



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

Processo nº 067.760.2012-4

Acórdão 058/2015

Recurso VOL/CRF-020/2013

RECORRENTE: SENCO SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.

RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

PREPARADORA : RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE.

AUTUANTE: FRANCISCA SANDRA S CRISPIM

RELATORA: CONS^a. PATRICIA MARCIA ARRUDA BARBOSA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA – MERCADORIA DESTINADA AO CONSUMO E ATIVO FIXO. E EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Provas trazidas aos autos comprovaram que parte das mercadorias adquiridas foram empregadas como insumos nas obras de construção civil da autuada, excluindo quanto a estes documentos fiscais, a denúncia posta na inicial.

No entanto procede a acusação, de forma parcial, atinente à diferença de alíquota de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo da empresa, merecendo também reparo quanto à proposição da penalidade. Reformada a decisão recorrida.

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

Relatório

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 **VOLUNTÁRIO**, por regular, e tempestivo, e no mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar a decisão monocrática que julgou **PROCEDENTE** e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00001137/2012-60**, lavrado em 11/6/2012, contra **SENCO SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**, CCMS nº 16.151.586-0, imputando o crédito tributário devido de **R\$ 478,26 (quatrocentos e setenta e oito reais e oitenta e vinte e seis centavos)**, sendo **R\$ 318,84 (trezentos e dezoito reais e oitenta e quatro centavos)**, de **ICMS**, por infringência aos arts. 106, c/c o art. 2º, § 1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 159,42 (cento e cinquenta e nove reais e quarenta e dois centavos)** de multa por infração, arrimada nos termos do **art. 82, II “e” da Lei nº 6.379/96**.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 14.883,84**, sendo **R\$ 7.362,21 de ICMS**, e **R\$ 7.521,63**, a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de fevereiro de 2015.

**Patrícia Márcia de Arruda Barbosa
Cons^a. Relatora**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Assessora Jurídica

Recurso VOL /CRF N.º 535/ 2013

**RECORRENTE: SENCO SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
PREPARADORA : RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE.
AUTUANTE: FRANCISCA SANDRA S CRISPIM
RELATORA: CONS^a. PATRICIA MARCIA ARRUDA BARBOSA**

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA – MERCADORIA DESTINADA AO CONSUMO E ATIVO FIXO. E EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Provas trazidas aos autos comprovaram que parte das mercadorias adquiridas foram empregadas como insumos nas obras de construção civil da autuada, excluindo quanto a estes documentos fiscais, a denúncia posta na inicial.

No entanto procede a acusação, de forma parcial, atinente à diferença de alíquota de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo da empresa, merecendo também reparo quanto à proposição da penalidade. Reformada a decisão recorrida.

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

RELATÓRIO

*Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, Recurso **VOLUNTÁRIO** interposto contra decisão monocrática que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001137/2012-60, lavrado em 11 de junho de 2012, onde a autuada, **SENCO SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**, é acusada da irregularidade abaixo transcrita:*

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

do

De acordo com a referida peça acusatória, a irregularidade foi detectada no mês de maio do exercício de 2011, que considerou infringido o art. 106 do RICMS/PB, tendo a autuante procedido ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 7.681,05 e multa por infração, na quantia de R\$ 7.681,05, arrimada no art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam anexados às fls. 03/10: Ordem de Serviço Simplificada, Extrato Demonstrativo da Fatura, cópias das Notas Fiscais.

Regularmente cientificada da ação fiscal, por Aviso de Recebimento, em 18.6.2012, a autuada tornou-se revel, consoante Termo de Revelia, às fls. 11, dos autos.

Sem informação de reincidência (fl. 12), os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, sendo distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela procedência do Auto de Infração (fls. 15/16), fundamentando sua decisão conforme explicitado abaixo:

REVELIA PROCESSUAL

A revelia do contribuinte frente à lavratura do Auto de Infração ergue-se como alicerce acusatório de fato e de direito, emoldurando o ato sentencial que confirma procedência ao feito fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão da Primeira Instância, por Aviso de Recebimento, (fl.18), em 27.2.2013, o contribuinte veio aos autos, em 26.3.2013, (fls.20/24), apresentar Recurso Voluntário, trazendo as seguintes alegações:

- que não efetuou o pagamento do título de cobrança de fl. 54, por considerar a exigência indevida, por se referir a mercadorias adquiridas para utilizada na obra contratada pela Prefeitura de Sapé, estando desobrigada ao recolhimento de ICMS, em razão da Súmula 432 do STJ, ora anexada, onde afirma que “as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre

mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”. A referida súmula tem como precedente o Recurso Especial nº 1.135.489 – AL, cujo relator discorre sobre o descabimento de “cobrança de diferencial de alíquota de ICMS sobre operações interestaduais, realizadas por empresa de construção civil, na aquisição de bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade afim, (...) como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc”.

- acrescenta que requereu junto a Recebedorias de Rendas de Campina Grande, por meio do Processo n° 0780002011-8, o cancelamento do DAR de nº 3003444351, cujo pedido foi indeferido, reiterando Revisão do mesmo no Processo nº 1327952001-8;
- Contudo, por meio de outros Processos nºs 0970732010-9 e 0813652010-2, houve o deferimento do cancelamento dos DAR’S 1400111307, 1400169972, 1500045008 e 3004732474, 1139742012-0 e 3004643802, todos apensados a esta peça recursal, a SER posicionou-se de modo favorável por entender que: “(...) apesar de haver a cobrança do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso, consumo ou ativo fixo, quando o contribuinte inscrito no cadastro do ICMS realize operações como consumidor final, esta regra não se aplica às empresas de construção civil, que mesmo inscritas no cadastro de contribuintes do Estado, a prestação de serviços por elas praticados não caracterizam, contribuição do ICMS, e sim, essencialmente contribuição do imposto municipal ISS.”;
- salienta que pedido de reconsideração encaminhado a GET opinou pela sua parcialidade, por constatar que “extintores de incêndio” constituíram insumos empregados na execução da obra, não estando sujeitos à incidência do imposto,” devendo a Repartição Preparadora proceder à alteração do DAR questionado;
- insiste no fato de operar na área de construção civil, razão pela qual entende ser indevida a exigência posta no Auto de Infração questionado, acrescentando que as mercadorias foram adquiridas para utilização na obra contratada pela Prefeitura Municipal de Sumé;

Diante do exposto, requer o cancelamento do Auto de Infração de estabelecimento, ora questionado, acarretando o cancelamento do título de cobrança relativo ao ICMS – Diferencial de Alíquota nº 3003444351.

Posteriormente, a Repartição Preparadora, encaminhou ao contribuinte o Ofício nº 00194/2013, (fls.120), comunicando o arquivamento da peça recursal, em razão de sua intempestividade, cuja ciência foi efetuada por Aviso de Recebimento, em 28.3.2013.

Ato contínuo, o contribuinte apresentou Recurso de Agravo, através de sua advogada, devidamente outorgada pela Procuração apensada à (fls. 135), dos autos, em 3/4/2013, tendo esta Corte Julgadora decidido pelo seu provimento consoante Acórdão nº 256/2013, abaixo:

RECURSO DE AGRAVO PROVIDO. TEMPESTIVIDADE NA APRESENTAÇÃO DA PEÇA RECURSAL.

O Recurso de Agravo é o meio pelo qual o contribuinte pode reparar eventuais injustiças praticadas pela autoridade preparadora, na contagem de prazo para recebimento de reclamação ou recurso. Constatou-se nos autos que o contribuinte cumpriu corretamente o prazo para apresentação do recurso, que, mesmo assim, foi considerado erroneamente intempestivo.

Em assim sendo, veio aos autos, a autuante, para contra-arrazoar os argumentos trazidos na peça

recursal, alegando que a empresa foi autuada pela falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, referente às aquisições de mercadorias na operação interestadual, realizadas através das Notas Fiscais de nºs 1511, 65551, 65552 e 1569118 (fls.7/10).

Salienta que em suas ponderações a recorrente não apresenta fato novo, diferente dos já discutidos nos processos de cancelamento, sugerindo que seja mantida a decisão da primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração questionado.

Conclusos a esta Corte Julgadora, estes, foram, a mim, distribuídos, segundo critério regimental previsto, para apreciação e julgamento.

VOTO

De início, analisando criteriosamente, a natureza da infração narrada na peça basilar, “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS”, constatamos que a mesma foi descrita de forma genérica.

Com efeito, denúncias desta natureza, deram ensejos nesta Corte, a diversos julgados pela Nulidade do feito fiscal. Contudo, no caso em apreço houve o entendimento do contribuinte, acerca da acusação que lhe foi imposta, entendendo como vislumbrado em seu recurso a denúncia como de Falta de Recolhimento do ICMS – Diferença de Alíquota.

Seguindo a linha de entendimento de que o sujeito passivo apresentou ato de impugnação à acusação que lhe foi imputada, ou não havendo qualquer ato de manifestação do contribuinte, que infira num pedido de nulidade, a denúncia descrita de forma genérica não devem ser afastadas, à luz da interpretação literal do parágrafo único do art. 15, da nova Lei Processual Estadual de nº 10.094/2013, que assim se expressa:

“Art. 15. *As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.*

Parágrafo único. *Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a*

nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.” (g.n)

Assim sendo, conforme se desprende, pelas peças processuais a denúncia contida na peça basilar se refere à falta de recolhimento do imposto estadual, ICMS, relativo ao diferencial de alíquota devido nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo e consumo da empresa, conforme planilha de fls. 6, e documentos fiscais de fls. 7 a 10.

Com efeito, no que concerne às empresas de construção civil, a exigência do ICMS Diferencial de Alíquotas tornou-se polêmica, a ponto de se buscar o posicionamento dos tribunais de justiça a respeito da questão.

Pretende a recorrente ver reconhecido o direito ao não pagamento do ICMS, com o fundamento de que os bens adquiridos consistem em insumos destinados ao a execução de obra município de Sumé, conforme contrato apensado às (fls. 37/48), circunstâncias que se coadunariam com a Súmula 432 do STJ, que dispõe que as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.

Seguindo esta linha de raciocínio, é de primordial importância sabermos o destino das mercadorias adquiridas, se foram adquiridas para uso ou consumo, ou para insumo em suas obras contratadas pelas quais foi empreitada, ou para serem utilizadas em atividades diversas, a exemplo de mercancia, ou para compor o seu ativo fixo.

E, neste sentido, surtiram efeito a favor da autuada os documentos trazidos aos autos em seu recurso, a exemplo do Contrato Administrativo nº 096/2010 e seu Aditivo de fls. 47/48, no que diz respeito às Notas Fiscais de nºs 65551, 65552 e 1511, que consignam “Tubos Coletores de Esgoto” e “TDA 600 CL 300 ART. Esgoto” (tampão), não obstante não conste observação do destino da obra que tais mercadorias seriam empregadas, podemos concluir pelas provas dos autos (contrato e aditivo) que as mesmas possivelmente foram aplicadas na obra de Construção do Sistema de Esgotamento Sanitário da Cidade de Sumé-PB, em razão do prazo para execução a obra e a data de assinatura do contrato aditivo, estarem dentro do interstício da data de emissão dos mencionados documentos fiscais.

Sobre a matéria, esta Corte Fiscal já teve a oportunidade de decidir inúmeros feitos semelhantes, conforme edição de acórdãos de minha autoria adiante transcrito:

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS.
MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR CONSTRUTORA PARA EMPREGO EM ATIVIDADE FIM.
IMPROPRIEDADE DA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA.

Decisão judicial pacificando o entendimento de que não é alvo de incidência do ICMS as operações interestaduais para aquisição de materiais por empresas de construção civil para implementação de sua atividade fim. Comprovação do

emprego das mercadorias adquiridas em obras pelas quais a autuada foi contratada. (g.n)

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE Acórdão nº 224/2008 Recurso: HIE/CRF135/2008 CONS^a
PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

Por outro lado, igual sorte não socorre a operação ventilada na Nota Fiscal nº 1569118, às fls. 8, dos autos, pois as mercadorias nelas consignadas se destinam a compor o ativo fixo da empresa,

sendo por consequência a única a merecer a exigência do ICMS-Diferença de Alíquota.

À luz da legislação a exigência do ICMS-Diferencial de Alíquota incidente sobre a aquisição de bens do ativo fixo encontra guarita, no art. 2º, § 1º, IV e art. 14, §3º do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, *in verbis*:

“**Art. 2º** O imposto incide sobre:

§ 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. 3º** 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, destinados a uso, consumo ou ativo fixo. ” **(g.n)**

“**Art. 14.** A base de cálculo do imposto é:

.....

§ 3º Nos casos dos incisos IX e X, 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.”

A interpretação dos dispositivos regulamentares supracitados, conduz à conclusão inevitável de que a empresa de construção civil, ao comprar mercadorias de outros Estados, destinadas ao seu ativo fixo, sujeita-se ao pagamento da diferença entre alíquotas, porque incluída está dentre aquelas pessoas que realizam operações relativas à circulação de mercadorias, estando à previsão normativa para cobrança do imposto também estabelecida na Lei nº 6.379/96.

Neste mesmo sentido a jurisprudência deste Colegiado emitiu pronunciamento,

adiante reproduzido:

ATIVO FIXO – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA

É legítima a cobrança do diferencial de alíquota nas operações interestaduais de aquisição de bens destinados ao ativo fixo da empresa. Alegações desprovidas de embasamentos legais não servem para desconstituir o crédito tributário lançado de ofício. Mantida a decisão recorrida. Auto de Infração Procedente.

Recurso nº CRF- 363/2005. Acórdão nº 400/2005

Relatora : CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

Todavia, é de suma importância ressaltar que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, de acordo com o Princípio da Retroatividade Benigna da Lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Desse modo, o art. 82, II “e” da Lei nº 6.379/96 foi alterado pela Lei 10.008/2013 (DOE 6/6/2013, com efeito legal a partir de 1º/9/2013), passando a ter a seguinte dicção:

“Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

II - de 50% (cinquenta por cento).”;

Portanto, cabível se torna a redução da multa disciplinada na Lei nº. 10.008/13, não nos restando outra opção, senão, alterar o percentual atribuído à multa do presente libelo fiscal, no percentual de 100% para 50%, conforme nova redação do artigo supracitado.

Diante do exposto, entendo que se justifica a alteração da decisão singular, referente ao Auto de Infração de Estabelecimento, para reformar, a decisão singular no tocante aos valores inicialmente lançados e decididos em primeira instância, quanto ao ICMS e multa por infração, abaixo demonstrados:

AUTO DE INFRAÇÃO			V. EXCLUÍDOS		VALORES DEVIDOS		
PERÍODO	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	TOTAL

MAI/2011	7.681,05	7.681,05	7.362,21	7.521,63	318,84	159,42	478,26
TOTAIS	7.681,05	7.681,05	7.362,21	7.521,63	318,84	159,42	478,26

Ex positis,

VOTO - pelo recebimento do Recurso **VOLUNTÁRIO**, por regular, e tempestivo, e no mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar a decisão monocrática que julgou **PROCEDENTE** e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00001137/2012-60**, lavrado em 11/6/2012, contra **SENCO SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**, CCMS nº 16.151.586-0,

imputando o crédito tributário devido de **R\$ 478,26 (quatrocentos e setenta e oito reais e oitenta e vinte e seis centavos)**, sendo **R\$ 318,84 (trezentos e dezoito reais e oitenta e quatro centavos)**, de **ICMS**, por infringência aos arts. 106, c/c o art. 2º,

§ 1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 159,42 (cento e cinquenta e nove reais e quarenta e dois centavos)** de multa por infração, arrimada nos termos do **art. 82, II “e” da Lei nº 6.379/96**.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 14.883,84**, sendo **R\$ 7.362,21 de ICMS**, e **R\$ 7.521,63**, a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de fevereiro de 2015..

PATRICIA MARCIA DE ARRUDA BARBOSA
Conselheiro(a) Relator(a)