



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

**Processo nº 022.675.2012-5
RecursoHIE/CRF Nº 210/2015
Recorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP
Recorrida:J MOTTA ENGENHARIA LTDA.
Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE CATOLÉ DO ROCHA
Autuante:NARA SILVA
Relator:CONS.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA**

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO ISS. LANÇAMENTOS INDEVIDOS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

As empresas de construção civil prestadoras de serviços, contribuinte do ISS, em que não há prática de mercancia, não estão obrigadas a pagar o ICMS a título de diferencial de alíquotas ou garantido, salvo exceção prevista na Lei Complementar nº 116/03, em que incide o imposto estadual no fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local de sua prestação, o que não se aplica no presente caso.

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

A C O R D A M os membros da **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença prolatada na instância singular, que julgou *improcedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000163/2012-71, lavrado em 14 de março de 2012, contra a empresa J MOTTA ENGENHARIA LTDA. (CCICMS: 16.020.318-0), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

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

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em
19 de abril de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, (Ausência da Conselheira) DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000163/2012-71, lavrado em 14 de março de 2012 contra a empresa J MOTTA ENGENHARIA LTDA. (CCICMS: 16.020.318-0), que tem como atividade principal a de construção de edifícios (CNAE 4120-4/00), em razão da seguinte irregularidade identificada no exercício de 2009, conforme a descrição do fato, abaixo transcrito:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DOS DAR'S 1400135022 DA NOTA FISCAL 90 E 1400151679 NFS 21947, 21948, 22161 E 32264.

A Representante Fazendária constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 22.568,82, sendo R\$ 11.284,41 de ICMS por infringência ao art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 11.284,41 de multa por infração, arrimada no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Anexado aos autos às fls. 5 a 14 o demonstrativo das faturas inadimplentes e cópias dos respectivos Documentos de Arrecadação, notas fiscais e notificação para o contribuinte indeferindo o cancelamento dos DAR's denunciados, anteriormente solicitado por meio do Processo nº 1281842010-5.

Cientificada a acusada por via postal, por meio de Aviso de Recebimento – AR nº RM 77062629 4 BR (anexo à fl. 4), nos termos do art. 46, II, da Lei nº 10.094/13, recepcionado em 20/3/2012, a reclamante ingressou com peça reclamatória tempestivamente em 19/4/2012, verificado às fls. 16 a 20, e documentos anexos às fls. 21 a 52, em que requer a improcedência do Auto de Infração em epígrafe, alegando, em síntese, que as mercadorias constantes nas notas fiscais denunciadas foram destinadas a aplicação em obra de edificação, e que não é contribuinte do ICMS, se enquadrando no item 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, não cabendo exigência do ICMS – diferencial de alíquotas, e se encontraria amparado por mandado de segurança impetrado na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande.

Em contestação, aduz a autuante que a presente autuação foi realizada após o pronunciamento do Grupo de Acompanhamento de Processos Judiciais (GAP), sobre o pleito do contribuinte que tinha solicitado o cancelamento dos DAR's ora em questão.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 60, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos ao julgador fiscal Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela improcedência da ação fiscal, de acordo com a ementa do seu decisório que abaixo transcrevo:

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO CABIMENTO.

As construtoras que adquiriram mercadorias oriundas de outro Estado-membro e as aplicam em suas finalidades de construção civil, como insumos em suas obras, não estão obrigadas a pagar ICMS sobre as entradas de mercadorias a título de diferencial de alíquota, ressalvada a hipótese de adquirirem com objetivo de mercancia. In casu, esta situação não restou comprovada nos autos.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Cientificada da decisão *a quo* por meio de Aviso de Recebimento, A. R. à fl. 73, e esgotado o prazo regulamentar para recurso, foram os autos remetidos a esta Casa, e distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

V O T O

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular para improceder o lançamento de ofício, porquanto entendeu que as empresas de construção civil não estariam obrigadas a recolher o ICMS – diferencial de alíquotas, sobre aquisições interestaduais de bens destinados à aplicação em suas obras.

Vale salientar que o lançamento em questão foi procedido consoante as cautelas da lei, não havendo casos de nulidades considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

É cediço que nas aquisições de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação destinadas ao consumo, enseja a obrigação de o contribuinte adquirente recolher o ICMS-Diferencial de alíquotas, por determinação Constitucional, conforme se vislumbra do artigo 155, § 2º, VII da atual Carta Magna, in verbis:

Art. 155

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

Diante desta cláusula, nossa legislação contemplou a exegese da norma supra, e estabeleceu na Lei nº 6.379/96, acompanhados pelos ditames do RICMS/PB, os dispositivos normativos atinentes à matéria. Vejamos:

Lei nº 6.379/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinado a uso, consumo ou ativo fixo.

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na hipótese do inciso XIV, do art. 12, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem.

(...)

§ 3º Nos casos dos incisos IX, X e XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o valor ali previsto.

RICMS/PB:

Art. 2º

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

(...)

Art. 106.....

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal ou contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL;

(...)

§1º O recolhimento previsto na alínea “e” do inciso I, e nas alíneas “c” e “d” do inciso II, será resultante da diferença de alíquota.

Contudo, reportando-me à acusação em tela, verifica-se que o contribuinte tem como atividade econômica a construção de edifícios, que deve ter entendimento diverso em relação à cobrança do ICMS – Diferencial de alíquotas, haja vista que não há incidência deste imposto, conforme previsão legal, 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 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;

Infere-se da supracitada Lei Complementar^[1], 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.

O fato de a empresa de construção civil ser inscrita no Cadastro de Contribuinte do ICMS, para efeito de cumprimento das obrigações fiscais estabelecidas na legislação tributária de cada ente da Federação, não tem o condão de lhe atribuir a condição de contribuinte, salvo no fornecimento de mercadorias produzidas pela própria construtora, fora do local da prestação dos serviços, conforme exceção expressa na própria LC 116/03, o que não se vislumbra nos autos, conforme bem destacou a instância *a quo*.

Entendimento este consolidado pela jurisprudência majoritária, culminando com a edição da súmula 432 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 13/5/2010, nos seguintes termos: “**Súmula 432:** *As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais*”.

Portanto, diante dos fundamentos acima expostos, aliadas à ausência provas da prática de fornecimento de mercadorias fora do local da prestação de serviços, corroboro o entendimento da instância preliminar, não havendo como prosperar a ação fiscal ora em análise.

Tal entendimento se encontra aliado à vasta jurisprudência do egrégio Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo dos Acórdãos infracitados:

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ICMS- DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

Construtoras que adquirem mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e as aplicam em suas finalidades de construção civil, como insumos, não estão obrigadas a pagar ICMS – Substituição Tributária e o ICMS sobre as entradas de mercadorias a título de diferencial de alíquota, ressalvado a hipótese de adquirirem com objetivo de mercancia, situação não aplicada ao caso presente.

ACÓRDÃO: 351/2013

Relator: Cons. JOÃO LINCOLN D

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

Descabida se torna a exigência do ICMS diante da ausência de ato de mercancia nas operações com mercadorias adquiridas para utilização em obras de construção civil as quais apresentam contrato de prestação de serviço, visto que as construtoras que adquirem mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e as aplicam em suas finalidades de construção civil, como insumos, não estão obrigadas a pagar ICMS sobre as entradas a título de diferencial de alíquota.

ACÓRDÃO: 026/2014

RELATOR: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

Por todo exposto,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença prolatada na instância singular, que julgou *improcedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000163/2012-71, lavrado em 14 de março de 2012, contra a empresa J MOTTA ENGENHARIA LTDA. (CCICMS: 16.020.318-0), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Segunda Câmara. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de abril de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator