



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

PROCESSO Nº1114462012-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Embargante:CONSTRUTORA LITORAL LTDA

Embargado:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDOS. OMISSÃO - PARCIALMENTE CONFIGURADA - CONTRADIÇÃO- NÃO CONFIGURAÇÃO- MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de contradição na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo não encontra fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado. No tocante à omissão restou parcialmente configurada a existência, todavia sem efeitos infringentes, restando, pois, fulminada a possibilidade de sucesso por parte da interessada. Mantidas, portanto, as razões de decidir do Acórdão questionado.

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 dos *Embargos Declaratórios*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial sem efeitos infringentes*, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 463/2018, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001992/2012-71, lavrado em 20/9/2012, (fl. 3), em desfavor empresa, CONSTRUTORA LITORAL LTDA., inscrição estadual nº 16.122.522-5, devidamente qualificada nos autos.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de novembro 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, GÍLVIA DANTAS MACEDO, THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA E MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE)

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Submetidos ao exame desta Corte de Justiça Fiscal embargos de declaração, com supedâneo no art. 62 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, c/c o art. 726 do RICMS-PB, os artigos 64 e 65 do Regimento Interno desta Casa, aprovado pelo Decreto Estadual nº 31.502, de 10 de agosto de 2010, interposto tempestivamente, motivado por discordância da decisão emanada do Acórdão nº 463/2018.

No libelo fiscal acusatório, formado pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001992/2012-71, lavrado em 20 de setembro de 2012, contra a empresa, CONSTRUTORA LITORAL LTDA., inscrição estadual nº 16.122.522-5, acima qualificada, onde constam as seguintes acusações:

“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 EMÍDIO SARMENTO, SEM A

COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS FISCAIS DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA, CONTRARIANDO DISPOSITIVOS REGULAMENTARES CONTIDOS NOS SEGUINTE ARTIGOS: INCISO IV DO ARTIGO 38, ARTIGO 150, ARTIGO 523, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97.”

Em sede de recurso apreciado por esta instância de julgamento, foi aprovado, por unanimidade, o voto exarado por esta conselheira relatora, declarando a *parcial procedência* do lançamento tributário, tendo sido proferido o Acórdão nº 463/2018, conforme ementa abaixo:

“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.

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 25/10/2018, via Aviso de Recebimento, fl. 486, Notificação acostada à fl. 472, contra a qual interpôs Embargos Declaratórios (fls. 487-501), em 30/10/2018, vindo a requerer reapreciação da matéria processual, alegando a existência de *contradição e omissão* no tocante à demonstração de atos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento para fins de aplicação do artigo 133 do CTN.

Argui, ainda, *omissão* no tocante ao abatimento das notas fiscais apresentadas pela construtora Litoral, em defesa.

Advoga que seja reconhecida a decadência dos valores restantes, após a aplicação dos pleitos acima, referente a fatos geradores ocorridos anteriores ao ano de 2006.

Diante do exposto, a embargante habilita-se a requerer que sejam conhecidos e, em seguida,

providos os presentes *Embargos Declaratórios*, inclusive com efeitos modificativos, sanando-se os vícios apontados.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de *Embargos de Declaração* opostos com fundamento nos arts. 86 e 87, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria GSER nº 75/2017, considerando o disposto no Decreto Estadual nº 37.286, de 15 de março de 2017, em relação ao qual a embargante pretende os *efeitos modificativos*, para solucionar *contradição e omissões* que conteria a decisão *ad quem*, exarada mediante o Acórdão nº 463/2018.

Como bem se sabe, o *recurso de Embargos Declaratórios* tem por objetivo efeitos modificativos na implementação de *solução na omissão, contradição e obscuridade* na decisão ora embargada, devendo ser interposto no prazo regimental de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte, senão vejamos:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

*Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos **no prazo de 5 (cinco) dias** contados da data da ciência ao contribuinte.(g.n.)*

Em primeiro lugar, cabe-nos considerar a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que foi interposto, em 30/10/2018, dentro do prazo regulamentar previsto no artigo 87 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Indo a questão de fundo, necessário salientar que a embargante teve julgamento em parte desfavorável, quando da análise meritória, vindo a interpor o presente recurso, por considerar que

houve erro de fato ou material no Acórdão proferido por este Colegiado.

Como se vê, no art. 86 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria GSER nº 75/2017, considerando o disposto no Decreto Estadual nº 37.286, de 15 de março de 2017, a hipótese de admissibilidade do presente recurso se dá quando ocorre *omissão, obscuridade ou contradição na decisão colegiada proferida*, visando corrigir lacunas, escuridão ou conflito de entendimento.

Verificadas as formalidades legais, inclusive no que tange à tempestividade do recurso, *passo à análise dos argumentos ventilados pela embargante*.

Inicialmente, alega a existência de *contradição e omissão* no tocante à demonstração de atos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento para fins de aplicação do artigo 133 do CTN.

Pois, a decisão embargada se apoiou na norma de responsabilidade solidária, existente no art. 133 do CTN, enfatizando que, pelo fato da embargante ter finalizado a obra iniciada por outra construtora, esta recairia nas hipóteses de responsabilidade sucessória contidas no referido dispositivo.

Extrato do Acórdão:

“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.”

Desta maneira, o Conselho de Recursos Fiscais entendeu que a Construtora Litoral deve ser responsabilizada em razão da norma constante no art. 133 do CTN, todavia esta decisão foi *omissa* em não comprovar a realização, por parte da embargante, da prática de quaisquer das condutas exigidas, no respectivo dispositivo legal, necessárias à sua aplicação.

Prossegue, relatando que o único argumento trazido pela decisão embargada, para fins de aplicação da responsabilidade por sucessão foi o fato da Construtora Litoral ter finalizado obra iniciada pela Construtora Ipê, situação que não se amolda às hipóteses previstas no art. 133 do CTN.

Apesar de tais arguições, o que se verifica, novamente, é uma discussão se a construtora Litoral pode figurar na sujeição passiva, ou não, em decorrência de ter assumido apenas em 2004, a conclusão do Residencial Major Emídio Sarmiento, após a construtora Ipê, empresa inicialmente contratada, ter abandonado a obra.

Deve-se observar pelos documentos anexados, que a Caixa Econômica Federal, na operacionalização do Programa de Arrendamento Residencial, instituído pelo Ministério das Cidades, mediante a Lei Federal nº 10.188/2001, formalizou contrato, inicialmente, com a Construtora Ipê, para execução da obra de construção do empreendimento denominado “Residencial Major Emídio Sarmiento”, cujos imóveis passaram a integrar, segundo o “Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda de Imóvel e de Produção de Empreendimento Habitacional”, o Fundo de Arrendamento Residencial - FAR, para atendimento do Programa de Arrendamento Residencial - PAR, regido pela dita lei, destinado ao atendimento do objeto de arrendamento destinado à uma população alvo.

Portanto, tanto o terreno como os imóveis nele edificadas pertenciam ao Fundo de Arrendamento Residencial do PAR, fl.97.

A Caixa Seguradora S.A., como agente gestor do Programa de Arrendamento Residencial, exerce a posição de contratante da Construtora Ipê, para que esta procedesse à execução da obra do residencial acima referido, e, na sequência, também da Construtora Litoral, fl. 17-22, que em virtude do abandono da obra pela primeira contratada veio em sua substituição, dando seguimento e concluindo a edificação.

Conforme já esclarecido, no Acórdão vergastado, em relação ao contrato de empreitada, *por preço global*, fl. 17-22, como é o caso, 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 opõem 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, foi exposto no voto que a definição de sujeito passivo não se dá ao mero interesse das vontades das partes envolvidas no contrato de empreitada entre a Caixa e as construtoras Litoral e Ipê, mas si, em decorrência do que estabelece a legislação em vigor, muito mais especificamente o artigo 133 do referido CTN tributário, *in verbis*:

*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(g.n.)*

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.

Repiso o próprio Conselho de Recursos Fiscais já se posicionou acerca da matéria *apontando a responsabilidade solidária* entre estas 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*. Acórdão 244/2012-CRF 116/2011, também transcrito no voto, *verbis*:

“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 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).”

Na verdade, examinando os argumentos aduzidos nos aclaratórios, não corroboro com o entendimento da embargante, pois o que se observa é que a empresa se propõe a rediscutir a matéria, dada a inexistência de indicação *do ponto* em que teria sido *contraditória ou omissa* a decisão *ad quem*, visto que todo o tópico rechaçado foi relatado no Acórdão.

Prosseguindo, a embargante argui *omissão pela ausência de discussão* no que diz respeito ao abatimento das notas fiscais apresentadas pela construtora Litoral, em sua defesa.

Quanto a este tópico a autuada acostou aos autos notas fiscais, as quais comprovam a compra de materiais empregados na construção, em percentual de sua execução, pois foi responsável por 32,35% da obra, devendo responder por este percentual e não podendo ser responsabilizada pelo total do empreendimento.

A esse respeito, inclusive, deve-se demonstrar à embargante que, em relação às notas fiscais às quais faz referência, há, às fls. 456-460 do processo uma relação de documentos que abarcam, inclusive, todas as notas fiscais que a defesa acostou ao processo, demonstrando uma desnecessidade de se referir a isso, mas que, contudo, faço os esclarecimentos necessários.

Em outro plano, concordo com a alegação da embargante, pois não houve pronunciamento em meu voto, todavia, isto sendo considerado, entendo, também, não ser necessário maiores esforços para se concluir que, no caso em análise, *a sujeição passiva compete às empresas de construção civil adquirentes das mercadorias sem documentação fiscal*, que na qualidade de responsáveis devem responder pelo pagamento do imposto.

O fundamento normativo da responsabilidade tributária de terceiros *in genere* consiste na dicção do art. 128 do CTN, in verbis:

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

De acordo com a norma supra, além das responsabilidades contempladas no art. 134, do CTN, inclusive por substituição, podem ser estabelecidas pela legislação ordinária do ente federativo competente para instituir o tributo.

No tocante à legislação do Estado da Paraíba, nos termos do art. 31 da Lei nº 6.379/96, qualifica como responsável, dentre outras figuras, a do adquirente de mercadorias que não tiveram pago o ICMS, assim estatuinto:

“Art. 31. São responsáveis pelo pagamento do imposto:

IV – os adquirentes, em relação a mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte”.

Com esses fundamentos, concluo pelo *acolhimento parcial* dos embargos declaratórios, sem efeitos modificativos do voto vergastado.

Nestes termos,

VOTO pelo recebimento dos *Embargos Declaratórios*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial sem efeitos infringentes*, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 463/2018, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001992/2012-71, lavrado em 20/9/2012, (fl. 3), em desfavor empresa, CONSTRUTORA LITORAL LTDA., inscrição estadual nº 16.122.522-5, devidamente qualificada nos autos.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de novembro de 2018.

Anísio de Carvalho Costa Neto
Conselheiro Relator