



ACÓRDÃO Nº: 041/2019
PROCESSO Nº: 2016/6010/500328
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/001190
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.880
INTERESSADO: SIG CONSTRUTORA LTDA ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.401.810-7
RECORRENTE: FAZENDA PUBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA – É improcedente a reclamação tributária que exige ICMS sobre operações de empresa de construção civil, quanto constatado nos autos que a mesma não exerce atividade comercial.

RELATÓRIO

Versa a autuação sobre ICMS nos campos 4, 5 e 6, referente a omissão de saídas presumidas de mercadorias tributadas, proveniente da falta de registro de notas fiscais de entradas no livro próprio, na importância de: R\$ 8.245,75 (oito mil, duzentos e quarenta e cinco reais e setenta e cinco centavos) R\$ 12.090,61 (doze mil, noventa reais e sessenta e um centavos) e R\$ 10.213,86 (dez mil, duzentos e treze reais e oitenta e seis centavos) respectivamente, apurado conforme Levantamento das Notas Fiscais de Entradas não Registradas, anexo.

Intimado por via direta, o sujeito passivo comparece aos autos, apresentando impugnação tempestiva (fls. 53/54), alegando que sua atividade é construção civil, não exerce atividade comercial e que os materiais adquiridos foram consumidos na execução em obras própria ou de terceiros.

O julgador de primeira instância, em despacho às fls. 63/64 solicita o retorno do processo à origem, para que o autor do lançamento ou seu substituto se manifeste sobre as alegações do sujeito passivo e se necessário alterações, deverão ser feitas por termo de aditamento.

Em atenção ao solicitado, o autor do lançamento em parecer de fls. 66/70, acata os argumentos da impugnante e recomenda a nulidade do auto de infração.

Após diligência, o julgador de primeira instância em sentença às fls. 72/77, conhece da impugnação apresentada, concede-lhe provimento e julga





improcedente o auto de infração, concordando com os argumentos da impugnante e a manifestação do autor do lançamento que em parecer, reconheceu seu equívoco.

A Representação Fazendária em parecer às fls. 75/77, aduz que no âmbito das presunções a entrada de mercadorias não escrituradas fiscal ou contabilmente, conforme inteligência da alínea "d", inciso I, do art. 21, da Lei 1.287/2001, equivale a pagamentos não contabilizados. Ou seja, à utilização de recursos paralelos oriundos, por presunção, de anterior omissão de saídas de mercadorias.

Ocorre que no presente caso, as prestações e operações do sujeito passivo deixam de ser de interesse da Administração Tributária pelo fato de não gerarem obrigação principal em função de sua atividade ser relativa à serviços de engenharia, arquitetura e construção civil, constantes do item 7 da lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116. Ou seja, autuada não descumpriu a legislação.

Ao final pede a confirmação da sentença singular tal como assentada.

Notificado via direta, da decisão de primeira instância e parecer da Representação Fazendária, a autuada não se manifestou.

É o relatório.

VOTO

A presente lide se configura na exigência de crédito tributário por omissão de saídas de mercadorias realizadas por empresa de construção civil.

A infração tipificada foi o art. 44, incisos II e III, da Lei 1.287/2001.

Na sua defesa, o sujeito passivo alega, em síntese, que sua atividade é construção civil, e não exerce atividade comercial.

Em diligência solicitada pelo julgador de primeira instância o processo foi remetido ao autor do lançamento que em parecer, da razão à impugnante e pede a improcedência do auto de infração.

O processo foi devolvido ao julgador de primeira instância, que diante dos fatos e argumentos tanto da impugnante, quanto do autor do lançamento, julga improcedente o auto de infração.

Verificando os documentos acostado aos autos, percebe-se que as aquisições do sujeito passivo objeto da autuação, refere-se a materiais utilizados em obra de construção civil, ou seja, não são destinados à comercialização.

Em matéria já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ “Súmula 432”, cujo entendimento é que as empresas de construção civil não são





contribuintes do ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais, conforme a seguir:

Súmula 432: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”.

A própria Legislação Estadual no art. 94-A em seu parágrafo primeiro, RICMS, aprovado pelo Decreto 1.912/2006, dispõe sobre o tema:

Art. 94-A. (...)

§ 1º Para todos os efeitos legais, não é contribuinte do ICMS, a empresa que exerce exclusivamente atividade de execução, por administração, empreitada ou sub-empreitada, 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).

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que a empresa de construção civil não é contribuinte do ICMS, tornando a concessão da inscrição estadual, quando exigido, ato de mero controle da Administração Tributária.

Desta forma, o que caracteriza a tributação em operação de construção civil é a sua natureza, pois a empresa construtora, embora seja contribuinte do ISS, está sujeita em determinadas operações, no caso da venda de algum produto, ao pagamento do ICMS.

Sendo válido afirmar que: se o contribuinte não está obrigado, nesta circunstância, ao cumprimento da obrigação principal, subsidiariamente, deixa de existir a obrigação acessória, ou seja, aquela em que se exige o registro das operações de compra e venda de mercadorias, e nem recolhimento de ICMS.

Assim, também já é o entendimento desta Corte no tocante à matéria, conforme citação a seguir:

ACÓRDÃO Nº. : 063/2014 - EMENTA: - ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VEDAÇÃO LEGAL LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. IMPROCEDENTE - É improcedente o lançamento fiscal originado de empresa não contribuinte de ICMS, cujas operações interestaduais de aquisição de mercadorias são destinadas a obras de construção civil, nos termos do art. 1º, da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, e do § 1º, do art. 94-A, do Regulamento do ICMS, RICMS, aprovado pelo Decreto 2.912, de 31 de dezembro de 2006.

A matéria constante dos autos, por tratar de fatos semelhantes já consolidados por esta corte, a pedido deste conselheiro relator e acatado pelos demais membros, foi adotado o rito processual previsto no art. 54-A, da Lei





1.288/2001, que trata dos atos repetitivos, em reexame necessário, confirmando a decisão de primeira instância, para julgar improcedente a exigência tributária, campo 4.11, do auto de infração nº 2016/001190, e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz a peça básica.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, em conformidade com o art. 54-A da Lei 1.288/2001, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou improcedente as reclamações tributárias constante do auto de infração 2016/001190 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de R\$ 8.245,75 (oito mil, duzentos e quarenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), R\$ 12.090,61 (doze mil, noventa reais e sessenta e um centavos) e R\$ 10.213,86 (dez mil, duzentos e treze reais e oitenta e seis centavos), referentes os campos 4.11 a 6.11, respectivamente. O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos trinta dias do mês de outubro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos treze dias do mês de fevereiro de 2019.

Suzano Lino Marques
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator

