

## NOTA DA ASSESSORIA JURÍDICA

Versa a presente Nota quanto à apresentação de alguns esclarecimentos acerca do diferencial de alíquota do ICMS, em operações interestaduais de aquisição de bens (insumos) para as obras de construção civil.

Assim, em primeiro plano, é de se mencionar o **MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO SINDUSCON-DF EM FAVOR DE SUAS EMPRESAS ASSOCIADAS**.

Com efeito, a liminar concedida junto ao Mandado de Segurança restou, inicialmente, cassada pelo Tribunal de Justiça, mas, em decisão de mérito, o MM. Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública, restabelecendo a ordem, **reconheceu ser indevida a incidência do ICMS na remessa de materiais de construção adquiridos de terceiros pelas associadas, vindos de outro Estado da Federação, para a utilização destes (materiais) em suas obras**.

Ocorre que, o DF recorreu dessa decisão de mérito (sentença) ao Tribunal de Justiça que entendeu por reformá-la, para, então, considerar as empresas associadas contribuintes do ICMS e devedoras do diferencial de alíquotas em operações interestaduais de aquisição de materiais.

O SINDUSCON-DF, por sua vez, apresentou recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

**E, o STJ, apreciando o Recurso Especial interposto, entendeu por declarar ILEGÍTIMA A COBRANÇA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS POR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, QUANDO DA AQUISIÇÃO DE BENS NECESSÁRIOS AO DESEMPENHO DE SUA ATIVIDADE FIM** (Decisão já transitada em julgado).

Em segundo aspecto, é de se mencionar, também, quanto **ÀS ALTERAÇÕES VERIFICADAS, NO ANO DE 2002, JUNTO AO REGULAMENTO DO ICMS – DF.**

O Distrito Federal, através do Decreto nº 23.519, de 22.12.02, publicado no DODF em 31 de dezembro de 2002, alterou o Regulamento do ICMS (**Decreto nº 18.955/97**) para considerar a empresa de construção civil **NÃO CONTRIBUINTE** DESTE IMPOSTO.

Desta forma, o “caput” do artigo 253 do Regulamento do ICMS passou a vigorar com a seguinte redação: “**PARA FINS DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES, PRINCIPAL E ACESSÓRIAS, PREVISTAS NESTE REGULAMENTO, A EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO É CONTRIBUINTE DO IMPOSTO, MESMO QUE PROMOVA A SAÍDA DE MATERIAL PARA A APLICAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, SENDO SUA INSCRIÇÃO NO CF/DF EXCLUSIVAMENTE PARA OS EFEITOS DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS.**”

Assim, importante destacar que, seja por força do Mandado de Segurança impetrado, seja pela modificação verificada junto ao regramento tributário, **NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS** (aquisição pelas construtoras de bens e serviços de outros estados da Federação), **AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL SUBMETEM-SE AO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PREVISTO NO ART. 155, 2º, INCISO VII, ALÍNEA “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, qual seja, A ALÍQUOTA INTERNA OU CHEIA DO ESTADO DE ONDE SE DARÁ A AQUISIÇÃO.**

Imprescindível se faz esclarecer que essas normas, seja de envergadura constitucional ou legal, incidem **INDEPENDENTEMENTE DA VONTADE OU LIBERALIDADE DA EMPRESA, NÃO CABENDO A ELA ESCOLHER QUAL ALÍQUOTA, INTERNA OU INTERESTADUAL, QUE ESTARÁ ADSTRITA QUANDO DA AQUISIÇÃO DE BENS DE OUTROS ESTADOS.**

**A ALÍQUOTA INCIDENTE NESTA OPERAÇÃO É AQUELA JÁ INDICADA NO ART. 155, 2º, INCISO VII, ALÍNEA “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE ESTABELECE:**

*“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;" (grifos nossos)*

Em continuidade, A ALÍQUOTA INCIDENTE NESSA OPERAÇÃO É AQUELA CONSTANTE DO REGULAMENTO DO ICMS/DF, QUE ESTABELECE:

*“Art. 253. Para fins de cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas neste Regulamento, a empresa de construção civil não é contribuinte do imposto, mesmo que promova a saída de material para a aplicação na prestação de serviço, sendo sua inscrição no CF/DF exclusivamente para os efeitos do Imposto sobre Serviços -*

ISS ([Lei nº 1.254, de 8 de novembro de 1996](#), art. 3º, inc. V, e [Decreto-lei nº 82/66](#), art. 89, §.1º”);

§ 1º *Entende-se por obra de construção civil, entre outras:*  
I - construção, demolição, reforma ou reparação de prédios ou de outras edificações;  
II - construção e reparação de estradas de ferro ou de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferior e superior de estradas e obras de arte;  
III - construção e reparação de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo;  
IV - construção de sistemas de abastecimento de água e de saneamento;  
V - obras de terraplanagem e de pavimentação em geral;  
VI - obras hidráulicas, marítimas ou fluviais;  
VII - obras destinadas a geração e transmissão de energia, inclusive gás;  
VIII - obras de montagem e construção de estruturas em geral.

§ 2º *O disposto neste Capítulo aplica-se também aos empreiteiros e subempreiteiros, responsáveis, no todo ou em parte, pela execução da obra.*

*Fica acrescentado o §§ 3º, 4º e 5º ao Art. 253 pelo [Decreto nº 23.519 de 31/12/02](#) – DODF 31/12/02*

§ 3º **O disposto no caput aplica-se à empresa que execute obras de construção civil por incorporação, administração, empreitada ou subempreitada e às cooperativas habitacionais.**

§ 4º **Nas aquisições interestaduais, as empresas de construção civil submetem-se ao tratamento tributário previsto no art. 155, § 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal.**

§ 5º **Em caso de descumprimento ao disposto no parágrafo anterior, por ocasião do ingresso no Distrito Federal, será exigida, para efeito de regularização do destaque da**

**alíquota do imposto, a emissão de um dos documentos referidos no art. 53, §§ 1º e 3º;**

Com efeito, é de se transcrever:

“Art. 53. O contribuinte deve, previamente à escrituração do crédito, conferir a exatidão do valor do imposto, destacado no documento fiscal relativo à operação de que decorrer a entrada no estabelecimento.

§ 1º Quando o imposto não vier destacado no documento fiscal ou o seu destaque vier a menor, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado fica condicionada à regularização, mediante emissão de Nota Fiscal complementar, pelo remetente.

§ 3º Nas hipóteses dos §§ 1º e 2º, tratando-se de operação interestadual, a exigência de documento fiscal complementar poderá ser suprida por declaração do remetente, devidamente visada pela autoridade fiscal a que estiver jurisdicionado, de que o imposto foi corretamente debitado em seus livros fiscais.” (grifo nosso)

Assim, forçoso se faz concluir com fulcro nas aduções e nos dispositivos acima transcritos que:

► as empresas de construção civil ao serem declaradas não contribuintes do ICMS, passam a OBRIGAR-SE à aquisição de bens, em operações interestaduais, com o destaque da ALÍQUOTA INTERNA nas respectivas notas fiscais;

► no caso da construtora adquirir o material de outro estado com o destaque na nota fiscal da alíquota interestadual, POR OCASIÃO DO INGRESSO NO DISTRITO FEDERAL (vale dizer, nas barreiras de fiscalização), SERÁ EXIGIDA, para efeito de regularização do destaque da alíquota do imposto, A EMISSÃO DE UM DOS DOCUMENTOS REFERIDOS NO ARTIGO 53, 1º e 3º, do Regulamento;

► como tal condição de ser ou não contribuinte do ICMS encontra-se abarcada pelas normas regulamentadoras de cada estado, cabe, sem

sombra de dúvida, ao adquirente de bens em operações interestaduais, seja para o emprego em suas obras seja para integralização em seu ativo, informar ao estabelecimento do estado vendedor a sua sujeição passiva (contribuinte exclusivo do ISS – como é o caso da quase totalidade das empresas de construção civil), através do encaminhamento da cópia fax-símile do documento de identificação fiscal ou por simples declaração da empresa compradora, bem como será, também, de sua inteira responsabilidade conferir a exatidão do valor do imposto, destacado no documento fiscal relativo à operação de que decorrer a entrada no estabelecimento, em anterioridade à escrituração fiscal; e,

► **a partir de janeiro de 2003**, para a regularização do destaque da alíquota do ICMS junto à nota fiscal de aquisição, a construtora deverá providenciar a apresentação, quando do ingresso da mercadoria no DF, de nota fiscal complementar emitida pelo vendedor da mercadoria **ou**, então, uma declaração do vendedor, a qual deverá estar visada pelo Fisco do respectivo estado.

Informamos que as construtoras deverão evitar, em absoluto, tal situação, posto que, referida regularização demandará tempo e percalços, inclusive do aspecto de infração à ordem tributária, posto que, é vedado constitucionalmente que, em operações interestaduais de aquisição de mercadorias, os não contribuintes do ICMS utilizem-se da alíquota interestadual.

Em derradeiro, entendemos por oportuno mencionarmos quanto às **AQUISIÇÕES DE BENS ANTERIORES ÀS ALTERAÇÕES PROCESSADAS PELO DECRETO Nº 23.519/02** – um significativo descompasso que se verificou junto ao setor da construção civil, foi o fato de que algumas empresas de construção civil, mesmo após a declaração de não contribuinte do ICMS junto ao Mandado de Segurança Coletivo, continuaram a adquirir bens para a aplicação em suas obras (materiais e insumos) ou para o seu integralizado, com o destaque da alíquota interestadual, onde, em determinados casos, eram compelidas a recolher, de forma antecipada, a diferença em favor do Distrito Federal.

Pois bem, se por um equívoco tal aquisição, com o destaque da alíquota interestadual junto à respectiva nota fiscal se verificou **NAQUELE MOMENTO DE DESCONHECIMENTO QUANTO AO CORRETO E LEGAL PROCEDIMENTO A SER ADOTADO**, tal situação não pode mais ser admitida em nossos dias, posto que, **A INCIDÊNCIA OU OS REGRAMENTOS TRIBUTÁRIOS SÃO NORMAS MANDATÓRIAS AOS SEUS SUJEITOS, NÃO CABENDO ÀS EMPRESAS ADERIREM OU NÃO A ELAS – ESTA É UMA DAS PREMISAS BÁSICAS DO DIREITO TRIBUTÁRIO.**

Portanto, ficamos discutindo se caberia o destaque desta ou daquela alíquota nessas operações interestaduais de aquisição, ou, então, se a qual estado caberia buscar ou reclamar tal diferença de ICMS em seu favor, já vai a passos largos em um tempo que ficou para trás no mundo jurídico.

É bem verdade que muitas empresas de construção civil tiveram que buscar ao Poder Judiciário para suspenderem e, posteriormente, anularem autos de infração e cobranças exigidos pelo Distrito Federal (processos que ainda estão a tramitar em nossos tribunais) quando da constância das antigas regras de sujeição frente ao ICMS nessas referidas operações interestaduais; mas, hoje, nos parece que tal discussão, qual seja, de como proceder ou qual alíquota adquirir, *data maxima venia*, resta desarrazoada.

Ante todo o exposto, é de se reiterar que **a obrigatoriedade de se adquirir bens de outras unidades federadas com o destaque da ALÍQUOTA INTERNA, por empresas de construção civil não contribuintes do ICMS, mas, APENAS, do ISS, vem lastreada não só no Regulamento do ICMS-DF (com as alterações procedidas pelo Decreto 23.519/02), mas, principalmente, na Constituição Federal de 1988, como já exaustivamente demonstrado.**

São as considerações que entendemos oportunas, s.m.e., e colocamo-nos à disposição para o que for necessário.

Brasília, 26 de fevereiro de 2007.

**ANDRÉIA MORAES DE O. MOURÃO**  
**OAB/DF nº 11.161**