IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — CONSTRUÇÃO CIVIL

— Se determinada parcela dos materiais adquiridos não foi aplicada na obra, não há como recusar-se ao contribuinte o correspondente crédito do imposto sobre circulação de mercadorias, pela importância já paga pelo vendedor.

— Interpretação do Decreto-lei n.º 834, de 1969.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Comercial e Construtora Stecca S.A. *versus* Estado de São Paulo
Recurso extraordinário n.º 74.902 — Relator: Sr. Ministro
OSWALDO TRIGUEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeria Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 10 de outubro de 1972. *Luiz Gallotti,* Presidente. *Oswaldo Trigueiro,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro: Nas duas instâncias, a Justiça do Estado de São Paulo julgou procedentes cinco ações executivas fiscais, propostas pela Fazenda Estadual contra a Comercial e Construtora Stecca S.A., empresa de construção civil estabelecida na cidade de Sorocaba (fls. 55 e 115).

Um dos executivos diz respeito à cobrança do ICM sobre tubos de cimento, fabricados

pela executada e saídos de seu estabelecimento, para obra de que era empreiteira, a fim de serem aí aplicados.

Os demais se referem ao ICM sobre mercadorias adquiridas de terceiros e levadas diretamente para a obra em execução: a Fazenda impugna o crédito fiscal relativo às sobras não utilizadas na obra e, por isso, recolhidas ao estabelecimento do contribuinte.

O recurso extraordinário interposto a fls. 119, com apoio nas alíneas *a* e *d* da norma permissiva, não foi admitido pelo despacho de fls. 134. Subiu, todavia, pelo provimento dado ao Ag. n.º 54.562, em apenso, depois de regularmente processado.

VOTO

O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator): As decisões prolatadas nestes autos — julgando procedentes os executivos e atenuando as multas impostas — excluíram por completo a hipótese de fraude ou sonegação intencional. A sentença de fls. 55 reconhece que "não se vislumbra má-fé ou dolo por parte da infratora." O acórdão de fls. 115 dá como não provado ou certo que a executada "tenha agido com má-fé e indubitável intenção de lesar o Fisco".

Dessa forma, sendo incontroversos os fatos da causa, as questões que o recurso apresenta se situam no plano da interpretação dos princípios legais que regem a espécie.

I. A primeira questão diz respeito à cobrança do ICM sobre tubos de cimento que o contribuinte fabricou, em seu estabelecimento, de onde saíram para aplicação em obra que lhe competia executar como empreiteira.

Trata-se de fato gerador ocorrido sob a vigência do Decreto-lei n.º 406, segundo o qual os serviços previstos em sua lista anexa estavam sujeitos apenas ao imposto sobre serviços de qualquer natureza, o qual é da competência municipal.

Com efeito, dispunha o art. 8.º desse diploma:

"Art. 8.º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1.º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias."

"Lista de Serviços

...

VI — Serviços de terraplenagem, demolição, conservação e reparação de edifícios, estradas, pontes e outras obras de engenharia, e suas congêneres."

É certo que esse regime veio a ser alterado pelo Decreto-lei n.º 834/69, que em sua Lista de Serviços estabeleceu:

"19 — Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM)."

No caso dos autos, os serviços foram executados em 1967, anteriormente à vigência do Decreto-lei n.º 834, quanto todos os serviços de construção civil, por força de Decreto-lei n.º 406 estavam sujeitos *apenas* ao imposto municipal.

Nestas condições, tenho como fora de dúvida a improcedência da cobrança executiva, ajuizada na vigência do Decreto-lei n.º 834, porém relativa a fatos anteriores à sua vigência e, portanto, sujeitos à legislação anterior.

II. A segunda questão se refere a outra exigência do Fisco, que me parece contrariar a Constituição, segundo a qual o ICM não pode ser cobrado cumulativamente.

No caso, o contribuinte adquiriu materiais de construção, sobre os quais os vendedores pagaram o ICM devido. Esses materiais foram remetidos diretamente ao canteiro da obra, não dando entrada no estabelecimento do empreiteiro. Concluída a empreitada, foram recolhidas as sobras de materiais aos depósitos do contribuinte que, então, se creditou pelo ICM já pago pelo vendedor.

Sobre esses materiais não empregados na construção, o Fisco quer cobrar novo imposto, de vez que impugna o crédito correspondente. Essa pretensão, a meu ver, colide com a norma constitucional da não-cumulatividade do tributo. Se determinada parcela dos materiais adquiridos não foi aplicada na obra, não há como recusar-se ao contribuinte o correspondente crédito do ICM, pela importância já paga pelo vendedor. Parece-me de toda a evidência que o contribuinte tem direito a esse crédito, do mesmo modo que o teria na hipótese de haver a mercadoria entrado em seu estabelecimento, quando adquirida, e dali remetida ao local da obra.

Está claro que cabe à autoridade fiscal fazer uso dos meios de direito para assegurar a eficiência da arrecadação e coibir todas as práticas porventura prejudiciais ao interesse da Fazenda Pública. Mas essa repressão não pode ir ao extremo de invalidar preceito claro da Constituição, para exigir que tributo não cumulativo seja pago mais de uma vez.

Por todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA ATA

RE n.º 74.902 — SP — Rel., Ministro Oswaldo Trigueiro. Recte., Comercial e Construtora Stecca S.A. (Adv., Pedro Paulo de Rezende Porto). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Roberto Maia).

Decisão: Conhecido e provido. Unânime. Falou, pelo recorrente, o Doutor Luiz Carlos Alvim Dusi.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Djaci Falcão, Barros Monteiro e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.