

Processo n.º – 2.ª Vara da Dívida Ativa

Autos de Mandado de Segurança

Impetrante:

Impetrado: Chefe da Gerência de Desembaraço de Documentos Fiscais da Sefaz

PARECER

MM. JUIZ,

Versa os presentes autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por contra ato eleito ilegal e abusivo do Senhor Chefe da Gerência de Desembaraço de Documentos Fiscais da SEFAZ, na qual requer seja reconhecida a ilegalidade da cobrança de ICMS complementar a incidir sobre a diferença entre a alíquota interestadual e a interna em razão da circulação de mercadorias destinadas à execução de obras civis e, por conseguinte, abstenha-se o Impetrado da imposição de quaisquer tipos de sanções, expedindo-se as competentes certidões negativas, alusivas a cobrança do referido imposto.

Em informações, a autoridade dita coatora alegou, preliminarmente, irregularidade de representação. No mérito, asseverou a falta de direito líquido e certo a amparar a pretensão do Impetrante, eis que a cobrança do ICMS é perfeitamente cabível quando da entrada de bens para consumo, uso ou ativo fixo do estabelecimento destinatário da mercadoria, independente da natureza jurídica da atividade (comercial, industrial ou prestadora de serviço).

É o relatório.

DA PRELIMINAR

Sustenta a autoridade indigitada coatora a irregularidade de representação do Impetrado, eis que a cópia do instrumento de procuração juntada aos autos não se encontra devidamente autenticada, não sendo, portanto, apta a demonstrar a sua capacidade postulatória.

A procuração com cláusula *ad judicia* é o instrumento através do qual o advogado habilita-se para postular em juízo o interesse da parte. De fato, o mandato para que seja válido há que obedecer as regras notariais estabelecidas pela legislação processual pátria, dentre as quais, destaca-se a necessidade da autenticação da xerocópia quando não for possível aos litigantes instruir a peça inicial com o documento original.

Verifica-se às Fls. 16 que a Impetrante procedeu a juntada de cópia de instrumento procuratório sem a devida certificação. É cediço que em sede de mandado de segurança não é possível a dilação probatória tão pouco a concessão de prazo para que se cumpra diligências, *in casu*, a regularização da representação.

Assim, por se tratar de matéria relativa a pressuposto processual sem o qual a lide não poderá se desenvolver regularmente e não sendo possível sanar a referida irregularidade em razão do rito especial conferido às ações de Mandado de Segurança, somos pelo acolhimento da preliminar acima suscitada, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, o que aqui se requer.

DO MÉRITO

Antes de adentrarmos a análise do tema central sobre a qual versa a presente lide, qual seja, a alegação da Impetrante de ilegalidade na cobrança da diferença de alíquota de ICMS para as empresas de construção civil quando estas adquirem, de fornecedores localizados em outro Estado, bens destinados a integrar os imóveis por ela construídos, afirmando estarem as mesma submetidas à tributação municipal de ISS, tão somente, faz-se necessário tecermos alguns comentários acerca do art. 155 da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

(...)

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 referido comando constitucional, antes inexistente no Sistema Tributário Nacional, tem como finalidade precípua a redução das grandes desigualdades regionais do país, pois transfere às regiões de menor atividade econômica uma significativa parcela da arrecadação do ICMS, haja vista que o Fisco da localização do destinatário captará o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, ocasionando uma redução na arrecadação pelo Estado produtor que, proporcionalmente, é transferida ao Estado destinatário.

Embora a Lei Complementar 87/96 não tenha mencionado expressamente a possibilidade de cobrança de diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais com bens destinados a uso ou a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, referindo-se tão-somente à cobrança do diferencial de alíquota nas utilizações interestaduais de serviço cuja prestação não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente (art. 12, XIII), entendemos que também será devido pelo contribuinte-destinatário quando da entrada, em seu estabelecimento, de mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação, destinadas ao uso, consumo, ativo imobilizado, na termos do art. 155, VIII da Carta Magna, norma esta que, por ser superior, sobrepõe-se à lei complementar.

Destacamos a lição do Prof. Roque Antônio Carazza, in ICMS:

Realmente, estamos convencidos de que a omissão da Lei Complementar n.º 87/96, independente de ser voluntária ou proposital, não retirou eficácia a esta legislação, que estava – e continua – em perfeita sintonia com o art. 155, § 2.º, VII e VIII do Texto Supremo.

São normas constitucionais de eficácia plena, encerrando, deste modo, comandos imperativos, de observância imediata e obrigatória. Nelas, diga-se de passagem, não há nenhuma referência do tipo "nos temos da lei complementar" ou "segundo o disposto em lei complementar", circunstância que mais e mais reforça nossa convicção.

A falta de lei complementar não inviabiliza – dentro da óptica que adotamos – a aplicação de norma constitucional que prevê a distribuição das receitas por meio do diferencial de alíquota interestadual.

Assim, manifestamo-nos contrário a tese esposada pela Impetrante na peça vestibular, por entender ser o ICMS devido por qualquer pessoa física ou jurídica que realize operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços descritos como fato gerador do imposto, sobre o qual irá incidir igualmente Imposto sobre Prestação de Serviços – ISS – de competência tributária municipal, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do ICMS.

Observe que o Decreto Lei 406/88, o qual estabelece as normas gerais de Direito Financeiro aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, a Lista de Serviços, com redação determinada pela Lei Complementar n.º 56/97, em seu item 32, prevê, como hipótese de incidência do ISS, a “execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, e obras hidráulicas e outras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviço, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)”.

Por conseguinte, a cobrança do ICMS pelas empresas do segmento da indústria da construção civil encontra amparo legal no Decreto-Lei n.º 406/68, uma vez que ocorre a circulação de mercadorias adquiridas em outros Estados da Federação. Ressalto mais uma vez que o art. 155, VII, “a” e VIII, exige tão-somente como fato gerador do imposto a compra, e não a venda de mercadorias.

Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2.ª Turma, em Acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS NAS COMPRAS INTERESTADUAIS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL.

Nas operações interestaduais, o Estado onde se localiza o destinatário tem direito à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

As empresas de construção civil inscritas que são no cadastro de contribuintes, ao adquirirem mercadoria em outros Estados, o fazem na condição de comerciantes, sendo, portanto, contribuintes do tributo” (STJ. RMS n.º 3.778-9-DF, Registro n.º 93/30436-4, Ac. Unânime da 2.ª T, Rel. Min. Américo Luz, DJ 14-08-95).

Ante o exposto, por não possuir a Impetrante direito líquido e certo a amparar a sua pretensão, manifestamo-nos pela denegação da segurança.

É o parecer.

Manaus, 30 de julho de 2002.

Pedro Bezerra Filho
Promotor de Justiça

Helena Marie da Cunha Fish
Estagiária do MP