



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.140.585 - MG (2009/0175287-8)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MAGMA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA**
ADVOGADO : **EVARISTO FERREIRA FREIRE JÚNIOR E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
ADVOGADO : **AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - VENDA A EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL - ALÍQUOTA INTERESTADUAL - DESCABIMENTO - REsp 1135349/AL - ART. 543-C DO CPC

1. A alíquota interestadual é aplicável nas operações interestaduais de venda de bens ou mercadorias com empresas de construção civil quando estas aplicam os bens ou mercadorias em obras realizadas sob sua supervisão ou quando revendem as mercadorias a terceiros. No mesmo sentido é o art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar 116/2003.

2. Aquisição de materiais de construção para aplicação em obra própria caracteriza consumo e afasta a qualidade de contribuinte do imposto, sendo devida a alíquota interna. Precedentes do STJ.

3. Questão jurídica pacificada no REsp 1135349/AL, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.12.2009, DJe 01.02.2010.

4 Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 04 de março de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.140.585 - MG (2009/0175287-8)

RECORRENTE : MAGMA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADO : EVARISTO FERREIRA FREIRE JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim ementado:

(f. 140)

Nas razões de recurso especial, aponta-se violação ao art. 1º, *caput* e § 2º da LC 116/03; arts. 4º e 6º da LC 87/96, arts. 109, 110 e 121 do CTN; arts. 79 a 84 do CC/02 e art. 535, I e II do CPC, sustentando, em síntese, que :

a) o serviço de engenharia civil é previsto no item 7.01 e 7.02 da lista anexa à LC 116/2003 e sujeito exclusivamente ao ISS;

b) é indevida a cobrança de diferencial de alíquota do ICMS das prestadoras de serviço de construção civil;

c) a venda de imóveis não se amolda à hipótese de *circular mercadoria*, prevista numa das bases materiais do ICMS, já que *mercadoria* significa *coisas móveis que se compram e se vendem, por atacado e varejo, nas lojas, armazéns, mercados ou feiras, sem produtos da natureza, sejam da indústria, na sua variedade intensa*;

d) por não realizar fatos típicos de ICMS não se pode sujeitar ao regime de substituição tributária previsto neste imposto;

e) o acórdão recorrido descumpriu a esmerada prestação jurisdicional, omitindo-se sobre a aplicação dos enunciados tidos por violados e incorrendo em contradição quando a um só tempo reconheceu a incidência e não-incidência do gravame; e

f) o aresto recorrido diverge de precedentes desta Corte sobre a mesma questão jurídica - incidência de diferencial de alíquota de ICMS sobre aquisição de material de construção pelas empresas de construção civil. (fls. 315/338)

Contrarrazões apresentadas às fls. 372/383.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso especial admitido na origem (f. 395/397).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.140.585 - MG (2009/0175287-8)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MAGMA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA**
ADVOGADO : **EVARISTO FERREIRA FREIRE JÚNIOR E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
ADVOGADO : **AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Cuida-se na origem de mandado de segurança para afastar apreensão de mercadorias em decorrência do não-recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS sobre os materiais e produtos para construção adquiridos em outro Estado da Federação, mas utilizados em construções no Estado de Minas Gerais.

O aresto recorrido enfrentou todos os pontos da demanda e não padece dos vícios da omissão ou da contradição, pois a matéria jurídica foi prequestionada e inexistir contradição na afirmação no sentido de que a recorrente deveria recolher o diferencial, pois interpretou o estatuto social da empresa para entender que pratica atos comerciais com imóveis. Afasto, por conseguinte, a violação ao art. 535, I e II do CPC.

Segundo a dicção constitucional, incide a alíquota interestadual quando a operação se realiza entre contribuintes, sendo devido o imposto ao Estado de origem da mercadoria ou a alíquota interna quando o destinatário da mercadoria não é contribuinte da exação, caso das empresas de construção civil que quando adquirem bens ou mercadorias para utilização em suas obras sujeitam-se ao ISS, já que as mercadorias adquiridas inserem-se em sua atividade-fim.

Ora, é condição para o usufruto do benefício - operação tributada com alíquota interestadual - que os bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil sejam empregadas em obras contratadas e executadas sobre responsabilidade da empresa adquirente ou que haja a revenda dos bens e mercadorias adquiridas.

Quando a empresa de construção civil adquire os bens ou mercadorias para utilização própria ela age como consumidora e, portanto, ausente a qualidade de contribuinte do ICMS, já que tais empresas são essencialmente contribuintes do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Esse o imperativo do art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar 116, de 2003.

Desta forma, aplica-se a alíquota interna porque a operação não se deu entre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contribuintes do imposto, mas entre contribuinte e consumidor final.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ICMS. MULTA POR DECLARAÇÃO FALSA. OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. VIOLAÇÃO. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. DEVIDA APENAS NAS VENDAS PARA CONTRIBUINTES DO ICMS. MULTA POR FALSIDADE. LEGITIMIDADE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. EFEITOS INFRINGENTES.

1. A impetração do Mandado de Segurança Coletivo, em favor das empresas de construção civil de Goiás, pretendia afastar a aplicação de multa prevista pela legislação estadual "pela aquisição de mercadoria ou serviço, em operação interestadual, acobertada por documento fiscal no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário da mercadoria ou serviço".

2. Em nenhum momento se discutiu a cobrança de diferencial de alíquota ou a condição de não-contribuinte das empresas de construção. Na verdade, a legislação goiana define expressamente que essas empresas não são contribuintes do ICMS. Ademais, ficou consignado nos autos que o Estado não busca cobrar qualquer diferencial de alíquota, apenas a multa.

3. Acórdão do Tribunal de Justiça, reconhecendo a condição de não-contribuintes das construtoras, entendeu pela submissão à alíquota interna nas operações interestaduais, nos termos do art. 155, § 2º, "b", da CF. Por consequência, ratificou a legislação estadual que prevê multa para as construtoras que adquirem mercadorias como se contribuintes fossem, aproveitando-se indevidamente da alíquota interestadual (menor que a interna).

4. O acórdão embargado apreciou questão diversa e incontroversa (condição de não-contribuinte do ICMS e não-incidência do diferencial de alíquota). Evidente omissão quanto ao objeto da impetração, qual seja a aplicação da multa prevista pela legislação estadual, configura ofensa ao art. 535, II, do CPC.

6. A Constituição Federal prevê expressamente que, nas operações interestaduais, a alíquota interestadual (menor que a interna) é devida apenas nas vendas para contribuintes do ICMS (art. 155, § 2º, "a"). Nas operações interestaduais em que o adquirente não é contribuinte do ICMS (caso das construtoras), é aplicável sempre a alíquota interna (art. 155, § 2º, "b"). No caso de venda interestadual para um contribuinte (não é o caso das construtoras), é devido ao Estado de destino o diferencial entre a alíquota interna e a interestadual, nos termos do art. 155, § 2º, VIII, da CF.

7. A sistemática constitucional é evidente, permitindo a repartição do ICMS entre os Estados de origem e destino apenas nas operações interestaduais em que o destinatário seja contribuinte do imposto.

Nessa hipótese, (venda a contribuinte), é devido ICMS pela alíquota interestadual ao Estado de origem, e o diferencial (com relação à alíquota interna), ao Estado de destino. Quando a mercadoria é vendida para um adquirente não-contribuinte, toda a arrecadação do ICMS é devida ao Estado de origem (alíquota interna).

8. A impetrante fundamenta o writ sustentando que: a) a legislação goiana não poderia definir como não-contribuintes as empresas de construção civil e; b) essa mesma legislação de Goiás não poderia prever punição para empresas de construção que adquiram produtos pela alíquota interestadual, ainda que a legislação do Estado de origem assim o determine.

9. Não é a legislação goiana que define as construtoras como não-contribuintes do ICMS. Ela apenas reproduz a legislação complementar federal (LC 116/2003), que determina a incidência exclusiva do ISS sobre a atividade (item 7 da lista anexa). Somente as mercadorias produzidas pela construtora fora do local da prestação do serviço é que se sujeitam ao ICMS (hipótese excepcional prevista no item 7.02, in fine, da lista anexa à LC 116/2003). Jurisprudência pacífica do STJ nesse sentido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Quanto ao segundo fundamento do mandamus, é a Constituição Federal que regula exaustivamente a aplicação de alíquotas nas operações interestaduais (art. 155, § 2º, VII), e não os Estados-Membros. Inviável defender a aplicação de alíquota interestadual na venda feita a não-contribuinte do ICMS (caso das construtoras), em evidente afronta ao art. 155, § 2º, VII, "b", da CF.

11. É notório que o vendedor da mercadoria emite a nota fiscal de acordo com as informações prestadas pelo adquirente (nome, endereço, qualificação). Impensável que as construtoras não saibam que as notas fiscais estão sendo emitidas erroneamente, com aplicação da alíquota interestadual, em violação direta do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. As empresas que adquirem mercadorias em outros Estados como se fossem contribuintes do ICMS, embora não o sejam, agem com deslealdade perante o Fisco e afrontam o Princípio da Boa-Fé Objetiva. Ainda mais quando pretendem apenas o bônus da condição de contribuintes (alíquota interestadual menor, conforme art. 155, § 2º, "a", da CF), mas não o ônus (pagamento do diferencial ao Estado de destino, conforme art. 155, § 2º, VIII, da CF).

12. Legitimidade da legislação do Estado de Goiás, apenando a ação das empresas de construção civil que, embora não contribuintes do ICMS (conforme a jurisprudência do STJ, a legislação federal e estadual), apresentam-se como tais no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, ao arrepio do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF, lesando o Erário e a economia local.

13. Embargos de Declaração acolhidos, para análise da questão objeto do writ, reconhecendo-se a legitimidade da multa estadual e, por consequência, dando-se-lhe efeito infringente para negar provimento ao Recurso Ordinário.

(EDcl no RMS 12.062/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 13/03/2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – LEGALIDADE.

1. Nas operações em que se destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adota-se a alíquota interestadual do ICMS, quando o destinatário for contribuinte do imposto.

2. In casu, o Tribunal de origem, com base nos elementos de fato, concluiu que a agravante é contribuinte do imposto. Rever tal análise é vedada pela Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 505.348/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009)

A matéria foi julgada pela técnica dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), nos seguintes termos:

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 DIVULG 30.04.2008 PUBLIC 02.05.2008; RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009; e RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 DIVULG 25.06.2009 PUBLIC 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; REsp 909.343/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; REsp 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AgRg no Ag 889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 15.05.2009; e REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009).

2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, in 'Construção Civil - ISS ou ICMS?', in RDT 69, pg. 253, Malheiros)." (EREsp 149.946/MS).

3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1135489/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Dissídio jurisprudencial prejudicado.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0175287-8

REsp 1140585 / MG

Números Origem: 10024056893530 10024056893530007 200801723263 8935300071

PAUTA: 04/03/2010

JULGADO: 04/03/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MAGMA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA

ADVOGADO : EVARISTO FERREIRA FREIRE JÚNIOR E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : AMÉLIA JOSEFINA ALVES NOGUEIRA DA FONSECA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de março de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária