



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 132.181.2013-6

Recurso HIE/CRF Nº 268/2015

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.

Recorrida:CONSTRUTORA ABC LTDA.

Preparadora:SUBG. DA RECEB. DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Autuantes:AGUITONIO DANTAS FILHO / JOSÉ MARCONI DA SILVA.

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

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO). EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL FILIADA AO SINDUSCON. PROCESSO DE CONSULTA PENDENTE DE DECISÃO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A formulação de consulta consolida a espontaneidade do contribuinte, em relação à espécie consultada, excluindo a cominação de penalidades, na forma da legislação de regência.

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 *desprovidimento*, para manter a sentença monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000079/2013-56, lavrado em 9/10/2013, contra a empresa CONSTRUTORA ABC LTDA., inscrição estadual nº 16.146.391-6, já qualificada nos autos, eximindo o contribuinte de quaisquer ônus deste contencioso.

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 18 de agosto 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,
JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA. Ausência Justificada da
Conselheira DOMÊNICA COUTINHO DO SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em exame o de Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000079/2013-56, lavrado em 9/10/2013, contra a empresa CONSTRUTORA ABC LTDA., inscrição estadual nº 16.146.391-6, onde consta a seguinte denúncia, relativa a fatos geradores ocorridos em 9/10/2013:

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

NOTA EXPLICATIVA:

A CONSTRUTORA ABC LTDA ESTÁ SENDO AUTUADA POR RECEBER MERCADORIAS COM DOC. FISCAL COM APLICAÇÃO INDEVIDA DE ALÍQ. INTERESTADUAL DE 12% NO DANFE 504, UMA VEZ QUE A EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO É CONSIDERADA CONTRIBUINTE DO ICMS, CONFORME §§ 3º E 4º DO ART. 29 DA LEI 6.379. ENQUADRAMENTO LEGAL: ART. 36 §§ 3º E 4º; ART 119, INC XV; ART. 523 COMBINADO COM O INC II DO ART. 666-A, DO RICMS/PB.

Foram dados como infringidos os artigos 13, IV c/c §2º, IV, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigos 81-A, III c/c art. 80, IV, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 39.410,00, referente a multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 9/10/2013, a autuada apresentou reclamação, em 14/10/2013 (*fls. 13-18*), onde informa que é filiada ao SINDUSCON, e que a entidade representativa formulou consulta, protocolizada em 21/8/2013, onde foi abordada a aplicabilidade da multa prevista no art. 81-A, III, da Lei nº 6.379/96. Assim, não poderia ser penalizada com base na matéria consultada, nos termos do art. 133, da Lei nº 10.094/13.

Ao final, requer a improcedência da autuação, por violação ao disposto no art. 90 c/c art. 151 da Lei nº 6.379/96.

Por sua vez, os autuantes se manifestaram em contestação (*fls. 36-37*), discordando dos argumentos da reclamante, aduzindo que:

- O art. 151 da Lei nº 6.379/96 assegura o direito de consulta aos contribuintes, excetuando os casos em que a formulação da consulta não descreva com fidelidade e em toda sua extensão o fato que lhe deu origem e que seja meramente protelatória.

- A formulação de 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. 151, §2, da Lei nº 6.379/96).

- A apresentação de consulta sobre incidência do imposto suspende o curso do prazo legal para pagamento, nos termos do art. 766, §2, do RICMS/PB.

- Concluem requerendo a manutenção do feito fiscal.

Sem informação de que constam antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 39*) e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foi distribuído para a julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela *improcedência* do auto de infração, recorrendo de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, §1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (*fls.49-57*).

Remetidos a este Colegiado, os autos foram a mim distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o *recurso hierárquico* interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000079/2013-56, lavrado em 9/10/2013, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

A denúncia versa sobre operações interestaduais de vendas de mercadorias destinadas a empresa de construção civil, localizada neste Estado, onde foi constatada a consignação incorreta do valor do imposto na Nota Fiscal Eletrônica nº 504, conforme cópia do DANFE (*fls. 05*), em razão de utilização de alíquota de 12% (doze por cento), tendo a fiscalização autuado a empresa, atribuindo-lhe a penalidade prevista no art. 81-A, III, da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzido:

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;

De fato, consta dos autos que a autuada está inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Paraíba – CCICMS-PB, sob o nº 16.146.391-6, tendo como atividade principal o ramo de construção civil, Construção de Edifícios – CNAE 4120 -4/00, sendo filiada ao Sindicato da Indústria da Construção Civil de João Pessoa – SINDUSCON e, assim, beneficiária de decisão judicial que

Ihe isenta do pagamento do ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias para utilização como insumos nas suas obras de construção civil, conforme Recurso Oficial e Apelação Civil Nº 2000.006576-5 – Capital, datado de 08/03/2001.

Como se observa, a decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba isenta os associados do SINDUSCON do recolhimento do ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas a serem utilizadas como insumos nas suas obras de construção civil das afiliadas, sob a justificativa de que nessas condições os beneficiários não se revestem como contribuintes do ICMS, mas como consumidores finais desses produtos.

Assim, nas referidas operações, conforme decisão do TJPB, não é devida a cobrança do ICMS – Diferencial de Alíquota em favor do Estado da Paraíba, devendo, todo o imposto ser cobrado no Estado de origem das mercadorias.

Neste sentido, a legislação do ICMS do Estado da Paraíba veio a atribuir a condição de não contribuinte do imposto às empresas de construção civil para efeitos da cobrança do diferencial de alíquota, conforme disciplinado no art. 29, §§ 3º e 4º, como reproduzido abaixo:

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.*

§ 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.*

No entanto, veio a estabelecer penalidade no percentual de **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**, conforme o art. 81-A, III, da Lei nº 6.379/96.

No caso dos autos, a autuada, sendo dispensada da cobrança do ICMS Diferencial de Alíquota, valeu-se da condição de contribuinte inscrito no CCICMS-PB, para receber mercadorias de outras unidades da Federação, com alíquota de 12% (doze por cento). Foi, então, autuada, pela fiscalização, com multa de 70% (setenta por cento), sobre o valor da operação, na forma do art. 81-A, III, da Lei nº 6.379/96, anteriormente, transcrito.

A recorrente, na sua reclamação, alegou a improcedência da acusação argumentando que, à época da autuação, estava com o Processo de Consulta nº 110.303.2013-6 pendente de decisão, não podendo, assim, ser submetida a procedimento fiscal, nos termos do art. 133, da Lei nº 10.094/2013, *in verbis*:

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.

Com efeito, o SINDUSCON, ao qual a autuada é filiada, protocolou, em 21/8/2013, processo de consulta, onde questiona, entre outros assuntos, sobre a aplicabilidade da multa prevista no art. 81-A, III, da Lei nº 6.379/96.

Como se sabe, a legislação tributária vigente à época dos fatos, já assegurava aos contribuintes ou entidades representativas o direito de formular consulta perante a administração tributária, nos termos do art. 145, da Lei nº 6.379/96, *verbis*:

Art. 145. É assegurado aos contribuintes ou entidades representativas de atividades econômicas ou profissionais o direito de formular consulta escrita para esclarecimento de dúvidas relativas ao entendimento de aplicação da legislação tributária estadual, em relação a fato concreto de seu interesse ou de interesse geral da categoria, que legalmente representem.

Em primeira instância, a julgadora singular decidiu pela improcedência do feito fiscal, sob o argumento de que a formalização da consulta consolida a condição de espontaneidade do contribuinte, conforme leciona os arts. 90 e 151, do RICMS, abaixo transcritos:

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.

No caso dos autos, o ilícito tributário ocorreu, em 9/10/2013, portanto, após estar consolidada a espontaneidade do contribuinte, que se consumou na data da formalização do processo de consulta, que se deu em 21/8/2013, não sendo mais possível a atribuição de sanção ao contribuinte.

Ademais, à data do lançamento tributário, já estava vigente a Lei nº 10.094/2013, assim, o contribuinte não poderia ser submetido a procedimento fiscal, nos termos do art. 133, do mesmo Diploma Legal, transcrito anteriormente.

Dessa forma, ratifico os termos da decisão monocrática que considerou a improcedência da acusação.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000079/2013-56, lavrado em 9/10/2013, contra a empresa CONSTRUTORA ABC LTDA., inscrição estadual nº 16.146.391-6, já qualificada nos autos, eximindo o contribuinte de quaisquer ônus deste contencioso.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Presidente Gildemar Macedo, em 18 de agosto de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora