

**PROCESSO** - A.I. Nº 206991.0001/01-2  
**RECORRENTE** - CITELUZ LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0962/01  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 23.12.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0468-12/02

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. O autuado não é contribuinte do ICMS, e como tal, apesar do seu procedimento, e a utilização indevida de crédito fiscal ser irregular, não causou qualquer prejuízo ao Erário Estadual, em razão da não incidência do imposto nas suas operações. Modificada a decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a decisão da 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0962/01 – insurgindo-se, somente, em relação aos itens 1 e 2 da autuação, e, quanto aos demais (itens 3 a 6), por ocasião da sua defesa, reconheceu como devidas as infrações, e informou que providenciou seus recolhimentos com as cominações legais.

Os itens sob Recurso Voluntário no presente Auto de Infração tratam da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária, lançado como operação normal (item 1), e na coluna Outras (item 2).

A tese recursal, basicamente, é que, efetivamente, utilizou os créditos relativos às mercadorias enquadradas na substituição tributária, mas que deu saída tributada a todas elas.

Na sessão realizada na data de 14/11/2001, esta 2ª CJF diligenciou os autos à ASTEC para que fiscal estranho ao feito esclarecesse se, pelos documentos anexados, é possível se afirmar que as mercadorias objeto da glosa do crédito foram tributadas na saída (fl. 804 e verso).

A diligente da ASTEC, no seu relatório às fls. 805 e 806, concluiu que, de acordo com as fotocópias das notas fiscais apensadas nos autos (exercícios de 1999 e 2000), com respectivos relatórios de medição e orçamentos, ficou constatado que as mercadorias objeto da glosa no Auto de Infração (lâmpadas e reatores) foram tributadas na saída, e que, no exercício de 1999, após o refazimento da conta corrente fiscal, de acordo com o demonstrativo à fl. 811, ficou evidenciado não ter havido prejuízo para o Estado, pois não foi apurado imposto a pagar e sim saldo credor em todo o período, mas que, quanto ao exercício de 2000, não pode afirmar pois não foram apresentados os documentos necessários para a elaboração do conta corrente fiscal.

No seu pronunciamento acerca do resultado da diligência (fls. 944 a 947), o recorrente trouxe um fato novo, a saber, a informação de que, por estar consciente de que suas atividades se enquadrariam como empresa de construção civil, formulou consulta à DITRI, obtendo em resposta o Parecer nº 64/2002, em que consta a resposta de que “os bens ou mercadorias da empresa de construção civil não incide ICMS nos termos dos artigos 540 e 542 do RICMS/97.”

Considerando este fato novo, e que as respostas às consultas formuladas à DITRI são dadas partindo de hipóteses (informações prestadas pelo próprio consulente), esta 2ª CJF deliberou que os autos fossem, novamente, remetidos à ASTEC para que fiscal estranho ao feito verificasse a real condição de “empresa de construção civil” do recorrente, assim entendida aquela não contribuinte do ICMS, ou se, ao revés, esta condição não estiver caracterizada.

Em novo Parecer, de n.º 0228/02, fls. 960 e 961, o diligente da ASTEC trouxe as seguintes considerações:

1. *“O objeto social da autuada em seu Contrato Social arquivado na Junta Comercial abrange estudos e gerenciamentos de projetos, realização de obras e serviços de instalação de redes de iluminação públicas e de prédios e a comercialização de bens e equipamentos necessários aos projetos e obras realizados pelo autuado. Apuramos, através dos contratos celebrados com clientes e das notas fiscais de aquisição de materiais e equipamentos que a autuada somente adquire estes bens para aplicação nas obras e serviços;*
2. *A autuada efetivamente atua na área de prestação de serviços de instalações elétricas celebrando contratos que incluem o fornecimento de materiais e equipamentos adquiridos de terceiros, ou seja, contratos de empreitada global. Foi verificado, também, que pela natureza das obras e serviços prestados pela autuada nada é produzido no canteiro de obras;*
3. *A natureza da atuação da autuada como empreiteira da área de construção civil é também corroborada pela constatação de seu registro no CREA, órgão fiscalizador das atividades de engenharia, e, da sua filiação ao sindicato das empresas de construção civil;*
4. *Consulta realizada no cadastro da SEFAZ revela a condição de ESPECIAL e de não contribuinte;*
5. *Constatamos, após pesquisas em diversas notas fiscais de aquisição de materiais realizada pela autuada em outras unidades da federação que a operação é realizada com a alíquota cheia, ou seja, para não contribuintes do imposto.”*

Ao final, concluiu que *“a autuada efetivamente exerce atividade complementar de construção civil na área de montagem e instalação de sistemas e iluminação e sinalização de vias públicas, dedicando-se à prestação de serviços mediante contratos por empreitada com fornecimento de materiais adquiridos de terceiros. Estando inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de Especial, consoante previsão do art. 543, II, ‘b’.”*

O recorrente cientificado do resultado da diligência, silenciou, e a autuante, ressaltou que o Auto de Infração cumpriu ordem de serviço da Inspetoria, e que a empresa, à época do fato gerador, estava enquadrada na condição de contribuinte normal, passando à Especial em 25/05/2001, posteriormente a lavratura do Auto de Infração.

A representante da PROFAZ, na sua manifestação, aduziu que o resultado da diligência comprovou ser o recorrente prestador de serviços de construção civil, e entendeu que a atuação é improcedente, pois não houve a ocorrência do fato gerador do imposto. Opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Os itens da presente autuação, sob análise, exigem imposto em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária, lançado como operação normal (item 1), e na coluna Outras (item 2).

A tese recursal, originalmente, era que, efetivamente, utilizou os créditos relativos às mercadorias enquadradas na substituição tributária, mas que deu saída tributada a todas elas. Num segundo momento, trouxe o recorrente um fato novo, a saber, a informação de que, por estar consciente de que suas atividades se enquadrariam como empresa de construção civil, formulou consulta à DITRI, obtendo em resposta o Parecer n.º 64/2002, em que consta a resposta de que “os bens ou mercadorias da empresa de construção civil não incide ICMS nos termos dos artigos 540 e 542 do RICMS/97.”

Esta informação foi objeto de diligência executada por preposto da ASTEC, que atestou que o autuado exerce atividade complementar de construção civil na área de montagem e instalação de sistemas e iluminação e sinalização de vias públicas, dedicando-se à prestação de serviços mediante contratos por empreitada com fornecimento de materiais adquiridos de terceiros, estando inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de Especial, consoante previsão do art. 543, II, “b”, do RICMS/97.

O art. 540, do RICMS, considera empresa de construção civil, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais previstas neste Regulamento, toda pessoa física ou jurídica que executar obras de construção civil, efetuando a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou no de terceiro.

Já o art. 542, II e III, do mesmo Regulamento, preconiza que não incide o ICMS no fornecimento de material adquirido de terceiro pelo empreiteiro ou subempreiteiro para aplicação nas construções, obras ou serviços contratados, nem na movimentação deste material entre estabelecimentos do mesmo titular, entre estes e a obra ou de uma para outra obra.

Pelo que expus, está claro que o autuado não é contribuinte do ICMS, e como tal, apesar do seu procedimento, utilização indevida de crédito fiscal, ser irregular, não causou qualquer prejuízo ao Erário Estadual, em razão da não incidência do imposto nas suas operações.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão Recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, com a exclusão dos itens 1 e 2 da autuação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **206991.0001/01-2**, lavrado contra **CITELUZ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.292,53**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.223,79, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei n.º 7.014/96 e 50% sobre R\$5.068,74, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Dezembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFZ