



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

RESOLUÇÃO Nº 39/17

CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO : 26ª EM 08/05/17
PROCESSO : Nº 22101.004558/16-36
RECORRENTE : **CONSTERP CONSTRUTORA E TERRAPLANAGEM LTDA**
RECORRIDO : **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**
AUTUANTE : **VALDIR COSTA MATEUS**
RELATOR : **ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA**

EMENTA: ICMS – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS ANTECIPADO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO, NOS PRAZOS REGULAMENTARES – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS OU BENS ORIUNDOS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL – REVELIA – AUTUAÇÃO PROCEDENTE EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – RECURSO VOLUNTÁRIO - ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS – INFRAÇÃO CONFIGURADA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em observância ao art. 62 da Lei nº 72/94, contra decisão de primeiro grau que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 368, de 09 de março de 2016, lavrado contra a autuada, que noticia a seguinte irregularidade: "O CONTRIBUINTE FOI INTIMADO E NÃO RECOLHEU O ICMS ANTECIPADO – DIFERENCIAL DE ALIQUOTA".

Em decorrência da narrativa acima, foi exigido ICMS no valor de R\$ 111.451,20, por infringência ao art. 11 da Lei 166/97, juros de R\$ 47.164,76, e multa pela infração no valor de R\$ 55.725,60, com fulcro no art. 69, inciso I, alínea "a", da Lei nº 59/93, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 214.341,56.

Regularmente cientificada, a autuada não apresentou impugnação e nem recolheu a importância exigida.

O processo foi remetido à Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais, onde foi julgado PROCEDENTE, consoante o seguinte entendimento:



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: 22101.004558/16-36

fls.02

ICMS – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS ANTECIPADO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO, NOS PRAZOS REGULAMENTARES – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS OU BENS ORIUNDOS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL – REVELIA – INFRAÇÃO CONFIGURADA – AUTUAÇÃO PROCEDENTE – AUTO DE INFRAÇÃO MANTIDO.

A cobrança do ICMS, a título de diferencial de alíquotas decorrente da entrada de mercadorias ou bens no Estado de Roraima, foi realizada de acordo com a legislação tributária estadual, não havendo qualquer manifestação contrária que pudesse ilidir o trabalho fiscal.

Portanto, trata-se de matéria de fato e infração devidamente configurada, por ter sido constatada a falta de pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, nos prazos regulamentares, pela entrada de mercadorias ou bens provenientes de outras unidades da Federação, sendo mantida na íntegra a exigência fiscal, sem alterações.

A autuada apresentou Recurso Voluntário por procurador devidamente habilitado, tempestivamente, de acordo com o art. 62 da Lei nº 72/94.

Ao se manifestar sobre os fundamentos da sentença monocrática, a recorrente aduz as seguintes contrarrazões:

- a) Que atua exclusivamente no ramo de construção civil;
- b) Que não é contribuinte do ICMS;
- c) Que não incide ICMS na aquisição de mercadorias ou bens para uso próprio pelas empresas de construção civil;
- d) Colaciona vasta jurisprudência sobre a matéria e ao final requer a reforma da decisão 72/2016 da primeira instância por entender como indelével o seu direito de não pagar a diferença de alíquota ora exigida.

Submetido ao crivo da Procuradoria Fiscal, aquele órgão se manifesta nos seguintes termos:



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: 22101.004558/16-36

fls.03

a) Que a recorrente diz que é empresa do ramo de construção civil e que vem adquirindo materiais em outra unidade da federação com alíquota menor, mas não admite pagar a diferença estadual;

b) Que a recorrente apresenta duas personalidades: a primeira, como contribuinte, para efeitos de adquirir mercadorias com a alíquota interestadual de 12% noutra unidade da Federação ao invés da alíquota cheia de 17%; a segunda, apresenta-se como não contribuinte neste Estado, apenas para eximir-se do pagamento do ICMS – diferencial de alíquota;

c) Que se a recorrente não é contribuinte do ICMS deve então adquirir mercadorias como consumidora final, portanto, as Notas Fiscais de aquisição devem vir com alíquotas cheias, ou seja, 17% e não 12% como vem acontecendo;

d) Se determinada empresa compra mercadoria na condição de consumidor final, e se apresenta ao seu fornecedor como não contribuinte do ICMS, o fornecedor emitirá a nota fiscal na alíquota cheia, ou seja, na alíquota interna (17%) e recolherá ao seu Estado o imposto na sua totalidade. Nesse caso, inexistirá diferença de imposto a ser recolhido pela empresa quando da passagem no Posto Fiscal de Entrada no Estado de Roraima;

e) Se comprar mercadorias (bens para o ativo imobilizado ou para serem empregadas nas obras que realiza) e se apresentar como contribuinte do ICMS, o fornecedor emitirá a nota fiscal destacando o imposto na alíquota diferenciada, ou seja, na alíquota interestadual (12%), ficando, neste caso, a empresa obrigada a recolher o ICMS correspondente ao diferencial de alíquota (alíquota interna menos alíquota interestadual, ou seja, $17\% - 12\% = 5\%$);

f) Que a única maneira dessas empresas construtoras prestadoras de serviço se eximir do não pagamento do diferencial de alíquota seria praticarem atividades exclusivamente de serviços, sujeitas apenas ao ISS, não havendo nesse caso a obrigatoriedade de se cadastrarem no CGF, passando então a comprar dentro ou fora do Estado do local da obra com alíquota de consumidor final, ou seja, cheia de 17%, evitando a concorrência desleal e não causando prejuízo ao fisco roraimense.

g) Conclui que a empresa do ramo de CONSTRUÇÃO CIVIL que adquirir e promover a entrada de mercadoria ou bem, proveniente de outras unidades da Federação, seja para o ativo fixo ou uso e consumo ou para fornecimento em obra contratada e executada sob sua responsabilidade, nesta operação incidirá o ICMS a título de diferencial de alíquotas, nos termos do



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: 22101.004558/16-36

fls.04

artigo 587, Inciso I, do RICMS-RR/01, ou deverá a mesma atentar pra a regra do art. 155, § 2º, VII, alínea “b”, da Constituição Federal.

h) Finaliza, aduzindo que a empresa da forma como age está praticando ato de má-fé, enriquecendo ilicitamente em detrimento daqueles que pagam corretamente seus impostos.

É o relatório.

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA

Conselheiro Relator

V O T O

A demanda noticia a falta de pagamento do ICMS - diferencial de alíquotas, relativo a compras efetuadas pela recorrente, EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, em outras unidades da Federação.

A recorrente alega ter o direito de não pagar a diferença de alíquota ora exigida, por atuar exclusivamente no ramo de construção civil, por não ser contribuinte do ICMS e que não incide ICMS na aquisição de mercadorias ou bens para uso próprio pelas empresas de construção civil.

A cobrança do diferencial de alíquota das empresas de construção civil, objeto desse auto de infração, está regulamentada no Art. 587 do RICMS, abaixo transcrito:

“Art. 587. As empresas de construção civil e assemelhadas, regularmente inscritas no CGF, ao receberem mercadorias provenientes de outros Estados, deverão adotar os seguintes procedimentos:

I – calcular o ICMS através da aplicação do diferencial entre as alíquotas interna e a interestadual sobre o valor total da operação, incluído o IPI, se incidente este, e sobre o valor da prestação do serviço de transporte, constantes dos documentos fiscais de origem;



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: 22101.004558/16-36

fls.05

II – escriturar no livro Registro de Entradas os documentos fiscais aludidos no inciso anterior, na coluna "Outros", do campo "Operações sem Crédito do Imposto", e na mesma linha na coluna "Observações", sob o título "Débito do Imposto", o valor calculado na forma do inciso anterior;

III – registrar, no final do período mensal, no livro Registro de Apuração do ICMS, item 002 – "Outros Débitos", do campo "Débito do Imposto", o valor total da coluna "Observações" aludido no inciso anterior, para fins de apuração e recolhimento até o último dia da segunda quinzena subsequente à entrada neste Estado. (redação dada pelo Decreto nº 10.361-E de 12/08/09)

Parágrafo único - Não se exigirá o recolhimento do imposto correspondente ao diferencial de alíquotas, nas operações que destinem mercadorias a empresa de construção civil localizada neste Estado, cuja tributação tenha ocorrido com alíquota interna do Estado de origem. (acrescentado pelo Decreto nº 10.361/09)"

No caso, a exigência fiscal teve efeito, em virtude de todas as aquisições efetuadas terem sido realizadas pela recorrente como contribuinte do imposto, gerando o diferencial de alíquota ora discutido.

Se a recorrente houvesse efetuado suas compras e informado a sua condição de empresa de construção civil não contribuinte do imposto, o fornecedor teria emitido as notas fiscais com a alíquota interna do Estado de origem, e o Estado destinatário (Roraima) não teria nada a exigir nestas operações.

Portanto, a exigência fiscal foi configurada e de acordo com a legislação.

A recorrente apresenta jurisprudência dos tribunais superiores pacificando o entendimento de que as empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS sobre **mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais**, o que gerou a Súmula 432 do STJ.

Analisando por esse prisma, melhor sorte não acompanha a recorrente.

Já é assente no Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, no sentido de que as empresas de construção civil, que não estejam sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquota do ICMS, devem comprovar o emprego dos insumos em obras contratadas em seu âmbito territorial.



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: 22101.004558/16-36

fls.06

No caso concreto, não foi comprovado que os produtos discriminados nas notas fiscais relacionados no auto de infração foram adquiridos para utilização em obras contratadas, limitando-se a recorrente a anexar cópia de notas fiscais de serviços e contratos de realização de obra, nos quais sequer há descrição dos insumos a serem empregados, inexistindo, assim, elementos hábeis a caracterização da certeza e a liquidez do direito pleiteado.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência recente e pacífica do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima:

"AGRAVO INTERNO - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - AQUISIÇÃO DE MATERIAIS EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO COMO INSUMO NA ATIVIDADE FIM - ÔNUS DA PROVA - INOBSERVÂNCIA - REGULARIDADE DA COBRANÇA RELATIVA ÀS DIFERENÇAS DE ALÍQUOTA DE ICMS - AUSÊNCIA DE RAZÕES À ALTERAÇÃO DO JULGADO - RECURSO DESPROVIDO - VOTAÇÃO UNÂNIME - APLICAÇÃO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA EM FAVOR DO AGRAVADO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.021, § 4.º DO CPC" (TJRR, AgInt 0000.16.001240-7, Câmara Cível, Rel. Des. Cristóvão Suter - p.: 29/09/2016)

"APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO COMPROVAÇÃO QUE AS MERCADORIAS ADQUIRIDAS SÃO UTILIZADAS COMO INSUMO NA ATIVIDADE FIM. ÔNUS DO IMPETRANTE. APELO NÃO PROVIDO. 1) O Colendo Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido que as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais (Súmula 432). 2) No caso sub judice, a parte Impetrante não trouxe prova pré-constituída que comprove que as mercadorias adquiridas são ou não insumo para utilização em suas obras. 3) A via estreita do mandado de segurança não admite dilação probatória, razão pela qual o Impetrante, quando da interposição do remédio constitucional, deve juntar prova pré-constituída suficiente para comprovar o direito líquido e certo por ele alegado. Precedente do STF: RE 630499 MS, Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/02/2012. 4) Recurso conhecido e não provido." (TJRR,



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: 22101.004558/16-36

fls.07

AC 0010.13.723662-5, Câmara Cível, Rel. Des. Jefferson Fernandes da Silva - p.: 23/06/2016)

"APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUE AS MERCADORIAS SERIAM UTILIZADAS EM CONSTRUÇÃO CIVIL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (TJRR, AC 0010.14.828199-0, Câmara Cível, Rel. Des. Mozarildo Cavalcanti, p.: 22/06/2016)

AGRAVO INTERNO - PRELIMINAR DE INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - REJEIÇÃO. MÉRITO - AQUISIÇÃO DE MATERIAIS EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO COMO INSUMO NA ATIVIDADE FIM - ÔNUS DA PROVA - INOBSERVÂNCIA - REGULARIDADE DA COBRANÇA RELATIVA ÀS DIFERENÇAS DE ALÍQUOTA DE ICMS - AUSÊNCIA DE RAZÕES À ALTERAÇÃO DO JULGADO - RECURSO DESPROVIDO - VOTAÇÃO UNÂNIME - APLICAÇÃO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA EM FAVOR DO AGRAVADO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.021, § 4.º DO CPC

(TJRR – AgInt 0000.16.001540-0, Rel. Des. CRISTÓVÃO SUTER, Câmara Cível, julg.: 16/03/2017, DJe 22/03/2017, p. 12)

Por todo o exposto, concluo que a exigência fiscal está perfeitamente regular e de acordo com a legislação de regência.

VOTO - Pelo recebimento do recurso voluntário por regular e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO para manter inalterada a decisão proferida pela primeira instância, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 368, lavrado em 09 de março de 2016.

É como voto.

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA
Conselheiro Relator



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **CONSTERP CONSTRUTORA E TERRAPLANAGEM** e recorrido: **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**,

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, por maioria de votos, conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de primeira instância, julgando procedente o Auto de Infração nº 000368/2016, de acordo com o parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto do relator. Ficou impedido de participar do julgamento o Exmº. Sr. Conselheiro Mirocem Leandro das Chagas Filho, com base no inciso I, § único, art. 12, do Dec. 856-E/94. Foi excluído do julgamento o Exmº. Sr. Conselheiro Ariovaldo Aires de Oliveira, com base no inciso I, § único, art. 18, do Dec. 856-E/94. Foi voto vencido o Exmº. Sr. Conselheiro Diego Silva Lopes, que entendia pela improcedência da ação fiscal.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista - RR, 16 de maio de 2017.

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE

Presidente

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA

Conselheiro Relator

EVANDRO BARROS DE SOUZA

Conselheiro

ARIOVALDO AIRES DE OLIVEIRA

Conselheiro

JOSÉ CARLOS ARANHA RODRIGUES

Conselheiro

DIEGO SILVA LOPES

Conselheiro

FERNANDA DOS SANTOS R. DE OLIVEIRA

Conselheira

SANDRO BUENO DOS SANTOS

Procurador do Estado