

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA  
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

**PAT:** 20172700100188

**RECURSO:** VOLUNTÁRIO Nº 352/2018

**RECORRENTE:** TERRAPLANAGEM PROGRESSO LTDA - EPP

**RECORRIDA:** 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

**RELATOR:** AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

**RELATÓRIO Nº:** 523/2018/2ªCÂMARA/TATE/SEFIN

**VOTO EM SEPARADO**

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Empresa TERRAPLANAGEM PROGRESSO LTDA-EPP, em face da decisão de 1ª instância nº 2018.03.12.01.0058/TATE/SEFIN, objetivando em, a reforma da decisão exarada pelo julgador singular, inerente ao auto de infração nº 20172700100188 que julgou procedente a autuação fiscal.

Breve relato:

O sujeito passivo teve contra si lavrado o auto de infração, acima referenciado, sob a acusação de que deixou de recolher o ICMS – Difal, referente às entradas oriundas de outras unidades da federação.

Por ocasião do julgamento de 1ª Instância, o julgador singular decidiu pela procedência do feito fiscal sob o entendimento de que, de fato, houve a aquisição das mercadorias/bens em operação interestadual e, que, não se recolheu o ICMS-DA dessas operações de entradas. Descumprimento da legislação tributária rondoniense.

Devidamente notificada, a Autuada impetrou Recurso Voluntário (fls. 90/100) arguindo, preliminarmente, a nulidade da decisão de 1ª Instância, sob o argumento de que a fundamentação da decisão não está de acordo com os argumentos trazidos na defesa do sujeito passivo, ou caso superada a falta de motivação da decisão, pelas razões de mérito esposado na defesa, reclama que a cobrança reclamada se mostra ilegal haja vista a manutenção na forma descrita na decisão de 1º grau configurar bitributação, o que é considerado ilegal pela legislação tributária brasileira.

Requeru a reforma da decisão de 1ª instância que julgou procedente a ação fiscal para sua improcedência para o fim de ser decido pelo cancelamento do débito fiscal reclamado, pela insuficiência de fundamentação da decisão de 1º grau, ou, caso superada a falta de motivação da referida decisão, que seja cancelado o débito fiscal pelas razões de mérito apresentadas no seu recurso, alternativamente que lhe seja reduzida a multa.

Não foram apresentadas contrarrazões fiscais.

O relator dos autos na 2ª Câmara do TATE, julgador AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA, ao fazer a análise do recurso voluntário, decidiu pela manutenção dos autos, sob o argumento que o sujeito passivo sempre utilizou sua inscrição estadual nas

suas aquisições em operações de compras de materiais e insumos a serem utilizados na aplicação de suas obras, ao final decidindo pela procedência do auto de infração.

Conclusão:

Tendo em vista este julgador não concordar com o voto do Julgador/Relator, profere Voto em Separado, pelos motivos abaixo esposados:

Da análise dos autos, infere-se que restou provado que o sujeito passivo é uma empresa do ramo da construção civil, que em regra está sujeita à incidência do ISSQN. Mesmo considerando a problemática dos autos sobre a tributação da atividade, o entendimento da jurisprudência pátria sobre o assunto é pacificado, no mais, as empresas de construção civil são obrigadas a manter o cadastro no CAD/ICMS, como é o caso do autuado, não podendo este fato, ser motivador de autuação.

No presente caso, a recorrente atende as condições impostas na Lei Complementar nº 116/2003, que trata do ISSQN inerente a empresas no ramo de construção civil, adquirindo equipamentos, materiais e insumos para aplicação em obras de sua execução, não exercendo atividade mercantil, com a circulação/venda de mercadorias.

Convém ainda destacar que o Sindicato da Indústria da Construção Civil – SINDUSCON, já impetrou um mandado de segurança sob os autos de nº 001.2002.002594-6, que definiu que as empresas de construção civil são imunes à incidência do diferencial de alíquota do ICMS, conforme decisão judicial que concedeu a segurança em tal demanda, o recorrente por ser empresa do ramo, tem direito a tal benefício.

Corroborando ainda mais com tal argumento, temos a Súmula 432 do STJ: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.”

Nesta mesma senda, recentíssimo julgado do STF, *in verbis*:

**AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SÚMULA 735. APLICAÇÃO AO CASO. COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS PELO ESTADO DE DESTINO, REFERENTE ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL, PARA AS EMPREGAR COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL julgar, mediante recurso extraordinário, somente as causas decididas em ÚNICA ou ÚLTIMA INSTÂNCIA, diversamente do que ocorre na presente hipótese, em que há possibilidade de a decisão impugnada sofrer alterações durante o processo principal. Aplicação da Súmula 735/STF (Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar) 2. O Tribunal de origem observou a jurisprudência desta CORTE, firmada no sentido de ser incabível a**

*cobrança do diferencial de alíquota de ICMS pelo Estado de destino, referente às operações interestaduais de aquisição de mercadorias por empresas de construção civil, para as empregar como insumos em suas obras. 3. Agravo Interno a que se nega provimento.*

*(STF - ARE: 1315993 PB 0809555-19.2020.8.15.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 28/06/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 02/07/2021)*

Se a ilustríssima corte constitucional, já adotou tal entendimento, concluímos que as empresas do ramo de construção civil, são contribuintes do ISSQN, de competência municipal (art. 156, inc. IV da CFRB/88), não sendo contribuintes do ICMS, de competência estadual (art. 155, inc. I, "b" da CFRB/88), porque tais atividades não configuram a situação necessária a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Consta ainda no art. 110, do Novo RICMS/RO, que atividade de construção civil não consta na lista obrigatória para inscrição no CAD/ICMS. Sendo este o entendimento aplicado pelo próprio TATE em outras decisões anteriores, inclusive sendo a posição firme deste julgador para os casos semelhantes.

Sendo possível concluir, que as operações do recorrente, não eram passíveis de tributação do ICMS Diferencial de Alíquotas, de tal forma, o crédito tributário exigido não é devido, eis que restou evidenciado que inexistente obrigação de recolhimento do imposto apontado na peça básica e conseqüentemente da cobrança da multa e demais encargos impostos na operação, tudo isso amparado pela súmula 432 do STJ, decisão do STF, bem como inúmeras outras decisões desta Corte Administrativa Tributária, sendo assunto já pacificado no judiciário pátrio.

Assim sendo, conforme o que foi elencado acima, este julgador apresenta voto divergente ao voto do relator para afastar a incidência do crédito tributário no presente caso.

Por todo o exposto e mais do que nos autos constam, **CONHEÇO DO RECURSO VOLUNTÁRIO** interposto para **DAR-LHE PROVIMENTO**, reformando-se a Decisão Singular de **PROCEDENTE** para ser declarada a **IMPROCEDENTE** o auto de infração.

**É O VOTO.**

Porto Velho, 15 de fevereiro de 2022.

MANOEL RIBEIRO  
DE MATOS JUNIOR

---

**MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR**  
**Julgador/Relator da 2ª Inst/TATE/SEFIN**

**GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
**SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**

**PROCESSO** : Nº 20172700100188  
**RECURSO** : VOLUNTÁRIO Nº 352/2018  
**RECORRENTE** : TERRAPLENAGEM PROGRESSO LTDA - EPP  
**RECORRIDA** : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RELATOR** : JULGADOR - AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

**RELATÓRIO** : Nº 523/2018/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

**ACÓRDÃO Nº 005/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN**

**EMENTA** : ICMS – CONSTRUÇÃO CIVIL - DEIXAR DE RECOLHER O ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – INOCORRÊNCIA – O sujeito passivo adquiriu diversas mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas às fls. 12 a 22, no período de 2014, deixando de recolher o ICMS/DA na entrada do Estado. A atividade exercida pelo sujeito passivo é de construção civil. No art. 110, do Novo RICMS/RO, publicado em 05/04/2018, a atividade de construção civil não consta da lista obrigatória para inscrição no CAD/ICMS/RO. Aplicação da Súmula 432 do STJ. Reforma da decisão singular de procedente para improcedente o auto de infração. Recurso Voluntário provido. Decisão por maioria 3 x 1.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE**, por maioria em conhecer do Recurso Voluntário para ao final dar-lhe provimento e reformar a decisão de primeira instância de procedência para **IMPROCEDÊNCIA** do auto de infração conforme Voto Divergente apresentado pelo julgador Manoel Ribeiro de Matos Júnior, acompanhado pelos julgadores, Fabiano Emanuel Fernandes Caetano e Juarez Barreto Macedo Júnior. Vencido o julgador relator Amarildo Ibiapina Alvarenga que defendia a procedência do auto de infração.

TATE, Sala de Sessões, 15 de fevereiro de 2022.

**Anderson Aparecido Arnaut**  
Presidente

**Manoel Ribeiro de Matos Junior**  
Julgador/Voto Divergente