Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

**Processo nº 004.383.2013-1**
**Acórdão nº 181/2016**
**Recurso /HIE/CRF-787/2014**
**Recurso HIE CRF nº 787/2014**
**Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.**
**Recorrida: COTEC CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.**
**Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.**
**Autuante: LAVOSIER DE M. BITTENCOURT.**
**Relato: CONS. JOÃO LINCOLN 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 autuada, 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.

**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 do relator, pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, mantendo a decisão singular que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **n° 93300008.09.00000088/2013-20**, lavrado em 17/1/2013, contra a empresa **COTEC CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**., inscrição estadual n° 16.152.624-1, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a dos efeitos resultantes do referido auto de infração lavrado.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

**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 17 de junho de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

**R E L A T Ó R I O**

Examina-se, neste Colegiado, o Recurso Hierárquico, nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/13

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

diante da sentença prolatada na instância prima que considerou IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000088/2013-20**,** lavrado em17/1/2013 que aponta que a recorrente cometeu as seguintes infrações:

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

***NOTA EXPLICATIVA:***

*FICOU CONSTATADO EM DILIGÊNCIA FISCAL QUE A EMPRESA NÃO MAIS EXERCE SUAS ATIVIDADES NO ENDEREÇO DO CADASTRO DE CONTRIBUINTE, ESTANDO DECLARADO PELO ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE DE QUE NÃO EXISTE MAIS PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. A AUDITORIA, PRESUME QUE AS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO NÃO FORAM REGISTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS, NESTE SENTIDO COBRA-SE AS REPERCUSSÕES TRIBUTÁRIA DESTA IRREGULARIDADE.*

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

***NOTA EXPLICATIVA****:*

*FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS VISTO AS PROVAS DOS AUTOS DEMONSTRAREM QUE O SÓCIO ADMINISTRADOR DA AUTUADA, WALBER DOS SANTOS CORDEIRO, ADQUIRIU MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS EM QUANTIDADE CLASSIFICADA PELA AUDITORIA COMO PARA FINS COMERCIAIS, UTILIZANDO CPF E ENDEREÇANDO OS BENS PARA LOCAL DIVERSO AO DO ESTABELECIMENTO. OS PRODUTOS DIVERGEM DO CÓDIGO CNAE DA AUTUADA, TODAVIA, A LEGISLAÇÃO EM VIGOR ATRIBUI A RESPONSABILIDADE DE CONTRIBUINTE A QUALQUER PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE ADQUIRA COM HABILIDADE OU EM VOLUME BENS COM INTUITO COMERCIAL.*

Por esta infração, a autuada ficou sujeita ao lançamento oficial fundamentado nos artigos 158, I c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646 e 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, exigindo-se ICMS no valor de **R$ 51.014,03** e multa por infração no montante de **R$ 102.028,06**, conforme sugere o artigo 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96.

A empresa foi cientificada da autuação, por Aviso Postal, em 14/3/2013, conforme fls. 636, tendo decorrido o prazo regulamentar, o contribuinte não compareceu aos autos, tornando-se revel, consoante Termo de Revelia lavrado em 3/5/2013 (*fl.640)*.

Com informação de não haver registro de antecedência fiscal, foram os autos conclusos à Gerência

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo, estes, devolvido para saneamento, com distribuição posterior ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que, após apreciação exarou decisão singular, julgando o Auto de Infração **IMPROCEDENTE**,conforme fls. 641/645 dos autos.

Cientificada, regularmente, da decisão singular, por Aviso Postal, em 2/8/2014, foram os autos remetidos, em sede de recurso hierárquico, para esta Corte Colegiada, com distribuição, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

**Eis o Relatório.**

**V O T O**

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na acusação de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, decorrente de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, durante os exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, e de falta de recolhimento do ICMS, pela aquisição de mercadorias em quantidade que revela intuito comercial, adquirida pelo Sr. Walber dos Santos Cordeiro, pessoa física, CPF nº 044.948.894-23, sócio da empresa autuada, COTEC CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., qualificada nos autos, conforme documentos fiscais colacionados às fls. 122 a 634.

No tocante aos fundamentos que balizaram a decisão de improcedência do feito fiscal, não resta dúvida que o caminho percorrido pelo auditor fazendário, objetivando caracterizar a natureza da infração das acusações, demonstra ser impróprio para materializar a exigência fiscal proposta, pois o fato de ser inscrita no cadastro de contribuinte não autoriza, de pronto, a exigência estatal de qualquer situação que a lei não qualifique como necessária para caracterização da hipótese de incidência tributária do imposto, pois as construtoras, no desempenho de suas atividades, não se submetem ao recolhimento do tributo estadual (ICMS) nas operações de sua atividade fim, mas sim ao imposto municipal (ISS), diante da tese acusatória de presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão documental.

Na verdade, esta relatoria verificou que o contribuinte tem como atividade principal e secundária, (fls. 20), serviços da construção civil, 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 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*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*as hipóteses previstas na mesma lei complementar;*
*(...).*

Evidencia-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. Vislumbra-se das notas fiscais, objetos da acusação, fls. 36 a 81, que estas acobertam mercadorias aplicadas nos serviços de obras da construção civil (vergalhões, pregos, ferros, cantoneiras, etc.). Portanto, não havendo atividade de vendas de mercadorias, e sim de prestação de serviços, não se pode atribuir a denúncia de que as mesmas foram adquiridas com recursos advindos de omissões de vendas pretéritas de mercadorias.

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, conforme justificativa apresentada em “Nota Explicativa” na exordial, acima citada, não podendo prosperar a exigência contida no auto de infração.

Partindo para a segunda acusação esta relatoria comunga com as fundamentações do nobre julgador singular que ao analisar as peças constitutivas dos autos, percebeu que as mercadorias comercializadas tiveram como destino a pessoa física, sócio da empresa autuada, conforme descrito em “Nota Explicativa” na peça vestibular.

Dessa feita, constatou-se que as mercadorias se destinaram à pessoa física, do Sr. **Walber dos Santos Cordeiro**, portador do CPF nº 044.948.894-23, não inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, diverso da pessoa jurídica da autuada, o que ensejaria a ilação de que foram adquiridas com intuito comercial relativo às mercadorias adquiridas pela pessoa física, não podendo tal fato infringente ser atribuído à pessoa jurídica, independente da relação societária da pessoa física com a empresa autuada.

Porém, diante da análise dos documentos fiscais, percebe-se que não se vislumbra a repercussão tributária prevista na legislação fiscal para intuito comercial, quando se comprova a ocorrência de encerramento da fase de tributação, tendo em vista que se trata de operações internas com mercadorias sujeitas à substituição tributária, cujo ICMS é retido na origem pelo substituto tributário, comprovando que a incidência tributária subsequente foi satisfeita, restando provado o equívoco da exigência posta na peça exordial, razão pela qual não é passível de exigência fiscal por descumprimento de obrigação principal, decorrente de falta de recolhimento do imposto, como também na hipótese de intuito comercial, dado que o tributo já fora recolhido na origem e alcança até a última etapa da circulação de mercadorias, não havendo repercussão tributária para o Estado da Paraíba.

Para apaziguar qualquer resquício de dúvida ou conflito de entendimento sobre a falta de repercussão tributária sobre base presuntiva quando se constata operações com mercadorias, exclusivamente, sujeitas ao regime de substituição tributária, trago a colação jurisprudência desta Corte “***ad quem”*** para caso de idêntica natureza processual, conforme transcrição dos acórdãos que revelam desfecho semelhante ao da questão em foco, senão vejamos:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

***OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. CONTRIBUINTE QUE OPERA EXCLUSIVAMENTE COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.***

*Diante da comprovação de que a* ***empresa opera exclusivamente, com mercadorias sujeitas ao regime de tributação por substituição tributária cujo imposto integralmente é previamente recolhido, na origem, encerrando, assim, a fase de tributação, infere-se que a recorrente não é passível da acusação de falta de pagamento do imposto, dado que este já foi pago na origem****, o que exclui a denúncia em foco.*

*(Acórdão n° 21/2015, RelatorCons. Francisco Gomes de Lima Netto)*

**RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO – NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONFIRMAÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS SEM NOTA FISCAL. MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.**

*Reputa-se legítima aplicação de multa por infração sempre que restar evidenciado que a obrigação acessória de efetuar o lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias na escrita fiscal do adquirente foi por este descumprida.*

*Quanto ao Levantamento Financeiro* ***restou comprometida a exigência fiscal que tem como suporte o seu resultado, dado a que todos os valores nele alocados se referem a operações cujas saídas não ensejam repercussão quanto à falta de pagamento do ICMS, mas, tão-somente, mero descumprimento da obrigação acessória de emitir nota fiscal, posto consistirem de saídas não tributadas, ou sujeitas ao regime da substituição tributária, no qual o imposto é antecipadamente recolhido na origem, encerrando a fase de tributação. Improcedência do lançamento de ofício. Reformada a decisão da Instância "a quo".***

*(Acórdão n° 234/2012, Relatora. Consª. Maria das Graças D. O. Lima)*

Deste fato, prudente e acertada a decisão tomada pelo juízo singular vez que a situação, tida como infringente, não corresponde à verdade material exposta nos exames fiscais, estando caracterizado o equívoco de lançamento gerado em nome do contribuinte autuado, além da falta de repercussão tributária objeto da autuação.

Assim, devo confirmar a decisão monocrática que tornou improcedente o lançamento compulsório, por lídima justiça fiscal.

Diante do exposto,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

**V O T O -** pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, mantendo a decisão singular que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **n° 93300008.09.00000088/2013-20**, lavrado em 17/1/2013, contra a empresa **COTEC CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**., inscrição estadual n° 16.152.624-1, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a dos efeitos resultantes do referido auto de infração lavrado.

---

[1] LC nº 116/03

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).

**Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de junho de 2016.**

**JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES**
**CONSELHEIRO RELATOR**

Phoca PDF