



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete da Des. Maria das Graças Morais Guedes

ACÓRDÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 2004603-06.2014.815.0000

Origem : 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital
Relator : Dr. Marcos Coelho de Salles – Juiz Convocado para substituir a Des. Maria das Graças Morais Guedes.
Embargante : Estado da Paraíba
Procurador : Sérgio Roberto Felix Lima
Embargado : CAENGE S/A Construção Administração e Engenharia
Advogado : Michel Pereira Barreiro

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ENFRENTADA NO ACÓRDÃO. MEIO ESCOLHIDO IMPRÓPRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PREQUESTIONAMENTO. REJEIÇÃO.

Os embargos de declaração, ao fundamento de omissão, não se prestam para modificação do mérito recursal, demonstrando o embargante, na verdade, simples inconformismo com o resultado do julgado.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, **em rejeitar os embargos declaratórios.**

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo **Estado da Paraíba** contra o acórdão desta eg. Câmara Cível, fls. 117/122, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento por ele manejado contra decisão interlocutória prolatada pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Fiscal c/c Anulatória ajuizada por **CAENGE S/A Construção Administração e Engenharia**, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, fls. 85/87, determinando que *“o réu se abstenha de inscrever o nome do agravado em dívida ativa e ajuizar execução fiscal decorrente do diferencial de alíquota de ICMS relativo à aquisição dos banheiros químicos descritos na Nota Fiscal 007 (...)”*.

Alega a embargante que houve omissão no acórdão, uma vez que a decisão não se pronunciou acerca dos *“requisitos da antecipação de tutela no plano da norma e, dentro do julgamento, foi mantido o deferimento do provimento de urgência.”* (sic)

Aduz ainda que *“apesar do ora embargante ter demonstrado nas razões do agravo julgado pelo acórdão embargado a ausência dos requisitos da antecipação de tutela, notadamente, a ausência de fundado receio de dano grave e difícil reparação, de modo que a decisão ora embargada não se manifestou a respeito de tal pressuposto de fato e de direito dos autos que se subsume ao requisito do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, na forma como exige o art. 273, I, do CPC.”* (sic)

Pugna pelo acolhimento dos embargos de declaração a fim de serem sanadas as questões omissas no que se refere à subsunção do pressuposto do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para fins de concessão de tutela antecipada. *“(...) requer, desde já, que seja debatido os embargos de declaração com o devido prequestionamento do art. 273, I, do CPC, sem prejuízo dos arts. 165, 458, II, do CPC e do art. 93, IX, da CF (...)”* (sic)

É o relatório.

VOTO

Dr. Marcos Coelho de Salles – Juiz Convocado

Os embargos devem ser rejeitados, pois não buscam sanar quaisquer vícios existentes no acórdão, mas simplesmente rediscutir matéria já julgada, o que é inadmissível nesta via.

Sustenta o embargante que o acórdão foi omissivo, uma vez que não analisou os *“requisitos da antecipação de tutela no plano da norma e, dentro do julgamento, foi mantido o deferimento do provimento de urgência”*. (sic)

Pois bem.

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJSP 115/207, in Theotonio Negrão, CPC anotado, nota n. 17a ao art. 535).

O Estado da Paraíba (embargante) se insurgiu da decisão interlocutória de fls. 85/87, que determinou ao recorrente que se absteresse de inscrever o nome do recorrido (CAENGE S/A Construção Administração e Engenharia) na dívida ativa e ajuizasse execução fiscal para cobrar diferença de alíquota de ICMS relativo à aquisição dos banheiros químicos descritos na Nota Fiscal 007.

Esta relatoria ao analisar o pedido de efeito suspensivo, fls. 94/97, negou o pedido de liminar nos seguintes termos:

“Portanto, não vislumbro o periculum in mora, uma vez não existe perda do que não é devido; tão menos o fumus boni juris, porquanto as empresas de construção civil não estão obrigadas a recolher o ICMS sobre produtos adquiridos para uso próprio em outros estados.”

No julgamento de mérito do agravo, esse sodalício assim fundamentou:

No que se refere ao questionamento de ser o agravado devedor ou não da diferença de alíquota do ICMS, pouco há o que se discutir, considerando a pacífica jurisprudência sobre o tema.

Nos contratos de empreitada, os materiais empregados na construção civil não são considerados mercadorias, nem, obviamente, circulam como tal. Logo, não há que se falar em incidência de ICMS.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 432, onde destaca que as empresas de construção civil, não estão obrigadas a recolher o ICMS sobre produtos adquiridos para uso próprio em outros estados, vejamos:

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

Nesse sentido é a jurisprudência. Confirmam-se:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO DE AGRAVO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. (...). 4. 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 não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual, razão que não considero vulnerados os arts. 267, I, do CPC, 7º, 10 e 12 da Lei nº 12.016/09; 155, VII, § 2º, da CF; 2º, II, "b", da Lei nº 12.136/01; 47 e 48 da Lei nº 10.259/89 e a Súmula nº 432 do STJ. 5. Recurso de agravo improvido por unanimidade. (TJPE; AG 0246700-5/01; Recife; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto; Julg. 29/09/2011; DJEPE 18/10/2011)

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. Apelação cível. Ação de repetição de indébito tributário. Preliminar de ilegitimidade ativa.

Ausência de comprovação de que a empresa assumiu o encargo financeiro do tributo, não o transferindo à terceiro. Rejeição. Autos devidamente instruídos. **Conjunto probatório suficientemente idôneo para demonstrar a ausência de repasse dos valores recolhidos a título de ICMS pela empresa de engenharia. Insumo próprio à atividade de construção civil. Não incidência do ICMS sobre operações interestaduais de mercadorias por empresa que atua no ramo da construção. Inteligência da Súmula nº 432 do STJ.** Direito à repetição do indébito do valor pago indevidamente à título de icms-difal ao Estado do Rio Grande do Norte, corrigidos com base na taxa selic. Artigo 165 do código tributário nacional. Conhecimento e provimento da apelação. (TJRN; AC 2012.010714-3; Parnamirim; Segunda Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Artur Cortez Bonifácio; DJRN 29/05/2013; Pág. 96)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. VEDAÇÃO À TRIBUTAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. 1) Mais do que sedimentado na jurisprudência do STJ [súmula nº 432], não poder o estado cobrar diferencial de alíquota do ICMS nas operações interestaduais de aquisição de insumos das empresas de construção civil; 2) Ainda eventualmente não tenha a autora precisamente identificado as suas operações nas notas fiscais emitidas [comércio ou serviço de construção civil], a decisão agravada deixou claro que a suspensão dos débitos é relativa somente à cobrança de ICMS de insumos para a atividade de construção civil, razão pela qual há de ser mantida; 3) De igual modo, ao determinar a emissão de certidão negativa com efeito positivo, é óbvio que a certificação em questão diz respeito àquelas operações em discussão na ação principal, não podendo nem devendo tal determinação ser estendida a operações que sejam passíveis da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS por incidência em seu fato gerador [operações não relativas à construção civil em si mesma considerada]; 4) Agravo não provido. (TJAP; Proc 0001101-63.2013.8.03.0000; Câmara Única; Rel. Des. Raimundo Vales; Julg. 17/09/2013; DJEAP 25/09/2013; Pág. 27)

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EMPRESA. OBJETO SOCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE

CONSTRUÇÃO CIVIL. CONTRIBUINTE. EXAÇÃO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. ISS. FOMENTO DAS ATIVIDADES. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS). DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. UTILIZAÇÃO DOS PRODUTOS COMO INSUMOS EM OBRAS DE ENGENHARIA. EXIGÊNCIA. ILEGALIDADE. ATUAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO. (...) **2. A empresa de construção civil, no desenvolvimento de suas atividades fins, é contribuinte, em princípio, apenas do Imposto sobre Serviços - ISS, por não compreender a execução das obras que erige a circulação de mercadoria passível de ensejar a germinação do fato gerador do ICMS, resultando que, adquirindo produtos destinados a serem usados como insumos dos serviços que executa na unidade produtora, não está sujeita ao recolhimento ou à complementação do ICMS ante o diferencial de alíquota praticada pelo estado no qual o produto fora usado (STJ, Súmula nº 432). (...)** (TJDF; Rec 2011.01.1.003689-8; Ac. 638.567; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJDFTE 06/12/2012; Pág. 276)

Desse modo, inviável a discussão sobre o tema, pois é incontroverso que a empresa de construção civil, adquirindo mercadorias em outro estado da Federação, como insumos de suas obras, não é contribuinte da diferença de alíquota do ICMS.

Como pode ser visto, toda problemática que envolve o tema (cobrança de diferença de alíquota de ICMS relativo à aquisição de banheiros químicos descritos na Nota Fiscal 007) foi analisada de forma clara e objetiva, não carecendo de qualquer omissão ou dúvida.

Ademais, em um litígio, onde se busca a tutela jurisdicional do Estado, nem sempre as partes ou uma delas lê ou escuta o que gostaria, sendo, no entanto, vedado ao julgador, dar o direito sem qualquer respaldo ou fundamentação jurídica, o que no presente caso não ocorreu.

Logo, infere-se que o embargante pretende rediscutir ou buscar vício em matéria amplamente analisada quando do julgamento do agravo, não sendo este o meio recursal cabível.

Ainda que para fim de prequestionamento, devem estar presentes um dos três requisitos ensejadores dos embargos de declaração, razão pela qual merecem ser rejeitados. Vejamos:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. DESACOLHIMENTO. PROPÓSITO PROCRASTINATÓRIO. MULTA APLICADA. REJEIÇÃO. - Os embargos declaratórios têm a finalidade de esclarecer pontos omissos, obscuros ou contraditórios existentes na decisão, não servindo para reexame de matéria decidida. **Ainda que para fim de prequestionamento, devem estar presentes um dos três requisitos ensejadores dos embargos de declaração.** Quando os embargos forem manifestamente protelatórios aplica-se a multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC. (TJPB - Acórdão do processo nº 00120120109168001 - Órgão (1 CAMARA CIVEL) - Relator DES. MANOEL SOARES MONTEIRO - j. Em 30/07/2012).

Com essas considerações, **rejeito os Embargos Declaratórios.**

É como voto.

Presidiu o julgamento, desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 09 de dezembro de 2014, conforme certidão de julgamento de fl. 134, o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Participaram do julgamento o Exmo. Dr. Marcos Coelho de Salles juiz convocado para substituir a Desa. Maria das Graças Morais Guedes (relatora), o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz e o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides.

Presente à sessão, o Exmo. Dr. Doriel Veloso Gouveia, Procurador de Justiça.

Gabinete no TJ/PB, em João Pessoa-PB, 10 de dezembro de 2014.

Dr. Marcos Coelho de Salles
Juiz Convocado