



**DECISÃO N°:** 326/2011  
**PROTOCOLO N°:** 31107/2011-8  
**PAT N.º:** 13/2011-5ª URT  
**AUTUADA:** CONSTRUTORA HAHNE LTDA  
**FIC/CPF/CNPJ:** 82.639.592/0001-50  
**ENDEREÇO:** Rua Itajaí, 642, Vorstadt Santa Catarina-PR

**EMENTA – ICMS – Emissão de nota fiscal supostamente inidônea, por não se tratar de documento eletrônico.** As obrigações relacionadas nos artigos 150 e 425-Y, são endereçadas aos contribuintes do ICMS. *In casu*, a atuada é sediada em outra Unidade da Federação, onde não trata as empresas da construção civil como Contribuinte do ICMS. Não sendo considerada contribuinte do Estado de Santa Catarina, não há que se falar em cumprimento de obrigações, somente, a estes endereçadas. Defesa suficiente para afastar a acusação. Conhecimento e Acolhimento da Impugnação – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL. Remessa oficial que se interpõe.

## DO RELATÓRIO

### 1. DENÚNCIA

Consta que contra a atuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 1033 - 5ª URT, onde se denuncia emissão de nota fiscal inidônea.

Com isso, deu-se por infringido o art. 150, inciso XIII c/c art. 415, 413, inciso II, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, inciso III, alínea “c” do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo o autor do feito, é o recolhimento do ICMS devido, no valor de R\$ 26.520,00 (vinte e seis mil quinhentos e vinte reais), mais multa no valor de R\$ 46.800,00 (quarenta e seis mil e oitocentos reais), perfazendo o montante de R\$ 73.320,00 (setenta e três mil trezentos e vinte reais).

Foram anexados o Termo de Apreensão de Mercadorias nº 24988/5ª URT (fl. 2), as referidas notas fiscais, Demonstrativo da Ocorrência e Relatório Circunstanciado (ambos na fl. 17).

### 2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se às denúncias, alegou a atuada, através de sua impugnação às fls. 28 a 36:



- Não obrigatoriedade da utilização da nota fiscal eletrônica, já que é empresa prestadora de serviços, e nem sequer está sujeita ao recolhimento de ICMS, por não ser contribuinte deste;
- Não incide ICMS sobre a saída de material com o fim específico de aplicação em obra de construção civil;
- Conforme consta nas notas fiscais, a atuada está apenas transferindo produtos para serem empregados em obra de construção civil, não havendo transação econômica.

Diante do exposto, requer a improcedência do Auto de Infração, pelos motivos acima postos.

### 3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da atuada, o ilustre autor, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 47 a 52, alegou que:

- A empresa em questão possui uma filial no RN, com inscrição estadual 20.231.805-2, tendo atestado de condição de contribuinte de ICMS;
- O Protocolo 42/2009 estabelece que ficam obrigados a emitir nota fiscal eletrônica, os contribuintes que independentemente da atividade econômica exercida, realizem operações com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente;
- A empresa não está no rol dos excluídos da emissão de nota fiscal eletrônica;
- Incide ICMS sobre a entrada de mercadoria ou bem oriundo de outro Estado, destinado a consumo ou ativo permanente.

Por fim, conclui pela manutenção integral do auto de infração.

### 4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 27) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

### DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Em obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela atuada preenche aos pressupostos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, motivo pelo qual dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial.



## DO MÉRITO

O processo em questão trata de emissão de nota fiscal inidônea, em virtude da não observância do Protocolo 42/2009, que exige a utilização de nota fiscal eletrônica.

Antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos princípios regentes da matéria, especialmente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercer o seu direito à ampla defesa, respeitando assim os princípios constitucionais afetos ao tema.

A autuada defende-se, em sede de impugnação, alegando que não está obrigada a emitir a nota fiscal eletrônica, por não ser contribuinte de ICMS, e por não se enquadrar em nenhum dos Códigos CNAE constantes da relação do Anexo Único, observado o disposto no §3º.

Em verdade, trata a autuação de infração ao artigo 150, inciso XIII c/c art. 413 e 415, por emissão de nota fiscal inidônea ou irregular, porquanto, tratar-se de documento não eletrônico.

Porém, como podemos observar numa leitura realizada com desvelo, o alcance do art. 150 do RICMS, dado por infringido pela autoridade fiscal, está adestrado aos contribuintes do ICMS:

**Art. 150. São obrigações do contribuinte:**

**XIII- escriturar os livros e emitir documentos fiscais, observadas as disposições constantes neste Regulamento.**

A propósito, aponta no mesmo rumo as disposições contidas no art. 425-Y que versa exclusivamente sobre a obrigatoriedade da emissão da nota fiscal eletrônica, delimitando seu alvo exclusivamente aos contribuinte do imposto. Se não vejamos:

*Art. 425-Y. Ficam obrigados a emitir Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, a partir de 1º de dezembro de 2010, os contribuintes que, independentemente da atividade econômica exercida, realizem operações (Prot. ICMS 42/09 e 85/10): (NR dada pelo Dec. 21.820, de 2/08/2010)*

*I - destinadas à Administração Pública direta ou indireta, inclusive empresa pública e sociedade de economia mista, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (NR dada pelo Dec. 21.820, de 2/08/2010)*

*II - com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente; (NR dada pelo Dec. 21.820, de 2/08/2010)*

*III - de comércio exterior. (NR dada pelo Dec. 21.820, de 2/08/2010)*



Nesse desiderato, resta-nos perquirir se procede ou não a tese sustentada pela defesa de que não é contribuinte do ICMS. Com esse propósito recorreremos à legislação do Estado sede da eutuada, vale dizer, Santa Catarina, para sabermos como é tratado naquele Estado, o seguimento da construção civil.

Pois bem, a condição **de não contribuinte** das Construtoras está prevista, com clareza solar, na Resolução Normativa nº 55 da Secretaria Estadual de Tributação daquela Unidade Federada, senão vejamos:

*“As construtoras não são contribuintes do ICMS, porque as obras de construção civil (coisas imóveis) não correspondem ao conceito de mercadoria (coisas móveis)”.*

Demais disso, o entendimento exteriorizado pela resolução acima referida, de há muito estar pacificado pelo tribunais superiores do nosso país.

Assim, por ter restado comprovado que, de fato, o ora impugnante não é contribuinte do imposto, condição reconhecida pelo próprio fisco de seu domicílio tributário, não vislumbro como aplicar-lhe as obrigações como se contribuinte fosse. Razões pelas quais deixo de acolher a denúncia constante da exordial.

### **DA DECISÃO**

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, **JULGO IMPROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa CONSTRUTORA HANE LTDA, para **afastar** a aplicação da penalidade proposta, bem como a cobrança do imposto, constantes da inicial.

Por dever de ofício **recurso da presente decisão ao egrégio CRF**, ao tempo em que remeto os autos à 5ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis, inclusive lançar as notas fiscais no sistema da SET, para fins de exigência do imposto devido pelo destinatário, eis que detentor de termo de acordo.

COJUP, Natal, 23 de Novembro de 2011.

**Ludenilson Araújo Lopes**  
Julgador Fiscal