

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

TATE/SEFIN
Fls. nº 166

PROCESSO : Nº 20122800400026
RECURSO : ESPECIAL Nº 008/2018
RECORRENTE : COORDENADORIA DA RECEITA ESTADUAL
RECORRIDA : CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : RIBEIRO & RIBEIRO TERRAPLENAGEM LTDA.- ME
RELATORA : MÁRCIA REGINA PEREIRA SAPIA
RELATÓRIO : Nº 003/21/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN

1. VOTO

1.1. DOS AUTOS

A peça inicial indica aplicação de penalidade por ter o sujeito passivo deixado de lançar em GIAM no campo "outros débitos" o valor correspondente ao diferencial de alíquotas referente ao ativo imobilizado, como também, ao uso e consumo da empresa, conforme previsto na legislação tributária. Para a infração constatada foi aplicada a penalidade da alínea "b", inciso IV, artigo 77 da Lei 688/96.

Na alínea "e", inciso XII do artigo do RICMS-RO, aprovado pelo Decreto 8321/98 está definido o fato gerador do ICMS quando da entrada de mercadoria destinada ao uso, consumo ou ao ativo fixo de estabelecimento de contribuinte do ICMS (*Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto no momento: [...]XII – da entrada no território deste Estado, procedente de outra Unidade da Federação, de:[...]e) mercadoria destinada ao uso ou consumo ou ao ativo fixo, em estabelecimento de contribuinte do imposto;*).

Em primeira instância o PAT recebeu decisão de procedência, quando então a autoridade julgadora de primeira instância considerou que o sujeito passivo não atendeu ao artigo 4º da IN 012/2005, e, portanto, não fez jus ao benefício do Decreto 10663/2003, lembrando que esse Decreto foi suscitado pelo próprio sujeito passivo em sua defesa:

Decreto 10663/2003

Art. 1º Fica acrescentado o item 74 à Tabela I do Anexo I do [...] RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321, de 30 de abril de 1998:

"74 – A importação e a entrada interestadual de bem ou mercadoria, sem similar no mercado interno deste estado, destinado ao ativo fixo ou imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário.

Nota 1: A isenção prevista neste item deverá ser previamente reconhecida e autorizada, caso a caso, conforme disciplina estabelecida em Resolução do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

Nota 2: Este benefício não se aplica à entrada de mercadoria destinada ao consumo final do estabelecimento adquirente".

IN 012/2005

Art. 4º Constatada a sua regularidade e instruído com o relatório emitido por Auditor Fiscal de Tributos Estaduais indicado no artigo 3º, o processo será encaminhado ao Delegado Regional da Receita Estadual para decisão acerca do deferimento e emissão do despacho declaratório, conforme modelo constante no Anexo II, em 3 (três) vias que terão a seguinte destinação:

4

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

TATE/SEFIN
Fls. nº 161

O sujeito passivo foi notificado por via postal (fl. 30) e interpôs Recurso Voluntário (fls. 32/42) que foi apreciado pela 1ª Câmara de Julgamento e resultou na reforma da decisão singular de procedência para improcedência do auto de infração, havendo na oportunidade se manifestado o Representante Fiscal declinando pela procedência do auto de infração.

A decisão resultou no Acórdão nº 209/17/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN (fl. 131) cuja notificação foi feita ao sujeito passivo por via postal (fl. 132).

Encaminhado o PAT para conhecimento do Auditor Fiscal autuante, em razão de sua aposentadoria, tomou ciência Auditor Fiscal diverso que motivou o Coordenador da Receita Estadual (Lei 688/96, art. 144-B, II) a interpor o presente Recurso Especial com vistas à reforma da decisão contido no Acórdão nº 209/17/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN. Notificado, o sujeito passivo produziu sua contrarrazão às fls. 146/147.

1.2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

O Recurso Especial em apreço foi acolhido pela Presidência do TATE fazendo uso das prerrogativas contidas na Lei 688/96, em especial o artigo 144-B. Assim acolhido pela autoridade competente, é de supor-se sua necessária reanálise e estudo para firmar a decisão já proferida ou fazer sua reforma, observando-se a legalidade e o princípio da autotutela que garante ao Estado a revisão dos seus atos e, respeitada a ampla defesa e do contraditório quando também se analisa a fundamentação da contrarrazão apresentada pelo sujeito passivo.

A decisão de Segunda Instância resultou no Acórdão nº 209/17/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN e teve manifestação expressa do fisco solicitando a sua retificação, por entender contrária à norma legal.

Do histórico dos autos se constata que o sujeito passivo quando da realização da operação de aquisição de ativo imobilizado no exercício de 2010 deixou de recolher o diferencial de alíquotas, devido face estar inscrito no CAD/ICMS-RO e fazer uso dessa inscrição como contribuinte, vez que dos documentos fiscais consta que a tributação se deu à alíquota interestadual praticada nas unidades federadas de origem.

No exercício 2010 conforme documentos de fls. 60, 61 e 74, o sujeito passivo detinha Atestado de Condição de Contribuinte nos termos do Convênio 137/2002. Qual seja, não poderia ter deixado de recolher o ICMS-DIFAL. Ainda que fosse filiado do SINICON, não renunciou à sua condição de contribuinte.

Em continuidade se confirma que o sujeito passivo com base no Parecer nº 637/10/GETRI/CRE/SEFIN (fls. 62/63) firmou Termo de Acordo nos parâmetros da IN 008/2007/GAB/CRE:



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

TATE/SEFIN
Fls. nº 168

Art. 1º Esta Instrução Normativa regulamenta a formalização e institui o modelo do Termo de Acordo referente ao benefício previsto no item 19 da Tabela I do Anexo IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 8321, de 30 de abril de 1998. grifei

Art. 2º Fica instituído o modelo em anexo do Termo de Acordo referente ao benefício de Crédito Presumido nas aquisições interestaduais de materiais de construção promovidas por contribuintes do ICMS atuantes na atividade econômica da construção civil, nos termos previstos no item 19 da Tabela I do Anexo IV do RICMS/RO. grifei

[...]

Art. 9º O Termo de Acordo celebrado, cujo requerimento para concessão tenha sido protocolado até a data de 30 de novembro de 2008, produzirá efeitos retroativos a partir de 1º de setembro de 2007. (NR dada pela IN 007, de 26.09.08 – efeitos a partir de 1º.09.07)

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, os lançamentos efetuados no período compreendido entre 1º de setembro de 2007 e a data de celebração do Termo de Acordo, em relação a operações de entradas interestaduais praticando-se a alíquota interna do estado de origem reservada a consumidor final, serão mantidos inalterados, não cabendo qualquer tipo de complementação, compensação ou restituição ao contribuinte.

§ 2º Na hipótese de que trata este artigo, os lançamentos efetuados no período compreendido entre 1º de setembro de 2007 e a data de celebração do Termo de Acordo, em relação a operações de entradas interestaduais praticando-se a alíquota interestadual reservada a contribuinte, poderão ser estornados mediante autorização expressa do fisco em processo no qual se comprove o recolhimento da contribuição para o FITHA e da diferença de alíquotas devida, nos termos previstos no item 19 da Tabela I do Anexo IV do RICMS/RO, ainda que este recolhimento se dê conforme o procedimento da denúncia espontânea, previsto nos artigos 925 e 926 do RICMS/RO. (NR dada pela IN 007, de 26.09.08 – efeitos a partir de 1º.09.07)

Vejamos que a IN 08/2007 regulamenta a formalização de Termo de Acordo referente ao benefício previsto no item 19 da Tabela I do Anexo IV do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 8321, de 30 de abril de 1998 e, no seu artigo 2º confirma sua aplicação na aquisição de materiais de construção.

Em contraponto a aquisição interestadual descrita no auto de infração se refere a ativo fixo e uso e consumo, qual seja, fora do âmbito da IN 08/2007 e do item 19 da Tabela I do Anexo IV do RICMS-RO(1998), assim o recolhimento do FITHA e do DIFAL nos termos daquele item 19 da Tabela I do Anexo IV do RICMS-RO(1998), serve, no entender dessa Julgadora somente para ser deduzido do crédito tributário inscrito na peça acusatória. E, portanto, o Recurso Especial necessita ser conhecido e provido.

Para reforçar a tese compreendida por essa Julgadora, o sujeito passivo em sua defesa aduz que o “não recolhimento do diferencial de alíquota ocorreu em decorrência do disposto no Decreto-Lei nº 10.663/2003” (fl. 11)

Decreto 10663/2003

Art. 1º Fica acrescentado o item 74 à Tabela I do Anexo I do [...] RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321, de 30 de abril de 1998:

“74 – A importação e a entrada interestadual de bem ou mercadoria, sem similar no mercado interno deste estado, destinado ao ativo fixo ou imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário.

Nota 1: A isenção prevista neste item deverá ser previamente reconhecida e autorizada, caso a caso, conforme disciplina estabelecida em Resolução do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

Nota 2: Este benefício não se aplica à entrada de mercadoria destinada ao consumo final do estabelecimento adquirente”.

MP

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

TATE/SEFIN
Fls nº 169

IN 012/2005

Art. 1º O direito a fruição do benefício previsto no item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS/RO condiciona-se ao seu reconhecimento e autorização, caso a caso, pela Coordenadoria da Receita Estadual, mediante requerimento protocolado pelo contribuinte até 30 (trinta) dias após a entrada do bem no estabelecimento destinatário, na forma do artigo 2º.

[...]

Art. 4º Constatada a sua regularidade e instruído com o relatório emitido por Auditor Fiscal de Tributos Estaduais indicado no artigo 3º, o processo será encaminhado ao Delegado Regional da Receita Estadual para decisão acerca do deferimento e emissão do despacho declaratório, conforme modelo constante no Anexo II, em 3 (três) vias que terão a seguinte destinação:

Então confirmado pelo interessado que não se tratava de aquisição de material de construção. Confirmado também que à época dos fatos era contribuinte do ICMS com Atestado de Contribuinte conforme fls. 60, 61 e 74, ratificado textual no Termo de Acordo que celebrou com a CRE-RO na Cláusula Primeira, fl. 75. Confirmado também dos documentos fiscais que a aquisição se deu à alíquota interestadual praticada nas unidades federadas de origem, não vejo razão para ter sido a recorrente dispensada do recolhimento integral do ICMS DIFAL.

Assim, essa Julgadora vota por conhecer do Recurso Especial interposto para dar-lhe provimento e reformar a decisão contida no Acórdão nº 209/17/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN de improcedência para procedência do auto de infração, aplicando-se, no entanto, a retroatividade da Lei 3583/2015 que reconduziu a penalidade para o item 1, alínea "a", do IV do mesmo artigo 77 da Lei 688/96, ao tempo em que reduziu a penalidade de 150% para 90% do valor do imposto não pago. O crédito tributário no valor de R\$94.279,21 (noventa e quatro mil, duzentos e setenta e nove reais, vinte e um centavos) deverá ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Crédito Tributário

	Auto de Infração	Aplicação da Retroativa da Lei 3583/15
ICMS	37.608,16	37.608,16
Multa	65.945,34	39.567,20
Juros	10.748,45	10.748,45
A.Monetária	6.355,40	6.355,40
Total	120.657,35	94.279,21

É com voto, S.M.J.

Porto Velho, 19 de novembro de 2021

Márcia Regina Pereira Sapia
Relatora/Julgadora
AFTE 780

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

PROCESSO: N.º 20122800400026
RECURSO ESPECIAL: N.º 008/2018
RECORRENTE: RIBEIRO & RIBEIRO TERRAPLANAGEM LTDA
ME
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: ANTÔNIO ROCHA GUEDES
RELATÓRIO: N.º 003/2021 – 1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02.– VOTO DIVERGENTE

02.1 – Em sessão de Câmara Plena de julgamento realizada no dia 19 de novembro de 2021, em que foi apreciada a matéria constante do presente PAT/Recurso Especial, por discordar da tese defendida pelo julgador relator bem como do voto proferido, manifesto VOTO DIVERGENTE, nos termos que se segue:

02.2 – Versa o presente PAT sobre ação fiscal movida contra o Contribuinte acima qualificado, através do Auto de Infração Nº **2012800400026**, expedido em aditamento ao auto de infração 2012300400256, por deixar de lançar em GIAM no campos outros débitos, o valor correspondente ao diferencial de alíquotas referente ao ativo imobilizado e ao uso e consumo da empresa, conforme determina a legislação tributária, infringindo assim o Art. 2º, inciso XII, letra “e” c/c art. 14 ambos do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8321/98, sujeitando-se a penalidade imposta no art. 77, inciso IV, alínea “b” da Lei 688/96. Importando o presente Auto de Infração o valor de R\$ 120.657,35 (cento e vinte mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e trinta e cinco centavos).

02.3 – Em sua defesa o sujeito passivo discorda da autuação, alegando: que, o recolhimento diferencial de alíquotas não ocorreu em decorrência do disposto no Decreto 10.663/03, que isentava o diferencial de alíquotas de bens destinados ao ativo imobilizado que não tivessem similar no Estado de Rondônia; que o Parecer 320/2008/GETRI/CRE/SEFIN que lhe concedeu a utilização do benefício do credito presumido nas aquisições de materiais de construção, haja vista atuar na área da construção civil; que o valor exorbitante da autuação afetara significativamente a situação financeira da empresa. Ao final, requer o cancelamento do Auto de Infração ora discutido.

02.4 – A autoridade julgadora de instância faz um relato dos autos, analisa os termos da defesa e das contrarrazões e fundamenta sua decisão no que segue: que de acordo com a Legislação tributária, para justificar o seu pedido de improcedência da ação fiscal baseado no art. 10.663/03, o sujeito passivo deveria ter anexado aos autos cópias dos Despachos Declaratórios dos bens sem similares no Estado de Rondônia, conforme disposto no art. 4º da IN 012/2005; que não o fazendo, deveria ter recolhido o diferencial de alíquotas das mercadorias objeto da autuação, por haver procedido em desacordo com a legislação; que o autor do feito conduziu a ação fiscal dentro do que recomenda a legislação tributária estadual. Sendo assim, julga procedente a ação fiscal; Declara devido crédito tributário lançado na peça básica no valor de R\$ 120.657,35. Determina seja notificado o sujeito passivo do teor desta decisão, reservando direito de vistas e manifestação junto a Câmara de Segunda Instância.

02.5 – Em seu Recurso Voluntário o sujeito passivo reitera basicamente o que fora dito em primeira Defesa e requer que o presente recurso seja regularmente recebido e processado e que seja reformada a Decisão de primeira instância, e cancelado o auto de infração.

02.6 – Da análise dos autos, infere-se que o sujeito passivo foi acusado de deixar de recolher ICMS diferencial de alíquota sobre máquinas equipamentos adquiridos para o ativo fixo da empresa, descumprindo a Legislação Tributária do Estado de Rondônia, motivo pelo qual foi lavrado o presente Auto de Infração para cobrança do imposto considerado devido, acrescido de juros multa e correção monetária.

Aduz o sujeito passivo que à época da aquisição dos bens estava amparado pelo Decreto 10663/03 e IN 008/2007/GAB/CRE, e, por ser apenas contribuinte do ISSQN, está dispensada do recolhimento de diferencial de alíquota com base no mandado de Segurança impetrado pelo SINDUSCON e SINICON, respectivamente, de n.ºs 0100.007º97-2 e 001.2001.008192-4. No entanto o Fisco sustenta a autuação considerando que o Decreto 10.663/2003 estendia os benefícios da isenção prevista no Item 74, da Tabela I, do Anexo I, do RICMS/RO apenas aos estabelecimentos industriais e agropecuários, mediante reconhecimento e aprovação (despacho declaratório da isenção), até 30 dias após a aquisição dos bens, conforme IN 012/2005/GAB/CRE, o que não ocorreu. Sustenta ainda o Fisco que o Decreto 15858/2011 anulou o benefício de que trata o item 74 acima referido, com efeito retroativo a 25 /09/2003.

O primeiro questionamento que se impõe é o fato de a descrição da infração apontar a mercadoria como destinada a estabelecimento de contribuinte do imposto, quando de fato a autuada não se enquadra na condição de

contribuinte do ICMS. Ocorre que, como será demonstrado a seguir, a autuada tem a prerrogativa do benefício do diferencial de alíquota na referida operação e, desta forma não estaria obrigada a efetuar o recolhimento do diferencial de alíquota correspondente

Urge lembrar que se trata de caso específico cujo autuado é uma empresa do ramo da construção civil/pesada, que, regra geral, está sujeita à incidência do ISSQN. No que pese toda a polêmica sobre o regime de tributação da atividade, há jurisprudência firmada nesta direção. Ainda assim, por força da Legislação Tributária do Estado de Rondônia as empresas de construção civil são obrigadas a manter Cadastro no CAD/ICMS, como, aliás, também é o caso do autuado.

Da análise dos autos depreende-se que o sujeito passivo atende, cumulativamente, às seguintes condições: exerce atividade constante da lista de serviços da Lei Complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003, que trata do ISSQN inerente a construtora; adquire equipamentos, materiais e insumos para aplicação em obras de sua execução; não exerce atividade mercantil, com circulação de mercadorias; é associada do SINICON – Sindicato da Indústria da Construção Civil, fl55, patrona da Ação do Mandato de Segurança n.º 001.2002.002594-6.

Para manter a pretensa infração o fisco sustenta a tese de que o autuado se beneficiou do regime fiscal na referida operação e que deixou de recolher espontaneamente o diferencial de alíquota, motivo da cobrança do crédito tributário constante da presente autuação. Aduz o autuado que não é contribuinte do ICMS e para o tipo de operação em questão não estava obrigado ao recolhimento de diferencial de alíquota e também não auferiu qualquer benefício fiscal, o que teria dado origem à cobrança do imposto.

Vejamos o que preconizam os dispositivos legais apontados como infringidos, o Art. 2º, inciso XII, letra “e” c/c art. 14 ambos do RICMS/RO, verbis:

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto no momento (Lei 688/96, art. 17):

XII – da entrada no território deste Estado, procedente de outra Unidade da Federação, de:

e) mercadoria destinada ao uso ou consumo ou ao ativo fixo, em estabelecimento de contribuinte do imposto;

(NR Decreto nº 8510, de 09/10/98 – efeitos a partir de 09/10/98)

Art. 14. Nas hipóteses prevista no inciso XII, alíneas “b” e “e” do artigo 2º, a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou prestação sobre o qual for cobrado o imposto no Estado de origem e o imposto a recolher será o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (Lei 688/96, art. 28).

A interpretação do dispositivo acima permite concluir que a imposição legal pertinente a infração descrita na inicial é restrita a operação que destine mercadoria a contribuinte do imposto. Por esta razão entendemos importante abordar peculiaridades da autuação e, principalmente, a questão do diferencial de alíquota aplicável às empresas de construção.

Ainda que seja relevada a situação do autuado de ser ou não contribuinte do ICMS, o mais importante é o fato de que a operação de que trata a presente autuação ocorreu ao abrigo de decisão judicial, que definiu as empresas de construção civil e pesada como imunes à incidência do diferencial de alíquota do ICMS, conforme decisão judicial em Mandado de Segurança Impetrado pelo SINICON n.º 001.2002.002594-6, que assim concluiu:

“Isto posto, Defiro a Liminar pretendida para fins de determinar a autoridade coatora que tome providências necessárias para suspender os efeitos da Resolução n.º 006/00/GAB/CRE, abstendo-se de cobrar o diferencial de alíquota do ICMS em relação as empresas substituídas, cujo o rol vai anexo, em referências aos produtos, insumos, peças, máquinas, equipamentos e demais materiais adquiridos fora do estado de Rondônia exclusivamente para uso próprio ou em obras que executem, até decisão final”.

A decisão acima é o corolário de reiteradas decisões verificadas em tribunais em várias instâncias, conferindo às empresas de construção a desoneração do diferencial de alíquotas no caso específico de insumos, peças, máquinas e materiais destinados ao uso próprio ou a execução de obras. Como pode ser observado, as mercadorias constantes da Nota Fiscal relacionada atende perfeitamente aos requisitos acima referidos.

Em reforço à decisão acima citada, e de conformidade com a sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça consolidou esse entendimento, em acórdão com a seguinte EMENTA:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. As empresas de construção civil ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser

compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 DIVULG 30.04.2008 PUBLIC 02.05.2008; RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009; e RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 DIVULG 25.06.2009 PUBLIC 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; REsp 909.343/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; REsp 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AgRg no Ag 889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 15.05.2009; e REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009).

2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que "as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual" (José Eduardo Soares de Melo, in "Construção Civil - ISS ou ICMS?", in RDT 69, pg. 253, Malheiros)." (EResp 149.946/MS).

3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1135489/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Donde se conclui que relativamente aos serviços de construção civil que prestam, as construtoras são contribuintes do ISSQN, de competência municipal (art. 156, inc. IV, da CR/88) e não são contribuintes do ICMS, de competência estadual (art. 155, inc. I, "b", da CR/88), porque tais atividades não configuram a situação necessária à ocorrência do fato gerador do ICMS.

Acrescente-se que o próprio Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais - TATE/RO tem decidido reiteradas vezes por declarar como improcedente a ação fiscal relativa à cobrança de diferencial de alíquota quando constatado que os materiais e(ou) equipamentos adquiridos foram aplicados em obras executadas por empresas de construção civil, conforme Acórdãos de n.ºs 108/06/1ª Câmara/TATE/SEFIN e 145/16/1ª Câmara/TATE/SEFIN, cópias anexas, cuja EMENTA para ambos os acórdãos é a seguinte:

ACÓRDÃO Nº. 108/06/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN. EMENTA : ICMS – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – IMPUTAÇÃO ILIDIDA PELA COMPROVAÇÃO DO EMPREGO DOS MATERIAIS EM OBRAS CONTRATADAS - Não subiste a ação fiscal fundada na falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, quando comprovado que os materiais adquiridos foram aplicados em obras contratadas e executadas sob sua responsabilidade. Inexigibilidade do ICMS, decisões do STF e STJ. Precedentes das Egrégias 1.ª seção e 1.ª e 2.ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Ação fiscal alcançada por decisão exarada em Mandado de Segurança. Ação fiscal improcedente. Recurso de Ofício Desprovido. Decisão Unânime.

ACÓRDÃO Nº. 145 /16 /1ª CÂMARA/TATE/SEFIN. EMENTA: ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – FALTA DE RECOLHIMENTO – CONSTRUÇÃO CIVIL E PESADA - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – A premissa maior a considerar é a medida judicial de que trata o Mandato de Segurança impetrado pelo SINICON n.º 001.2002.002594-6, e, por isso, a exigência do pagamento do ICMS diferencial de alíquota que configura a ameaça temida ou o risco de lesão ao direito subjetivo, tem o efeito de tornar improcedente o auto de infração. Modificada a decisão monocrática que julgou procedente a ação fiscal para improcedente. Recurso Voluntário Provido. Decisão Unânime.

E se não bastasse, no que se refere à exigência do diferencial de alíquota sobre as operações realizadas pelas empresas de construção civil/pesada, dispõe o Parecer Normativo n.º 01/2008/GETRI/CRE/SEFIN, publicado no DOE de nº 1000, de 20.05.08, que: *“assim, quando a aquisição se der utilizando a inscrição estadual no CAD/ICMS/RO, valendo-se da alíquota interestadual, e não existir decisão judicial que declare ser a empresa apenas prestadora de serviços sujeita ao ISSQN, o fisco deverá lançar o imposto devido, seja a título de diferença entre alíquotas, seja por antecipação, pois se entende que o adquirente está praticando a operação na condição de contribuinte do ICMS”.*

No presente caso há decisão do judiciário que assegura à recorrente a condição de contribuinte do ISSQN, portanto está o fisco estadual desautorizado a promover qualquer lançamento de imposto e demais encargos. Vale observar que o referido Parecer Normativo oferece contorno de normalidade às operações em que se utilize o CAD/ICMS nas operações interestaduais, como é o presente caso.

Portanto constata-se que o crédito tributário exigido tem como escopo o fato do não recolhimento do diferencial de alíquota por parte do autuado e, conforme demonstrado inexistente tal obrigação e, via de consequência, não avaliza a cobrança de multa e demais encargos na referida operação, posto que a mesma foi realizada com base em decisão judicial específica.

Resta concluir que não pode prevalecer a presente autuação em razão de não se observar base legal para sustentar a acusação fiscal, sobretudo fundada com suporte em obrigação principal comprovadamente inexistente para o caso em tela.

02.7– Face ao exposto e por tudo mais que dos autos consta, conheço do Recurso Especial interposto, para negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão de 2.^a Instância, que julgou improcedente a ação fiscal.

Porto Velho, 19 de novembro de 2021.

ANTÔNIO ROCHA GUEDES
JULGADOR

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

PROCESSO : 20122800400026
RECURSO : ESPECIAL Nº 008/2018
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : RIBEIRO & RIBEIRO TERRAPLENAGEM LTDA.- ME
RELATOR : JULGADOR - ROBERTO VALLADÃO ALMEIDA DE CARVALHO

RELATÓRIO : Nº 003/21/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 017/21/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS – CONSTRUÇÃO CIVIL – DEIXAR DE RECOLHER DIFERENCIAL DE ALIQUOTA - AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – INOCORRÊNCIA – Deve ser afastada a exigência do pagamento do ICMS diferencial de alíquota decorrente de aquisição interestadual de bens do ativo imobilizado, quando promovido por empresa de construção civil. A premissa maior a considerar é que empresas da construção civil não são contribuintes do ICMS, aplicação da Súmula nº 432 do STJ. Restou comprovado o recolhimento do ICMS DA com alíquota reduzida e recolhimento ao FITHA, em conformidade com o Termo de Acordo firmado como o Fisco. O novo RICMS-RO Decreto n. 22.721/18 reconhece que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS. Manutenção da decisão contida no Acórdão nº 209/17/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN de improcedência do auto de infração. Recurso Especial desprovido. Decisão por desempate.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, em conhecer do Recurso Especial interposto para negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão contida Acórdão nº 209/17/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN de **IMPROCEDÊNCIA** do auto de infração, conforme Voto divergente proferido pelo julgador Antônio Rocha Guedes, acompanhados pelos votos dos julgadores Napoleão, Manoel Ribeiro de Matos Júnior e Leonardo Martins Gorayeb. Acompanha o voto da relatora Márcia Regina Pereira Sapia, os julgadores Nivaldo João Furini, Roberto Valladão Almeida de Carvalho e Fabiano Emanuel Fernandes Caetano. Voto de desempate proferido pelo presidente acompanhando o voto divergente pela improcedência do auto de infração.

TATE. Sala de Sessões. 19 de novembro de 2021.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Antônio Rocha Guedes
Julgador – Voto Divergente