



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 012.475.2013-7

Recurso /HIE/CRF-620/2014

RECORRENTE: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

RECORRIDA: SECOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

AUTUANTE: LUIZ ANSELMO DA SILVA SEABRA.

RELATORA: CONS^a. DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. CONSTRUÇÃO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Não caracteriza intuito mercantil as aquisições de mercadorias por empresas de construção civil para emprego em suas obras, desmoronando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, relativa à falta de registro das notas fiscais relativas a essas operações.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO para reformar a sentença monocrática e julgar IMPROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000150/2013-83, lavrado em 18/2/2013, contra a empresa SECOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., inscrição estadual nº 16.034.288-0, já qualificada nos autos, eximindo o contribuinte de quaisquer ônus advindos deste contencioso tributário.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.E.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 15 de julho de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

Relatório

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000150/2013-83, lavrado em 18/2/2013, contra a empresa SECOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., inscrição estadual nº 16.034.288-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2008 e 31/3/2010, consta a seguintes denúncia:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >>
Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I; 160, I; c/fulcro no artigo 646; todos do RICMS/PB, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “f”, da Lei nº. 6.379/1996. E apurado um crédito tributário de **R\$ 100.142,28**, constituído de **R\$ 33.380,76**, de ICMS e **R\$ 66.761,52**, de multa por infração.

Cientificada, por edital, publicado no D.O.E., em 15/3/2013 (*fl. 60*), a autuada não apresentou reclamação, sendo considerada revel conforme Termo de Revelia à *fl. 61*.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 63*), e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal **Ramana Jodafe Nunes**, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário de **R\$ 66.761,52**, sendo **R\$ 33.380,76**, de ICMS e **R\$ 33.380,76**, de multa por infração, com indicativo de Recurso de Ofício para o Conselho de Recursos Fiscais (*fls. 65 a 69*).

Cientificado da decisão de primeira instância, por edital, publicado no D.O.E., em 3/5/2014 (*fl. 174*), a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o Recurso Hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000150/2013-83, lavrado em 18/2/2013, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncias relatadas.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização constatou a realização de compras de mercadorias sem o correspondente registro no livro Registro de Entradas, acarretando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

*Art. 646 – O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a **ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas**, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).*

Como se observa, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a evidência da entrada de mercadorias não contabilizadas denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, caracterizando omissão de receitas pretéritas através de saídas de mercadorias sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Note-se que a falta do registro das notas fiscais de entrada de mercadorias nos livros próprios da empresa impõe a transferência do ônus da prova negativa de aquisição, sob a razão de que foram realizadas compras sem utilização de receita legítima constante do caixa escritural.

No entanto, observa-se nos autos que a empresa atua na área de serviços de construção civil, constando no CCICMS como atividade principal a Construção de Edifícios, CNAE 4120-4/00, em que não incide o ICMS, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei Complementar (LC) nº 116/03, que dispõe sobre o imposto de competência municipal. É o que estabelece o artigo 4º do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 4º.º. O imposto não incide sobre:

(...)

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao Imposto sobre Serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas

as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

Com efeito, a supracitada Lei Complementar [\[1\]](#) LC nº 116/03 estabelece que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, exceto no fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador fora do local da prestação de serviço.

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Lista de Serviços

7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres. (...)

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).(...)

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Neste sentido, se demonstra nos autos que os documentos fiscais, anexados ao processo (fls. 49 a 54), acobertam mercadorias para aplicação em obras de construção civil (vidros, telhas, forro PVC, etc.), evidenciando-se não se tratarem de operações para revenda de mercadorias, mas sim para emprego na prestação de serviços de construção civil, desmoronando a denúncia formulada de que as mesmas foram adquiridas com recursos advindos de omissões de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis.

Assim, embora a maior parte das empresas de construção civil seja inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS, para efeito de cumprimento das obrigações fiscais estabelecidas na legislação tributária de cada unidade da Federação, estas não têm como atividade a prática de atos de mercancia dos insumos por elas adquiridos, sendo inapropriada a denúncia de omissão de vendas pretéritas, pela presunção de falta de lançamento das notas fiscais de aquisição, não havendo como prosperar a exigência contida no auto de infração.

O mesmo entendimento foi proferido no Processo nº 004.383.2013-1, Recurso HIE/VOL nº 787/2014, da lavra do Conselheiro João Linciln Diniz Borges:

“OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. CONSTRUÇÃO CIVIL. INTUITO COMERCIAL. ERRO NA PESSOA DO INFRATOR. MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

Havendo comprovação de que a empresa, sendo prestadora de serviços de construção civil, em que não há prática de mercancia, não deve prosperar a denúncia de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis em vista da condição das mercadorias se sujeitarem ao regime de tributação por substituição tributária cujo imposto, integralmente, é previamente recolhido na origem, encerrando, assim, a fase de tributação, inexistindo repercussão tributária apurada sobre falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios. Da mesma forma, constatou-se equívoco na identificação da pessoa do infrator diante de aquisição realizada por pessoa física, sócio da empresa atuada, e não da pessoa jurídica em quantidade que caracteriza intuito comercial, no entanto, sem repercussão tributária, diante de produtos sujeitos à substituição tributária, fazendo sucumbir a denúncia inserta na inicial.”

Assim, em contraposição à sentença monocrática, para reestabelecer a justiça fiscal, decido pela improcedência do auto de infração.

Por todo o exposto,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO para reformar a sentença monocrática e julgar IMPROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000150/2013-83, lavrado em 18/2/2013, contra a empresa SECOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., inscrição estadual nº 16.034.288-0, já qualificada nos autos, eximindo o contribuinte de quaisquer ônus advindos deste contencioso tributário.

Sala das Sessões Presidente Gildemar Macedo, em 15 de julho de 2016.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora