



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 151.473.2013-0

Recurso HIE/CRF Nº 088/2016

Recorrente: GER EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: CONSTRUTORA EARLEN LTDA.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE QUEIMADAS.

Autuantes: JOSÉ CORDEIRO NETO E CIRO MOREIRA DE MELO FILHO

Relatora: CONS.^a DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONSTRUTORA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. CONSULTA FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Descumpre obrigação acessória a empresa do ramo da construção civil, não contribuinte de ICMS, que adquire mercadoria em operação interestadual acobertada por documento fiscal em que se consigne indevidamente alíquota interestadual.

A legislação tributária assegura ao sujeito passivo o direito de formular consulta em caso de dúvida sobre a interpretação ou a aplicação da legislação tributária. Consulta fiscal formulada pelo Sindicato da Construção Civil (SINDUSCON), anteriormente à prática da infração, fez sucumbir o crédito tributário.

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 da relatora, pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desproimento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *improcedente*, o Auto de Infração de Mercadorias em Trânsito Sem Documento de Origem nº 90102008.11.00000091/2013-60, lavrado em 11 de novembro de 2013, fl. 3, contra a empresa, CONSTRUTORA EARLEN LTDA (CCICMS: 16.017.589-5), eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário.

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

P.R.E.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de junho de 2017.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se de *recurso hierárquico* interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, contra decisão monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Mercadorias em Trânsito Sem Documento de Origem nº 90102008.11.00000091/2013-60, lavrado em 11 de novembro de 2013, de fl. 3, contra CONSTRUTORA EARLEN LTDA (CCICMS: 16.017.589-5), porquanto o mesmo teria cometido à irregularidade assim denunciada:

EXAME DO DOCUMENTO FISCAL – O contribuinte acima qualificado está sendo autuado, em virtude de a documentação fiscal indicar indevidamente a alíquota interestadual”.

Nota Explicativa

EMPRESA SUPRA ESTÁ SENDO AUTUADA POR EXERCER A ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO CIVIL, E COMO TAL, NÃO É CONTRIBUINTE DE ICMS. NO ENTANTO FOI APRESENTADO DOCUMENTO FISCAL NÚMERO 153532, EMITIDA EM 06/11/2013, PELA EMPRESA ELEVADORES OTIS LTDA, CNPJ 29.739.737/0041-08, ONDE FOI DESTACADA INDEVIDAMENTE A ALÍQUOTA DE CONTRIBUINTE INTERESTADUAL (7%), ONDE O CORRETO

SERIA A ALÍQUOTA DESTINADA A NÃO CONTRIBUINTES, CONFIGURANDO A INFRAÇÃO DESCRITA NO ART. 36, ART. 3º E 4º, ART. 119, INCISO XV E ART. 523, COMBINADO COM INCISO III DOA RT. 666-A DO RICMS/PB.

Admitida a infringência aos arts. 13, IV c/c §2º, IV, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 44.254,85 (quarenta e quatro mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos), indicando na inicial a base de cálculo de R\$ 63.221,21, e a respectiva alíquota de 70%, no campo específico para indicação de tributo devido, cujo valor teve por arrimo o art. 81-A, III c/c 80, IV, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 4- 8, dos autos.

Devidamente cientificada da autuação no dia 25/11/2013 (fl. 9), a autuada apresentou petição reclamatória, tempestiva, em 29/11/2013, fls. 12-25, por meio de advogado devidamente constituído nos autos, arguindo, em síntese, as seguintes razões:

- que a norma que cria obrigação para o fornecedor é desprovida de validade porquanto gerada por ente federado desprovido de competência para criá-la;
- que inexistente de responsabilidade do adquirente pela elaboração do documento fiscal;
- que há necessidade de comprovação de culpa na conduta do adquirente;
- que a multa tem caráter confiscatório.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o auto de infração.

Em contestação, fls. 30-32, os fiscais autuantes pugnam pela manutenção do feito fiscal.

Após informação fornecida pela autoridade preparadora de não haver antecedentes fiscais, fl. 60, os autos foram conclusos, fl.36, e remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, com distribuição ao julgador fiscal, Rafael Araújo A. Vieira de Rezende, que, após a análise, julgou o libelo basilar *improcedente*, fl. 51-57, com fundamento na existência de consulta fiscal no momento da autuação.

O contribuinte foi devidamente cientificado da decisão monocrática, fl. 59, em 2/10/2015.

Em sequência, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

Versam os autos sobre acusação de descumprimento de obrigação acessória, em razão de a empresa autuada ser do ramo da construção civil e, todavia, não ter informado ao emitente da Nota Fiscal Eletrônica nº 153532, a sua condição de não contribuinte do ICMS, não podendo a alíquota destacada no documento fiscal ter sido a interestadual, de acordo com a legislação tributária vigente, Lei 6.379/96, de 2 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 10.008, de 6.6.2013 utilizando os dispositivos normativos infracitados:

“Art. 29. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior.

(...)

§ 3º Para efeito do diferencial de alíquota, não se considera contribuinte a empresa de construção civil, ainda que possua inscrição estadual, observado o disposto no § 4º deste artigo.(g.n.)

§ 4º Na aquisição interestadual de mercadorias, bens ou serviços, o destinatário deverá informar ao remetente sua condição de não contribuinte do imposto, se for o caso.(g.n.)

A penalidade aplicada, na inicial, teve por fundamento o art. 81-A, III, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

“Art. 81-A. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso IV do art. 80 serão as seguintes:

(...)

III - 70% (setenta por cento) do valor da operação ou prestação pela aquisição de mercadoria ou serviço, em operação ou prestação interestadual, acobertada por documento fiscal, no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do

destinatário da mercadoria ou do serviço;" (g. n.)

Ressalvando-se, o disposto no art. 119, XV, do RICMS/PB, *in verbis*:

"Art. 119. São obrigações do contribuinte:

(...)

XV - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

(...)"

Inicialmente, faz-se mister ressaltar que a autuada é empresa do segmento da construção civil e encontra-se associada a uma entidade representativa – SINDUSCON - Sindicato da Construção Civil, a qual formalizou processo de consulta, sob nº 110.303.2013-6, em 21 de agosto de 2013, anteriormente à prática da infração, que se deu em 11.11.2013, com ciência em 25.11.2013.

Nesse caso, entende-se que se deve examinar preliminarmente se há similitude entre a consulta e a matéria versada no auto de infração em foco, por isso estaria sob o amparo dos artigos 145 da Lei nº 10.008/2013, 151 e 90 da Lei 6.379/96 e 133 da Lei 10.094/13, conforme legislação tributária estadual vigente à época de ocorrência da infração, estabelecendo, assim, a sua espontaneidade, em relação à espécie consultada e, por essa razão, não poderia ter sido alvo da autuação em questão.

Analisando o caso, verifica-se que o Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 161, assegura ao sujeito passivo o *direito de formular consulta* em caso de dúvida sobre a interpretação ou a aplicação da legislação tributária.

No caso, o art. 125 e parágrafos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, assegura ao sujeito passivo o direito de formular consulta e estende esse direito às entidades representativas de categorias econômicas e profissionais para aplicação da legislação tributária estadual, em relação a fato concreto de interesse geral da categoria que legalmente representem.

"Art. 125. Ao sujeito passivo é assegurado o direito de formular consulta em caso de dúvida sobre a interpretação ou a aplicação da legislação tributária do Estado da Paraíba.

Parágrafo único. A faculdade prevista neste artigo estende-se aos órgãos da Administração Pública e às entidades representativas das categorias econômicas, profissionais ou sindicais, relativamente às atividades desenvolvidas por seus representados.

§ 1º A consulta deverá referir-se a matéria específica e determinada, claramente explicitada na petição, devendo identificar o dispositivo da legislação tributária sobre cuja aplicação necessite esclarecimentos.

§ 2º Na hipótese de consulta que verse sobre situação determinada ainda não ocorrida, deverá o consulente demonstrar a sua vinculação com o fato, bem como, a efetiva possibilidade de sua ocorrência.

§ 3º Ao consulente é facultado anexar à petição, pareceres, documentos, laudos ou qualquer trabalho técnico sobre a matéria consultada”.

O caput do artigo 161 e o parágrafo 2º, do CTN, de forma clara e precisa, impõem a cobrança de juros de mora e penalidades, além da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas no próprio código ou em lei tributária, ao crédito não integralmente pago no vencimento, independentemente do motivo determinante da falta. *Contudo, exclui essa providência caso haja pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito. (g.n.)

Em consonância com o disposto no CTN, especificamente a Lei nº 6.379/96, em seus artigos 90 e 151, estabelece que a consulta formaliza a espontaneidade do contribuinte, em relação à espécie consultada, para efeito da aplicação de penalidades, conforme se aduz da dilação abaixo:

“Art. 90. Os que, antes de qualquer procedimento fiscal, procurarem, espontaneamente, a repartição fazendária de seu domicílio para sanar irregularidades, não sofrerão penalidades, salvo, quando se tratar de falta de lançamento ou de recolhimento do imposto, caso em que ficarão sujeitos aos juros e à multa de mora de que trata o art. 59 desta Lei”. (g.n)

(...)

“Art. 151. A consulta formaliza a espontaneidade do contribuinte, em relação à espécie consultada, para efeito do disposto no art. 90, exceto quando: (g.n.)

I - formulada em desacordo com os arts. 145 e 146;

II - não descrever com fidelidade e em toda sua extensão o fato que lhe deu origem;

III - formulada após o início do procedimento fiscal;

IV - seja meramente protelatória, assim entendida a que versar sobre disposições claramente expressas na legislação tributária ou sobre questão de direito já resolvida por decisão administrativa ou judicial definitiva, passada em julgado, publicada há mais de 30 (trinta) dias antes da apresentação da consulta;

V - se tratar de indagação versando sobre espécie que já tenha sido objeto de decisão dada à consulta anterior formulada pelo mesmo contribuinte;

VI - versar sobre espécie já decidida por solução com efeito normativo e adotada em resolução.

§ 1º Proferido o despacho de solução à consulta e cientificado o consulente, desaparece a espontaneidade prevista neste artigo.

§ 2º A adoção da solução dada à consulta não exime o consulente das sanções cabíveis, se já houver se consumado o ilícito tributário à data de sua protocolização na repartição competente”.

A espontaneidade, também, está prevista na nova lei que rege o Processo Administrativo Tributário (Lei Estadual nº 10.094/2013) em suas espécies, estabelecendo o seguinte:

“Art. 129. A consulta formaliza a espontaneidade do contribuinte em relação à espécie consultada, exceto quando rejeitada.(g.n.)

Parágrafo único. Proferido o despacho de solução dada à consulta e cientificada a consulente, desaparece a espontaneidade prevista neste artigo”.

“Art. 130. A apresentação de consulta sobre a incidência de tributo suspende o curso do prazo legal para pagamento, recomeçando a correr com a ciência da decisão definitiva, computando o tempo anterior à suspensão”.

O processo de consulta formalizado perante a administração tributária, nos termos da legislação de regência, tem o condão de dirimir dúvidas a respeito dos efeitos da diferença de alíquota às empresas de construção civil, que não serão mais tratadas como contribuintes, ainda que possuam inscrição estadual, e que estas empresas deverão informar ao seu remetente a sua condição de não contribuintes, pertinente ao entendimento à aplicação a ser dada aos art. 4º e 6º da Lei 10.008/13 e aos Decretos nº 30.481/09 e 33.808/13, bem como aos Termos de Acordo firmados com a SER/PB.

Portanto, dúvidas não há quanto à associabilidade da matéria tratada na consulta em referência e a versada no auto de infração, no que concerne à cobrança da obrigação acessória, em razão de a empresa autuada ser do ramo da construção civil e, todavia, não ter informado ao emitente da Nota Fiscal Eletrônica a sua condição de não contribuinte do ICMS, não podendo a alíquota destacada no documento fiscal ter sido a interestadual, de modo que, sob esse aspecto, a recorrente encontrava-se sob o princípio da espontaneidade, para o efeito de ver excluídos do auto infracional os créditos tributários relacionados à cobrança da obrigação acessória, posto que *sob essas circunstâncias, não podia ter sido alvo dessa exigência fiscal*.

No que diz respeito à *perspectiva temporal*, resta saber qual o alcance da espontaneidade, para o fim de determinar se esta se estabelece sobre os ilícitos fiscais consumados no período da consulta proposta pela recorrente, haja vista que o SINDUSCON formalizou processo de consulta, sob nº 110.303.2013-6, em 21 de agosto de 2013, anteriormente à prática da infração, que se deu em 11 de novembro de 2013, e cuja ciência dos autos ocorreu em mesma data.

A solução nos é dada pelas normas combinadas dos artigos 130 a 134, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, abaixo transcritos:

“Art. 130. A apresentação de consulta sobre a incidência de tributo suspende o curso do prazo legal para pagamento, recomeçando a correr com a ciência da decisão definitiva, computado o tempo anterior à suspensão.

Art. 131. Os efeitos da consulta que se reportar a situação não ocorrida, somente se aperfeiçoam caso o fato concretizado for aquele sobre o qual versou a consulta previamente formulada.

Art. 132. O consulente adotará o entendimento da solução dada à consulta, a partir da data da ciência, salvo o direito de recurso.

Parágrafo único. A adoção da solução dada à consulta não exime o consulente das sanções cabíveis, se já houver se consumado o ilícito tributário à data de sua protocolização na repartição competente.

Art. 133. O sujeito passivo não será submetido a procedimento fiscal ou compelido a cumprir obrigações tributárias, principal ou acessória, relativas à matéria consultada, desde a data de protocolo da consulta até a ciência do despacho que rejeitá-la ou da decisão transitada em julgado.

Art. 134. O tributo considerado devido pela decisão da consulta, quando recolhido antes de qualquer procedimento fiscal, será cobrado:

I - sem qualquer penalidade, quando, na data do pagamento, aplicada a norma do art. 130 desta Lei, não tiver sido ultrapassado o prazo legal de recolhimento;

II - com as multas devidas e acréscimos legais, quando já houver sido ultrapassado o prazo legal de recolhimento.

Parágrafo único. Quando a consulta for rejeitada, havendo imposto a cobrar, será o processo encaminhado à repartição preparadora do domicílio do consulente para instauração do procedimento fiscal de lançamento tributário de ofício e proposição da penalidade cabível”.

Infere-se que, conforme o art. 133, supracitado, o sujeito passivo não será submetido a procedimento fiscal ou compelido a cumprir obrigações tributárias, principal ou acessória, relativas à matéria consultada, desde a data de protocolo da consulta até a ciência do despacho que rejeitá-la ou da decisão transitada em julgado.

Todavia, caso a consulta seja rejeitada, por se enquadrar em um dos incisos de I a IX, do artigo 128, da Lei Estadual nº 10.094/2013, abaixo transcritos, não será formalizada a espontaneidade do contribuinte, portanto, poderá o contribuinte sofrer penalização pelo descumprimento de obrigação tributária, principal ou acessória.

“Art. 128. A consulta será rejeitada quando:

I - formulada em desacordo com o disposto no art. 127 desta Lei;

II - solicitada por quem esteja:

a) cientificado de Termo de Início de Fiscalização;

b) sob procedimento fiscal destinado a apurar fatos relativos ao objeto da consulta;

c) intimado a cumprir obrigação relativa ao objeto da consulta;

III - versar sobre disposições claramente expressas na legislação tributária;

IV - formulada sobre matéria em litígio, de que o consulente faça parte, pendente de decisão definitiva nas esferas administrativa ou judicial;

V - o fato já houver sido objeto de solução anterior, em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente e cujo entendimento por parte da administração tributária não tenha sido alterado por fato superveniente;

VI - não descrever, completa e exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários a sua solução, salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade competente;

VII - versar sobre constitucionalidade ou legalidade da legislação tributária;

VIII - o fato estiver definido como crime ou contravenção penal;

IX - tratar sobre questão de direito já resolvida por decisão administrativa ou judicial, definitiva ou transitada em julgado, publicada há mais de 30 (trinta) dias da apresentação da consulta.

§ 1º Cabe à autoridade competente para apreciar a consulta declarar sua rejeição.

§ 2º Não cabe pedido de reconsideração bem como recurso ao Conselho de Recurso Fiscais de decisão proferida em processo de consulta que declarou a sua rejeição.

A consulta formulada pelo SINDUSCON não foi rejeitada, conforme Parecer nº 2014.01.05.00179, emitido pela Gerência Executiva de Tributação, em 17 de setembro de 2014. Assim sendo, formalizou-se, então, a espontaneidade do contribuinte, não havendo, portanto, que se falar em aplicação de penalidades, de acordo com o disposto na legislação.

Ressalvamos, ainda, que esclarecimentos sobre a aplicabilidade das normas que regem a cobrança do ICMS nas operações efetuadas por empresas do segmento da construção civil, no Estado da Paraíba, já foram emitidos mediante Acórdão exarado pelo Conselho de Recursos fiscais, diante de Recurso Voluntário interposto pela entidade representativa de classe, Sindicato da Indústria da Construção Civil de João Pessoa, a propósito da consulta formalizada à Gerência Executiva de Tributação, conforme ementa abaixo transcrita:

“CONSULTA FISCAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS POR EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO

CIVIL. APLICABILIDADE DAS NORMAS QUE REGULAM A COBRANÇA DO IMPOSTO, NO ESTADO DA PARAÍBA. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. MANTIDA A DECISÃO “A QUO”. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A legislação estadual que trata da sistemática simplificada de tributação, que tem por objeto as aquisições interestaduais de mercadorias por empresas de construção civil, não estabelece antinomia em relação à lei que exclui as construtoras da categoria de contribuinte para fins do ICMS Diferença de Alíquota e somente se aplica às empresas desse seguimento que por ela optem mediante Termo de Acordo.

Rel. Cons^a. Maria das Graças D. de Oliveira Lima

Acórdão nº 303/2015”

Da mesma forma, os membros desta Egrégia Corte de Julgamento, à unanimidade, e de acordo com o voto da Cons^a Rel. Maria das Graças D. de Oliveira Lima , acordaram pelo recebimento dos Embargos Declaratórios, sem, contudo, atribuir efeitos modificativos à decisão proferida através do Acórdão nº 303/2015, mantendo o entendimento exarado pela Secretaria Executiva de Tributação, da Secretaria de Estado da Receita, no Parecer nº 2014.01.05.00179, de 17 de setembro de 2014, objeto do Processo nº 110.303.2013-6, que teve por objeto a consulta formalizada pela entidade representativa de classe, Sindicato da Indústria da Construção Civil de João Pessoa – SINDUSCON, inscrita no CNPJ sob nº 09.306.002/0001-88, *in verbis*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADAS. OMISSÃO. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. PARCIAL ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de contradição obscuridade na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, não encontram fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, o que não se verifica, porém, no que toca à omissão suscitada, que restou suprida, resultando, por essa circunstância, a via do parcial acolhimento dos embargos de declaração sem necessidade de lhes conferir efeitos modificativos, para, então, manter a decisão exarada no acórdão fustigado.

Recurso EBG/CRF-241/2015

Acórdão nº 498/2015”

Assim sendo, conforme razões acima expendidas e considerando o assunto decidido nos referidos acórdãos, chega-se à ilação da impossibilidade legal de se manter a acusação, não me restando outra opção a não ser considerar IMPROCEDENTE o auto de infração *sub examine*.

Em face desta constatação processual,

V O T O - pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *improcedente*, o Auto de Infração de Mercadorias em Trânsito Sem Documento de Origem nº 90102008.11.00000091/2013-60, lavrado em 11 de novembro de 2013, fl. 3, contra a empresa, CONSTRUTORA EARLEN LTDA (CCICMS: 16.017.589-5), eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de junho de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora