Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº1114462012-0
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP
Recorrida:CONSTRUTORA LITORAL LTDA.
Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO
Autuante:VALTER ROMULO BARBOSA PEREIRA
Relator:CONS.ºANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA EMPREGO EM OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. DENÚNCIA CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO CONSTITUTIVA DO FATO GERADOR. SUJEIÇÃO PASSIVA CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

A aquisição de mercadorias para emprego em obras civis deve ser realizada com o respectivo documento fiscal, com o qual as empresas de construção civil demonstrarão a regularidade do empreendimento executado, ainda que não se coloquem na situação de contribuintes do imposto estadual. São solidariamente responsáveis, em suas obrigações, as construtoras que participam na operação de um mesmo empreendimento de construção civil, ainda que tenham assumido isoladamente partes diferentes das etapas da obra. Redução da multa em consonância com a aplicação retroativa de diploma legal novel que reduz o percentual da penalidade aplicada.

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

A C O R D A M os membros da Primeira 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, no mérito, pelo seu *parcial provimento*, para reformar a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001992/2012-71, lavrado em 20/9/2012, em desfavor da empresa CONSTRUTORA LITORAL LTDA., inscrição estadual n° 16.122.522-5, devidamente qualificada nos autos, considerando-o PARCIALMENTE PROCEDENTE, impondo o ônus desta ação fiscal no montante de R$ 83.540,21 (oitenta e três mil, quinhentos e quarenta reais e vinte e um centavos), sendo R$ 55. 693,47 (cinquenta e cinco mil, seiscentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106 do ICMS e mais R$ 27.846,74 (vinte e sete mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e quatro centavos) de multa, por aplicação do artigo 82, II, “e” da Lei 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ao tempo em que cancela, de ofício, o valor de R$ 27.846, 74 (vinte e sete mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e quatro centavos) por disposição do artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional que impõe a aplicação de Lei novel mais benéfica.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de Setembro de 2018.

ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA, GÍLVIA DANTAS MACEDO E MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS(SUPLENTE)

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Neste colegiado examina-se o recurso hierárquico, nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, diante da decisão monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001992/2012-71, lavrado em 20/9/2012, *(fl. 3),* no qual constam as seguintes infrações fiscais:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – Falta de recolhimento do imposto estadual.”

“NOTA EXPLICATIVA – O contribuinte adquiriu mercadorias empregadas na construção civil do empreendimento denominado residencial Major Emidio Sarmento, sem a comprovação atrave´s de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

documentos fiscais dos materiais empregados na obra contrariando dispositivos regulamentares contidos nos seguintes artigos: inciso IV do artigo 38, artigo 150, artigo 523, todos do RICMS/PB, aprovado pelo decreto 18.930/97.”

Foram dados como infringidos o artigos 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97. O crédito tributário proposto foi de R$ 111.386,94 (cento e onze mil, trezentos e oitenta e seis reais e noventa e quatro centavos), de multa por infração, cuja previsão legal está disposta nos artigos 82, inciso II, alínea “e” da Lei 6.379/96.

Regularmente cientificado do auto de Infração através de A.R. em 8/10/212 (fls. 52), a empresa autuada apresentou reclamação em 24/10/2012, na qual se insurge contra os termos da autuação com base nas seguintes argumentações:

- que o auto de infração é nulo por descrição genérica da infração supostamente cometida e por erro na pessoa do infrator;

- que o artigo 2º do Decreto n. º 32.018/11 e o do artigo 531, do RICMS/PB, estão revogados, desobrigando as construtoras da manutenção dos arquivos fiscais/contábeis;

- que, sendo responsável por apenas 32,35% da obra, trouxe documentos suficientes para provar a regularidade de suas operações;

- quer o “Orçamento Resumo” detalha todo o material necessário para a conclusão da obra, cujos documentos fiscais acostados aos autos provam que supre as necessidades de apresentação de documentos necessários a comprovar a regularidade das operações.

Chamado aos autos, o auditor fazendário, em constestação, requer a manutenção da acusação inserta no auto de infração.

Chama-se a atenção para o fato de que esse processo vem a ser uma sucessão processual em relação ao auto de infração de n. º 9330000.09.00000642/2018-01, que foi considerado nulo por vício formal pelo Conselho de Recursos Fiscais, no quesito pessoa do infrator.

Sem anotação de ocorrência de antecedentes fiscais (fl. 453), os autos foram remetidos à GEJUP, com distribuição à Julgadora Adriana Cássia Lima Urbano que exarou sentença considerando o auto

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

de infração IMPROCEDENTE, conforme ementa abaixo:

PRELIMINARES DE NULIDADE NÃO ACOLHIDAS. OBRA REALIZADA POR CONSTRUTORAS DISTINTAS. APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS EMPREGADAS NO PERCENTUAL DA CONSTRUÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEVANTAMENTO DE QUANTITATIVOS GENÉRICOS. FALTA DE ESPECIFICAÇÃO PRO CONSTRUTORA. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO.

Preliminares rejeitadas. Cerceamento de defesa não caracterizado. Construção de Residencial, gerido pela Caixa Econômica Federal, ralizado por construtoras distintas.

Notas fiscais trazidas aos autos pela autuada comprovam a compra dos materiais empregados na obra no percentual de sua execução.

Inexistência e responsabilidade solidária pela ausência de interesse em comum.

Demonstrativo Levantamentos de Quantitativos abrange toda a obra, sem especificar os materiais empregados por construtora, impossibilitando individualizar o crédito tributário.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância administrativa, através de A.R., em 6/11/2017 (fl. 473), o autuado não apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais, motivo pelo qual, na sequência, remetidos os autos a esta Casa, com distribuição a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, apenas o recurso hierárquico será objeto de apreciação e julgamento por esta Corte Plural de análise dos lançamentos tributários, além das outras competências.

Este é o relatório.

VOTO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

Trata-se de recurso hierárquico, nos moldes do que dispõem os artigos 80 da Lei 10.094/13,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001992/2012-71 lavrado em 20/9/2012 (fl. 3) em desfavor da empresa CONSTRUTORA LITORAL LTDA., devidamente qualificada nos autos.

A denúncia, de falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de aquisição de mercadorias destinadas a obras de construção civil, cujos quantitativos não foram suficientes para atender a demanda da SER, em relação às planilhas de cálculo realizadas pelo setor de Certificado de Regularidade Fiscal, com base na área de construção de cada imóvel. O imóvel previsto para a construção era o de nome Residencial Major Emídio Sarmento.

Assim, é necessário que esclareçamos com que base a lavratura do auto de infração se solidificou. E esse desvendamento é fundamental para se chegar à conclusão de improcedência ou não da peça basilar. Portanto, desde que a SER passou a firmar convênios com as Prefeituras paraibanas para exigência do Certificado de Regularidade Fiscal, como requisito de emissão do Habite-se de obras civis, tem-se desenvolvido operações para cobrança do ICMS devido por ocasião de haver déficit de documentos fiscais em relação aos quantitativos exigidos.

Sabe-se, portanto, que da metragem da obra se conduz à exigência de quantitativos, com base em planilhas elaboradas pela equipe do setor próprio, levando em conta a metragem da obra. Para cada metro quadrado de construção, deve-se aplicar determinadas quantias de cimento, de tijolos, areia etc. Nessa composição chega-se à necessidade global de material que deveria ser empregado na obra.

Apresentadas as notas fiscais pelas construtoras, faz-se o cruzamento de dados, declarados pelas empresas e os necessários calculados pelos auditores fazendários. Quando se está diante de uma obra contínua, em que apenas uma empresa foi responsável pela obra inteira, a individualização da responsabilidade se mostra tarefa bastante transparente.

A confusão assumida Administração Fazendária encontra contornos bastante porvindouros. Desde 2008, na lavratura do auto de infração 93300008.09.0000642/2008-01 o pandemônio tomou conta em função das tratativas dos representantes fazendários de levantar o suposto crédito tributário devido.

Àquela época, a lavratura do auto de infração se deu em desfavor da Caixa Econômica Federal, numa alucinação tributária, já que, nem de longe, a instituição foi responsável por qualquer aquisição dos materiais empregados no empreendimento, o que de pronto foi rechaçado pelo Conselho de Recursos Fiscais, em 2012, que anulou o procedimento por vício formal, tendo como parâmetro o erro na pessoa do infrator.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

A discussão referente ao auto de infração sob reproche converge para a elucidação sobre se a construtora Litoral pode figurar na sujeição passiva, ou não, em decorrência de ter assumido apenas em 2004 a conclusão do referido residencial após a empresa incialmente contratada, a construtora Ipê, ter abandonado a obra.

Parece-me que, em relação ao contrato de empreitada por preço global, como é o caso sob análise, e ousando discordar da julgadora singular, a construtora que finalizou a obra, a Litoral, assume por sucessão os encargos decorrentes da obra como um todo, como se adquirisse um negócio nos termos do que dispõe o CTN, especialmente no que se refere às disposições a respeito das quais as convenções particulares não se opõe à Fazenda:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Por isso mesmo, entendo que a definição de sujeito passivo não se dá ao mero alvedrio das vontades das partes envolvidas consubstanciadas no contrato de empreitada referido – Caixa, construtoras Litoral e Ipê -, mas em decorrência do que estabelece a legislação em vigor, muito mais especificamente o artigo 133 do referido *Codex* tributário:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

E não foi por menos que o próprio Conselho de Recursos Fiscais já se posicionou acerca da matéria apontando a responsabilidade solidária entre as duas construtoras, a que iniciou e abandonou a obra e aquela que assumiu a feitura de finalização do empreendimento e o concluiu, as construtoras Ipê e Litoral, respectivamente. Assim, extraio excerto do referido acórdão esclarecimento do que se fala:

Acórdão 244/2012-CRF 116/2011

“No meu sentir, a responsabilidade solidária mais se adequa às construtoras que participaram da execução da obra, devido à existência de interesse comum de ambas na situação constitutiva do

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

fato gerador, posto terem praticado a ação descrita no art. 39, IX, § 2º, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

“Art. 39. Respondem solidariamente pelo pagamento do imposto:

IX – as pessoas que tenham interesse comum na situação que dê origem à obrigação principal, observado o disposto no § 2º;

§ 2º - Presume-se ter interesse comum, para os efeitos do disposto no inciso IX, o adquirente da mercadoria ou o tomador do serviço em operação ou prestação realizada sem documentação fiscal ou acompanhadas de documentos fiscais inidôneos”.

Desse modo, qualquer delas pode ser instada a responder pelo pagamento do débito fiscal em tela, respondendo, a outra, por solidariedade. Afinal, na situação em exame a solidariedade não comporta benefício de ordem (Aplicação do parágrafo único, do art. 39, do RICMS/PB).”

Em relação à multa aplicada, deve-se ter em mente as modificações registradas na legislação do ICMS que, em função da vigência da Lei 10.008/13, culminou penalidades mais benéficas às infrações previstas na legislação do imposto estadual. Sabe-se que a retroatividade benigna é princípio de caráter inafastável, assim como apregoa as disposições do artigo 106, II, “c” do CTN, relativo à aplicação da legislação tributária. Assim, o percentual de multa deve ser reduzido de 100% para 50%, conforme a modificações introduzidas pela Lei 10.008/13.

Por todo o exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu *parcial provimento*, para reformar a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001992/2012-71, lavrado em 20/9/2012, em desfavor da empresa CONSTRUTORA LITORAL LTDA., inscrição estadual n° 16.122.522-5, devidamente qualificada nos autos, considerando-o PARCIALMENTE PROCEDENTE, impondo o ônus desta ação fiscal no montante de R$ 83.540,21 (oitenta e três mil, quinhentos e quarenta reais e vinte e um centavos), sendo R$ 55. 693,47 (cinquenta e cinco mil, seiscentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106 do ICMS e mais R$ 27.846,74 (vinte e sete mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e quatro centavos) de multa, por aplicação do artigo 82, II, “e” da Lei 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, de ofício, o valor de R$ 27.846, 74 (vinte e sete mil, oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e quatro centavos) por disposição do artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional que impõe a aplicação de Lei novel mais benéfica.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

setembro de 2018.

ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator

Phoca PDF