

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## Agravo regimental no agravo de instrumento - Inovação recursal - Impossibilidade - ICMS - Empresa de construção civil - Diferencial de alíquotas - Impossibilidade da exação - Precedentes

1. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos.
2. Empresas de construção civil adquirentes de mercadorias em outro Estado - para as empregar em suas obras - não estão sujeitas ao recolhimento da diferença em razão da cobrança de alíquota maior de ICMS exigida pelo Estado destinatário.
3. Agravo regimental não provido.

### AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 645.142 - MG - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Agravante: Estado de Minas Gerais. Advogado: Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais - Eduardo Muniz Machado. Agravada: Acrópole Construções Empreendimentos Ltda. Advogados: Jair Ferraz da Silva e outro.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de fevereiro de 2013. - *Ministro Dias Toffoli* - Relator.

#### Relatório

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (Relator) - Estado de Minas Gerais interpõe tempestivo agravo regimental (f. 57/59) contra decisão mediante a qual o Ministro Sepúlveda Pertence negou provimento ao agravo de instrumento (f. 52/53), com a seguinte fundamentação:

Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (f. 11):

'ICMS. Diferença de alíquotas. Art. 155, § 2º, VII e VIII, da CF. Não se mostra devida a aludida diferença ao Estado de Minas Gerais, tendo em vista que a empresa envolvida, de fato, tem por objeto a construção civil e está sujeita, em regra, ao pagamento do ISS'.

Alega o RE violação dos dispositivos 155, § 2º, VII, a e b, e VIII, da Constituição Federal.

Decido.

Esta Corte já decidiu que, em regra, as empresas de construção civil são contribuintes do ISS, v.g., AI 242.276-AgR, 16.12.99, 2ª Turma, Marco Aurélio:

'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 art. 155, § 2º, inciso VII, da Constituição Federal'.

No mesmo sentido, a 1ª Turma deste Tribunal, ao apreciar questão idêntica - AI 456.722-AgR, 30.11.2004, Eros -, decidiu:

'Agravo regimental no agravo de instrumento. ICMS. Alíquotas diferenciadas. Mercadorias adquiridas por construtora para emprego em obra. Improriedade 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 compelidos 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'.

O acórdão recorrido está em harmonia com esta orientação. Ademais, as regras constitucionais invocadas no RE dizem com a questão da diferença interestadual de alíquotas, que perde relevância se, com base em outros dispositivos - nos quais não se fundamenta o recurso -, concluiu o acórdão não incidir o ICMS no caso.

Nego provimento ao agravo.  
Brasília, 5 de março de 2007.

Sustenta o agravante que os precedentes consignados na decisão agravada não correspondem à matéria tratada na presente lide. Alega ser necessário esta Corte analisar o caráter de contribuinte de ICMS de empresa atuante no ramo de construção civil em face do disposto na Lei Complementar nº 116/03.

Aduz, *in verbis*, que

[...] as mencionadas decisões não julgaram a matéria à luz do dispositivo 7.02 contido na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003 (f. 57).

É o relatório.

#### Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (Relator) - O inconformismo não merece prosperar.

Verifico que o ora agravante suscita a manifestação desta Corte com relação à análise do caráter de contribuinte de ICMS da empresa atuante no ramo de cons-

trução civil, em face do disposto na Lei Complementar nº 116/03. Portanto, há inovação das razões no regimental pelo ora agravante, o qual traz novos argumentos não debatidos no momento oportuno.

Observe, por conseguinte, que a decisão agravada ateve-se ao que foi decidido no acórdão recorrido e devolvido a esta Corte por meio do recurso extraordinário. Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil. Recurso julgado prejudicado por ausência de interesse recursal. Inadmissibilidade de inovação de fundamento no agravo regimental. Recurso desprovido (AI nº 453.707-AgR, Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ de 20.04.07).

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Princípio da legalidade. Ofensa não arguida no recurso extraordinário. Inovação dos argumentos em agravo regimental. Impossibilidade. Precedentes. 3. Indenização por dano moral. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Precedente. 4. Art. 93, IX, da Constituição. Ofensa não configurada. Acórdão devidamente fundamentado. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AI nº 500.501-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 04.03.05).

Ademais, verifico que o Tribunal de origem solucionou a lide consignando que,

[i]n casu, trata-se de empresa de construção civil contribuinte de ISS, de acordo com o item 32 do Decreto-Lei 406/68, com redação dada pela LC 56/87. Só será cobrado ICMS em relação às mercadorias produzidas e oferecidas pelo prestador dos serviços. Assim, não sendo contribuinte, em regra, do ICMS, não há falar em cobrança da diferença de alíquota prevista no art. 155, § 2º, VII, da CF (f. 13).

Desse modo, o acórdão recorrido não divergiu do entendimento firmado nesta Corte no sentido de que empresas de construção civil adquirentes de mercadorias em outro Estado - para as empregar em suas obras - não estão sujeitas ao recolhimento da diferença em razão da alíquota maior do ICMS exigida pelo Estado destinatário.

Sobre o tema, anote-se:

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 nº 579.084/AL-AgR, Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ de 26.06.09).

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 nº 572.811/RN-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 19.06.09).

Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Alíquotas diferenciadas. Mercadorias adquiridas por construtora para emprego em obra. Impropriedade da cobrança do diferencial de alíquota. Apreensão de mercadorias. Impossibilidade. Súmula 323 do STF. 1. As construtoras que adquirem material em Estado-membro instituidor de alíquota de ICMS mais favorável não estão compelidas, ao utilizarem essas mercadorias como insumos em suas obras, à satisfação do diferencial de alíquota de ICMS do Estado destinatário, uma vez que são, de regra, contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios. 2. É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributos (Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal). Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 397.079/MT-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 15.08.08).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

#### Extrato de ata

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 26.02.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no DJe de 07.05.2013.)

...