



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.489 - AL (2009/0069502-3)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX  
RECORRENTE : ESTADO DE ALAGOAS  
PROCURADOR : LUIZ JANUÁRIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONCRETO AMORIM CONSTRUÇÕES LTDA  
ADVOGADO : CID DE CASTRO CARDOSO E OUTRO(S)

### EMENTA

**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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.489 - AL (2009/0069502-3)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE ALAGOAS, com fulcro na alínea "a", do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, cuja ementa restou assim vazada:

*"REMESSA EX OFFICIO. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. FALTA DE INTERESSE. MÉRITO. CONSTRUTORA. AQUISIÇÃO. MATERIAL. ESTADOS DIVERSOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA.*

*1. Preliminar. Falta de interesse processual. Se à empresa está sendo cobrado tributo sem que haja relação jurídico-tributária embasando dita exação, é evidente que há interesse processual na propositura de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com o intento de ver cessada a exação indevida. Preliminar rejeitada.*

*2. As construtoras que adquirem material em Estado instituidor de alíquota de ICMS mais favorável, ao utilizarem essas mercadorias como insumos em suas obras, não estão compelidas à satisfação do diferencial de alíquota de ICMS do Estado destinatário, uma vez que essas construtoras são, de regra, contribuintes do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios.*

*3. Remessa EX OFFICIO conhecida e sentença mantida. Decisão unânime."*

Noticiam os autos que CONCRETO AMORIM CONSTRUÇÕES LTDA., empresa destinada à exploração do ramo de construção e incorporação de imóveis, ajuizou ação ordinária em desfavor do ESTADO DE ALAGOAS, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao pagamento de diferencial de alíquotas de ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias/insumos utilizados em obras de construção civil.

Sobreveio sentença que julgou procedente o pedido, afastando *"a exigência de recolhimento de diferencial de alíquota, proveniente das operações interestaduais impostas à autora, por força do RICMS/AL, bem como as sanções acessórias, oriundas da citada norma, para declarar a inexistência de obrigação tributária entre a requerente e o Fisco alagoano, quando da aquisição de mercadorias para uso na produção, própria, da construção civil, pela autora"*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de remessa necessária, a sentença restou confirmada, nos termos da ementa anteriormente transcrita.

Nas razões do especial, sustenta o recorrente que o acórdão hostilizado incorreu em violação do artigo 4º, da Lei Complementar 87/96, uma vez que *"quando as empresas de construção civil, como qualquer outra, ao adquirir mercadorias em Estado federado diverso do que está localizado, qualificarem-se a contribuintes do ICMS quando da dita aquisição, estará submetidas, por certo, à sistemática do diferencial de alíquota"*. De acordo com o recorrente, *"correto é presumir que se as empresas se equivalem a contribuintes do ICMS quando adquirem as mercadorias, tais mercadorias não se prestarão a servir de insumos a sua atividade típica de prestação de serviço de construção, e sim, destinar-se-ão a posteriores operações de circulação, estas submetidas a carga tributária do ICMS"*.

Às fls. 175/188, consta recurso extraordinário interposto pelo recorrente, admitido na origem.

Apresentadas contra-razões ao apelo extremo, que recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância ordinária.

Em 28.09.2009, o presente recurso especial foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção desta Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução n.º 08, de 07.08.2008, do STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

**"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. INCIDENTE PROCESSUAL DE APRECIÇÃO E JULGAMENTO DE RECURSOS COM FUNDAMENTO EM IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO (RECURSOS REPETITIVOS), NOS TERMOS DO ART. 543-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS POR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. PRELIMINAR DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL: CONHECIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL. DELIMITAÇÃO, DE MODO ESTRITO, DO ESCOPO DA COGNIÇÃO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTO À MATÉRIA A SER DEBATIDA E JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NOS TERMOS DO ART. 543-C, DO CPC.

*I - DESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL: Trata-se de recurso especial interposto pela alínea 'a' do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal (CF) contra acórdão da Primeira Câmara Cível em que o Estado de Alagoas (recorrente) sustenta que o acórdão recorrido teria violado o artigo 4º, da Lei Complementar nº 87/96.*

*II - PRELIMINAR DE CONHECIMENTO DO RECURSO: Propõe-se o conhecimento da pretensão recursal pela alínea 'a', do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal.*

*III - DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA A SER JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO: Considerando a relevância da matéria e a delimitação dos aspectos a serem discutidos no presente recurso especial, mostra-se adequada a submissão do julgamento deste recurso especial ao procedimento instituído pela lei nº 11.672/2008, que introduziu o incidente de processos repetitivos de que trata o art. 543-C, do CPC.*

*IV - ANÁLISE DE MÉRITO - IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL DO RECORRENTE: A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que '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' (AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).*

*V - CONCLUSÃO DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Parecer pelo conhecimento da pretensão recursal e, no mérito, o Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso especial, aplicando ao caso os efeitos do art. 543, 'c', § 7º, do CPC."*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.489 - AL (2009/0069502-3)

### EMENTA

**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: **REsp 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*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada, que se cinge à 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.

Consoante anteriormente relatado, a Fazenda Pública Estadual, nas razões do especial, sustenta que o acórdão hostilizado incorreu em violação do artigo 4º, da Lei Complementar 87/96, uma vez que *"quando as empresas de construção civil, como qualquer outra, ao adquirir mercadorias em Estado federado diverso do que está localizado, qualificarem-se a contribuintes do ICMS quando da dita aquisição, estará submetidas, por certo, à sistemática do diferencial de alíquota"*. De acordo com o recorrente, *"correto é presumir que se as empresas se equivalem a contribuintes do ICMS quando adquirem as mercadorias, tais mercadorias não se prestarão a servir de insumos a sua atividade típica de prestação de serviço de construção, e sim, destinar-se-ão a posteriores operações de circulação, estas submetidas a carga tributária do ICMS"*.

O artigo 4º, da Lei Complementar 87/96, dispõe que:

*"4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

*Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:*

*I = importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento;*

*Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)*

*I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)*

*II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

*III = adquira em licitação de mercadorias apreendidas ou abandonadas;*

*III – adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)*

*IV = adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização.*

*IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)"*

O artigo 155, § 2º, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, preceitua que:

*"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

*(...)*

*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;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

*(...)*

*§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

*(...)*

*VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:*

*a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*

*b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;*

*VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;*

*(...)"*

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que 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.

À guisa de exemplos, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados proferidos





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela Excelsa Corte:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇO - ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS: IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."* (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)

*"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS PARA UTILIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ALEGADA OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. SÚMULA 279 DO STF.*

*I - As empresas de construção civil por serem, em regra, contribuintes do ISS , ao adquirir, em outros Estados, materiais para empregar em suas obras, não estão compelidas a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do ICMS cobrada pelo Estado destinatário. Precedentes.*

*II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da Constituição, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado.*

*III - Para entender em sentido diverso do acórdão recorrido quanto à utilização dos insumos adquiridos nas obras de construção civil da empresa agravada, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que inviável, a teor da Súmula 279 do STF.*

*IV - Agravo improvido."* (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)

*"Agravo regimental em recurso extraordinário 2. Construtoras. Empresas contribuintes do ISS. Alíquota diferenciada de ICMS. Cobrança. Impossibilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (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)

*"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS PARA UTILIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTA. DIFERENCIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CF, art. 102, III, b.*

*I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário.*

*II. - Adquirindo material em Estado que pratique alíquota mais favorável, as empresas de construção civil não estão compelidas, uma vez empregadas as mercadorias em obra, a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do Estado destinatário. Precedente.*

*III. - O pressuposto constitucional do recurso extraordinário, inscrito no art. 102, III, b, da CF, é que tenha a decisão recorrida declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Se isso não ocorreu, segue-se a impossibilidade de o recurso, interposto com fundamento na citada alínea b, ser admitido.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. - *Agravo não provido.*" (AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005)

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS - ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS - MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR CONSTRUTORA PARA EMPREGO EM OBRA - IMPROPRIEDADE DA COBRANÇA DA DIFERENÇA - AGRAVO DESPROVIDO. As construtoras que adquirem material em Estado instituidor de alíquota de ICMS mais favorável, ao utilizarem essas mercadorias como insumos em suas obras, não estão compelidas à satisfação do diferencial de alíquota de ICMS do Estado destinatário, uma vez que essas construtoras são, de regra, contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios. Recurso em manifesto confronto com a jurisprudência desta Corte."* (AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004)

*"COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. A regência da matéria não decorre da Carta da República, mas da legislação local, deixando o desfecho da controvérsia de desafiar o recurso extraordinário. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ALÍQUOTA DIFERENCIADA - DIFERENÇA - COBRANÇA - CONSTRUTORA. As construtoras são, de regra, contribuintes, considerado o tributo municipal - Imposto sobre Serviços. Adquirindo material em Estado que pratique alíquota mais favorável, não estão compelidas, uma vez empregadas as mercadorias em obra, a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do Estado destinatário. Interpretação do disposto no artigo 155, § 2º, inciso VII, da Constituição Federal."* (AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000)

A Primeira Seção desta Corte consolidou o mesmo entendimento que pugna pela impossibilidade de cobrança de diferencial de alíquota de ICMS das empresas de construção civil que adquirem mercadorias em Estado diverso para aplicação em obra própria:

*"TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA.*

*1 - As empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercância diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.*

*2 - 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).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3 - Embargos de divergência rejeitados." (EREsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000)

Recentes julgados das Turmas de Direito Público corroboram ser pacífica a jurisprudência sobre o *thema iudicandum*:

"TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO DESTINADO A OBRAS DA ADQUIRENTE. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

1. Discute-se a cobrança do diferencial entre as alíquotas interestadual e interna de ICMS, na aquisição de material de construção por construtoras.

2. As alíquotas interestaduais somente aproveitam aos adquirentes que sejam contribuintes do ICMS, conforme o art. 155, § 2º, VII, "a", da CF. Nessas hipóteses, é pacífico o entendimento de que o Estado de destino pode cobrar o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território.

3. No caso de compradores não-contribuintes do ICMS, como o das construtoras em relação aos insumos aplicados em suas obras, as aquisições interestaduais devem se sujeitar à alíquota interna (maior que a interestadual), nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. Evidentemente, não haverá diferencial de alíquota a ser recolhido ao Estado de destino.

4. Ocorre que determinadas construtoras (caso da recorrida) identificam-se como contribuintes do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, aproveitando, assim, a alíquota interestadual. Paradoxalmente, argumentam ao Fisco de destino que não são contribuintes do ICMS, para escaparem do diferencial de alíquota.

5. A Segunda Turma já teve a oportunidade de consignar que a atitude desses contribuintes agride o Princípio da Boa-Fé Objetiva que deve orientar as relações com o fisco. Admite-se, na hipótese, a aplicação de multas previstas na legislação estadual.

6. Inviável, no entanto, a cobrança do diferencial de alíquota, como pretende o recorrente.

7. Como a construtora não é contribuinte do ICMS, o tributo estadual deveria ter sido calculado pela alíquota interna sobre o preço da operação interestadual e recolhido integralmente pelo vendedor ao Estado de origem, nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. Não há crédito, portanto, em favor do Fisco de destino (recorrente).

8. Recurso Especial não provido." (REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009)

"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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 15.05.2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. LEI COMPLEMENTAR 87/96. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. NÃO INCIDÊNCIA. ATIVIDADES REALIZADA PELA EMPRESA AGRAVADA NÃO SUJEITAS AO ICMS. INCIDÊNCIA DA SÚM. 7/STJ. PRECEDENTES.

1. As empresas de construção civil não se sujeitam à tributação do ICMS na aquisição de mercadorias em operações interestaduais para utilização nas obras que executam.

2. Para se chegar à conclusão contrária a que chegou o Tribunal a quo, no tocante a atividade realizada pela empresa agravada, faz-se necessário incursionar no contexto fático-probatório da demanda, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. PEÇAS ESSENCIAIS À FORMAÇÃO DO AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIA UTILIZADA EM OBRA. INEXIGIBILIDADE DO IMPOSTO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

(...)

4. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que as empresas de construção civil não estão obrigadas ao recolhimento do diferencial da alíquota do ICMS relativa à aquisição de mercadorias em outros estados destinadas à utilização em suas obras.

5. Agravo regimental conhecido, mas desprovido." (AgRg no Ag 889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS.

1. É ilegítima a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil quando da aquisição de bens necessários ao desempenho de sua atividade-fim. Precedentes.

2. Recurso especial provido." (REsp 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

2. "As empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS ao adquirir mercadorias em operações interestaduais para empregar nas obras que executam" (Resp. 613213, 1ª T. Rel. Min Teori A. Zavascki, DJ de 30.05.2005).

3. Recurso especial a que se dá provimento." (**REsp 909.343/DF**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007)

**"TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

(...)

2. É assente na Corte que "as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras. 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 149946/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/03/2000).

3. Consequentemente, é inadmissível a retenção, pelos Estados, do diferencial de alíquotas relativo à operações interestaduais efetuadas por empresa de construção civil para aquisição de mercadorias sem objetivo de comercialização.

4. Agravo Regimental desprovido." (**AgRg no Ag 687.218/MA**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006)

Com essas considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL fazendário.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção e aos Tribunais de Justiça Estaduais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do *Codex Processual* (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0069502-3

**REsp 1135489 / AL**

Números Origem: 20080023679000000 20080023679000100

PAUTA: 09/12/2009

JULGADO: 09/12/2009

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ESTADO DE ALAGOAS  
PROCURADOR : LUIZ JANUÁRIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONCRETO AMORIM CONSTRUÇÕES LTDA  
ADVOGADO : CID DE CASTRO CARDOSO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de dezembro de 2009

Carolina Vêras  
Secretária