrito, quando da aquisição de produtos em outros estados e aplicados como insumos em suas obras, é medida que se impõe, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Cumpre notar que o pedido de restituição do ICMS indevidamente recolhido não encontra óbice, no presente caso, na regra do artigo 166 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe: *"A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prova haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la"*.

Isto porque, ao adquirirem mercadorias de outros Estados para fins de utilizá-los como insumos em suas obras, as apelantes não são contribuintes do ICMS, de sorte que não praticam operações tributáveis pelo aludido imposto, sendo vedada, por tal razão a transferência de tal encargo a terceiros.

⁵ TJMS, REEX 00028008420128120029 MS 0002800-84.2012.8.12.0029, Órgão Julgador 5ª Câmara Cível, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel Publicação 09/07/2013

Acrescente-se que o valor devido a título de restituição deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença, momento em que, deverão ser observadas as notas de entrada e saída de mercadorias e de prestação do serviço, bem como o que foi adquirido para utilização nas obras e servir de insumo para prestação de serviços, utilizando-se, as técnicas fiscais e contábeis pertinentes.

É o que se extrai da jurisprudência da Corte Superior de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INATIVO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. JUROS DE MORA. DIES A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRECEDENTE EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DOCUMENTO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO. JUNTADA DE TODOS DEMONSTRATIVOS DE PAGAMENTO/RETENÇÃO DA EXAÇÃO. DESNECESSIDADE. SUFICIENTE A COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE. APURAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*. FASE DE LIQUIDAÇÃO. PRECEDENTE EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. "Nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, "Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença". Tal regime é aplicável à repetição de indébito de contribuições previdenciárias, que também têm natureza tributária." (REsp 1086935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 24.11.2008, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08).

3. **Em demanda voltada à repetição do indébito tributário é imprescindível apenas a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de pagamento/retenção do tributo no momento da propositura da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o *quantum debeatur*.** Precedente: REsp

1111003/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 25.5.2009, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08.

4. Recurso especial parcialmente provido. (Sem negrito, no original).⁶

Saliento que sobre os valores a serem restituídos, não deverá incidir a taxa SELIC para a atualização monetária sobre todo o período de indébito. Isso porque, no julgamento do REsp Nº 1.111.189/SP⁷, decidido sob o rito do art. 543-C do CPC/73, o Tribunal da Cidadania determinou ser *“incidente a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos”*.

No Estado da Paraíba, a Lei nº 9.884/2012 (com produção de efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013), alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.379, a qual passou a dispor, em seus artigos 59, inciso I, e 65, § 3º:

Art. 59. Os débitos decorrentes do não recolhimento do imposto no prazo legal ficarão sujeitos a:

I – juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, para títulos federais, ou qualquer outro índice que vier a substituí-la, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo até o mês anterior ao da liquidação, acrescidos de 1% (um por cento) no mês do pagamento;

Art. 65. As quantias indevidamente recolhidas aos cofres do Estado serão restituídas a requerimento do contribuinte, desde que este comprove que o respectivo encargo financeiro não foi transferido a terceiro, ou, no caso de tê-lo recebido de outrem, estar por este devidamente autorizado

⁶ REsp 1089241/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011

⁷TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL. 1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido (EResp 399.497, ERESP 225.300, ERESP 291.257, Eresp 436.167, EResp 610.351). 2. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, § único do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso. 3. **Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos.** Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção. 4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito. 5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (STJ, REsp 1111189/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

a recebê-las.

(omissis)

§ 3º A restituição de tributos será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, ou qualquer outro índice que vier substituí-la, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da restituição, acrescidos de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Sendo assim, considerando o teor da legislação estadual e em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.111.189/SP, *in casu*, deverá ser aplicada a seguinte regra para o cálculo dos consectários legais: 1) antes do advento da Lei Estadual nº 9.884/2012, incidirá a correção monetária desde o pagamento indevido (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN.

Por fim, observo que a condenação do Estado à devolução das parcelas de ICMS pagas indevidamente deve observar a prescrição quinzenal, devendo ser contada, no caso de tributo sujeito à homologação, como é o caso do ICMS, da data da extinção do crédito tributário, ou seja, do pagamento antecipado do tributo, segundo o disposto nos art. 165, inciso I, art. 168, inciso I, ambos do CTN c/c art. 3º da LC 118/2005, que rezam:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;”

(...)

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário”

“Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, ressaltando a aplicação da alteração procedida pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, às ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005. A propósito:

“DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. **Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.** O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a

aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.⁸

Na mesma trilha, o Superior Tribunal de Justiça passou a corroborar o referido entendimento, aplicando a Lei Complementar nº 118/2005 às demandas ajuizadas após 9 de junho de 2005, não mais utilizando a data do pagamento do tributo como fator de incidência da nova legislação. É o que se extrai do seguinte Recurso Especial representativo da controvérsia:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para

⁸ STF, RE 566621/RS, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe 11/10/2011

dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). **Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.**

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.⁹
- grifei

Tendo em vista que a presente ação foi distribuída em 2006, a repetição do indébito tributário deverá observar o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005.

2. Do Recurso Adesivo

Em consequência da alteração da sentença ora perpetrada, resta prejudicado o recurso adesivo, o qual foi interposto visando unicamente a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença de base.

Por fim, no tocante à pretensão de majoração do valor atribuído aos honorários sucumbenciais para o patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, o pedido comporta parcial acolhimento.

Embora a sentença tenha sido modificada e acarretado julgamento desfavorável ao promovido, ora apelado, em virtude do reconhecimento do dever de restituição de indébito; tal fato enseja a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC/73:

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Ao reverso, como a reforma da sentença restringiu-se apenas ao afastamento do pedido de transferência de crédito a terceiros, não entendo que isso tenha modificado o polo vencedor e o vencido, sendo a hipótese de decaimento em parte mínima do pedido, razão pela qual fixo acolho parcialmente o pedido dos apelantes para fixar o valor dos honorários

⁹ STJ, REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 04/06/2012.

advocatícios no patamar de 10%(dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO CÍVEL**, para reformar a sentença, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, tão somente, para condenar o Estado da Paraíba a restituir os valores pagos a título de ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais, na forma de compensação tributária, correspondente aos últimos cinco anos da data do ajuizamento da ação, acrescidos dos honorários advocatícios e dos consectários legais nos moldes já referidos, cujo valor será calculado em liquidação de sentença. Outrossim, **JULGO PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.**

É como voto.

Presidiu a sessão a Exm^a. Des^a. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti. Participaram do julgamento, além do Relator, eminente Dr. Carlos Eduardo Leite Lisboa (Juiz convocado, com jurisdição limitada, para substituir a Des^a. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti), o Exm^o. Des. José Ricardo Porto e o Des. Leandro dos Santos. Presente à sessão o Exm^o. Dr. Herbert Douglas Targino, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em 25 de abril de 2017.

Juiz Carlos Eduardo Leite Lisboa
RELATOR