GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

| | |
|---|---|
| ACÓRDÃO Nº: | 157/2012 |
| REEXAME NECESSÁRIO Nº: | 3.171 |
| PROCESSO Nº: | 2010/7240/500546 |
| AUTO DE INFRAÇÃO Nº: | 2010/002094 |
| SUJEITO PASSIVO: | DELTA CONSTRUÇÕES S.A |
| INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: | 29.400.119-0 |
| RECORRENTE: | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |

**EMENTA**

ICMS. MULTA FORMAL. ENTRADA NO ESTADO DE MERCADORIA DESTINADA À EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. ART. 94-A, § 1º, DO REGULAMENTO DO ICMS – RICMS. SUMULA 432, DO STJ – "Não é contribuinte do ICMS a empresa que exerce exclusivamente atividade de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes e que não pratique nenhuma outra atividade sujeita a sua incidência", ao teor do disposto no § 1º, do Art. 94-A, do RICMS. MANIFESTAÇÃO DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL NÃO ACOLHIDA. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. UNÂNIME.

**RELATÓRIO**

Tratam os autos de reexame necessário em face da sentença da primeira instância administrativa, de páginas 89 a 91, que julgou improcedente o auto de infração nº 2011/002094.

Contra Delta Construções S.A foi lavrado, em 10/9/2010, o referido auto de infração, de páginas 2 e 3, para constituição do crédito tributário no valor de R$ 59.514,00, decorrente de aplicação de multa formal.

A peça fiscal noticia que o contribuinte transportava mercadorias adquiridas em operação interestadual acobertadas pelo documento auxiliar de nota fiscal eletrônica – DANFE, nº 000.000.016, série 1, emitido em 8/9/2010, no qual está consignada indevidamente a alíquota de 12% sob a pretensa condição de que o destinatário seria contribuinte do ICMS, o qual exerce a atividade de prestação de

serviços de construção de rodovias, ferrovias e outras obras de engenharia civil, não sendo contribuinte do ICMS.

A infração fiscal se encontra amparada no art. 27, § 2º, II, e a penalidade sugerida, a do art. 50, XIX, ambos, da Lei 1.287, de 28 de dezembro de 2001.

Inconformada, a autuada, no prazo e na forma legal, apresenta impugnação, de páginas 11 a 14 e 20 a 23, com a alegação de que ocorrera apenas um erro por parte da impugnante na descrição da alíquota e da base de cálculo do ICMS, o qual não traz nenhum prejuízo ao Estado do Tocantins. Isso porque deveria ter sido observado o art. 8º, VIII c/c. § 2º, do Anexo IX, do RCTE/GO, transcritos na sua peça inicial.

Ressalva que fica evidente que não houve nenhum prejuízo ao Erário Estadual, pois todos os tributos foram recolhidos e as formalidades cumpridas.

Devido ao descumprimento de formalidades processuais na tramitação do presente processo o chefe do Contencioso Administrativo-Tributário – CAT, em 2/5/2012, declara nulo os atos praticados a partir da página 54 até o verso da 75.

Assim, a autuada apresenta, em 29/6/2012, impugnação, de páginas 80 a 82, com o argumento de que a cobrança da Fazenda Pública vai de encontro a Súmula nº 432, do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Segundo o citado entendimento, empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, mesmo que sejam obrigadas a obter inscrição estadual e que a autuada é construtora e por isso não é contribuinte do imposto e adquiriu as mercadorias como consumidor final.

Colaciona jurisprudências do poder judiciário e deste Conselho de Contribuintes.

Ao final requer a improcedência da autuação.

Sobreveio a decisão de primeira instância que julgou improcedente o auto de infração em litígio. Entendeu a sentenciante que “A autuada é construtora e, portanto, não é contribuinte do imposto e adquiriu as mercadorias como consumidor final”.

Fundamenta ainda que o entendimento subjacente à súmula 432 do STJ é o de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS.

Instado a se pronunciar, o representante da Fazenda Pública Estadual oferta parecer para reformar a decisão de primeira instância, a fim de que o lançamento seja declarado procedente.

É, em síntese, o relatório.

**VOTO**

O reexame necessário preenche os requisitos para a admissibilidade, nos termos da alínea *f*, do inciso IV, do art. 56 e parágrafo único, do art. 58, ambos, da Lei 1.288/2001. Dele, portanto, tomo conhecimento.

A questão versa sobre a imposição de multa formal em decorrência da fiscalização de barreira ter constatado o transporte de mercadorias acobertadas pelo Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE, nº 000.000.016, série 1, emitido em 8/9/2010, pela empresa Sinalmix Comércio e Industria Ltda., estabelecida em Goiânia, GO, no qual está consignada a alíquota de 12%, "[...] sob a pretensa condição de contribuinte do ICMS para o destinatário das mercadorias [...]", neste caso, a recorrente.

A sentenciante traçou a tese de suas razões decisórias sob a ótica da improcedência da exigência fiscal por entender que "A autuada é construtora e, portanto, não é contribuinte do ICMS e adquiriu as mercadorias como consumidor final", citando a Súmula 432, do STJ.

Mediante esses argumentos, decidiu pela improcedência do auto de infração em litígio, recorrendo de sua decisão.

As empresas que exercem atividades constantes da Lista de serviços anexa à Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, embora regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS da Secretaria da Fazenda, nos termos do art. 94-A, § 1º, do Regulamento do ICMS - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.916, de 29 de dezembro de 2006, para todos os efeitos legais não são contribuintes do ICMS.

Eis o teor do mencionado dispositivo que assim proclama:

> **Art. 94-A**. Pode ser concedida inscrição no CCI-TO a pessoa jurídica cadastrada no CNPJ com código de atividade (CNAE) principal prevista na Lista de serviços anexa à Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, desde que possua pelo menos uma atividade secundária sujeita a incidência do ICMS, devendo: (Redação dada pelo Decreto 4.065 de 01.06.10).
>
> [...]
>
> § 1o. Para todos os efeitos legais, não é contribuinte do ICMS, a empresa que exerce exclusivamente atividade de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes e que não pratique nenhuma outra atividade sujeita a sua incidência, observado que: (Redação dada pelo Decreto 4.065 de 01.06.10).

Inclusive, como bem assentado pela julgadora monocrática, essa matéria já se encontra sumulada pelo próprio STJ.

É incontroverso nos autos que a atividade operacional do contribuinte é "Construção de rodovias e ferrovias, Coleta de resíduos não-perigosos, e outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente", as quais foram

cadastradas no Boletim de Informações Cadastrais – BIC, de páginas 6 e 7, sob a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE: CNAE-Fiscal Principal 4211-1/01, e CNAE-Secundárias 3811-4/00 e 4299-5/99, respectivamente.

Desta forma, mesmo que o emitente do documento fiscal que acobertava as mercadorias tenha destacado incorretamente o ICMS devido não houve lesão ao Erário deste Estado.

Quanto ao descumprimento da obrigação acessória relativa às prestações positivas ou negativas, conhecidas como deveres instrumentais de fazer ou não fazer no interesse da Administração Fazendária, considero bem assentado pela julgadora singular o entendimento de que caberia ao estado de origem do remetente a exigência da diferença entre a alíquota interna e a destacada no documento fiscal que destinou mercadorias a consumidor final localizado no Tocantins.

Com efeito, razão assiste à julgadora monocrática.

À conta das razões de fato e de direito apresentadas, não acolho parecer do Representante da Fazenda Pública Estadual, nego provimento ao reexame necessário para confirmar a decisão singular por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

**DECISÃO**

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração nº 2010/002094 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de R$ 59.514,00 (cinquenta e nove mil e quinhentos e quatorze reais) referente ao campo 4.11. O Senhor Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Deides Ferreira Lopes, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum e João Gabriel Spicker. Presidiu a sessão de julgamento aos 13 dias do mês de novembro de 2012, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, Palmas, TO, aos 05 dias do mês de dezembro de 2012.

Deides Ferreira Lopes,
Presidente em exercício.

Deides Ferreira Lopes,
Conselheiro Relator.