



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº:005/2021

37 SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL, em 08.12.2020, as 08:30h

PROCESSO Nº: 1/451/2018 **AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201719132-9**

RECORRENTE: HYUNDAI ELEVADORES WOLLK LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. Contribuinte deixou de recolher o diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais, sobre as mercadorias adquiridas para uso/consumo outra unidade da Federação. Consumidor final. Emenda Constitucional nº 87/2015. Preliminares prejudicadas em razão da decisão de mérito pela **EXTINÇÃO** processual por ausência de fundamentação legal, à época dos fatos geradores. Reformada a decisão de 1ª Instância. Decisão por unanimidade de votos.

PALAVRAS CHAVES: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONSUMIDOR FINAL. EXTINÇÃO. UNANIMIDADE.

RELATÓRIO:

A acusação fiscal traz em seu bojo o seguinte o seguinte relato:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. DURANTE O EXERCÍCIO FISCALIZADO CONSTATOU-SE A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NOS MESES DE JAN,MAR,MAIO E JUN, DE 2015,NAS AQUISIÇÕES DE MERC/ENS PRA USO/CONSUMO, NO VALOR DE R\$163.264,48, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE...

Nas informações complementares o agente do Fisco informa que com base nos dados fornecidos pelo Laboratório Fiscal da Sefaz, identificou várias notas fiscais eletrônicas no período de janeiro a junho de 2015, emitidas pelo contribuinte e destinadas ao Estado do Ceará para empresas de construção civil, sem o recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas.

A cobrança por parte da autoridade fazendária fora suspensa por força do Mandado de Segurança impetrado pela empresa autuada, entretanto, a segurança concedida fora revogada, conforme teor da sentença judicial em anexo.

As empresas de construção civil localizadas no Estado do Ceará, na qualidade de consumidoras finais dos produtos adquiridos no emprego de suas obras estão sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquotas, quando de suas aquisições nas operações interestaduais.

O Decreto nº 24.569/97 estabelece no art. 725, § 3º, em substituição à sistemática normal de tributação, o seguinte regime:

Art. 725. O estabelecimento de construção civil e assemelhado será enquadrado no regime de recolhimento outros.

§ 3º Em substituição à sistemática de tributação estabelecida no § 1º do caput deste artigo, ficam as empresas filiadas ao Sindicato da Indústria da Construção Civil do Ceará – SINDUSCON – autorizadas a praticarem uma carga tributária líquida de 3% nas entradas de mercadorias e bens procedentes de outras unidades da Federação, desde que não usufrua da decisão judicial que lhe exclui da condição de contribuinte do ICMS.

A Instrução Normativa 17/2013 tratou de estabelecer parâmetros para a cobrança do ICMS nas operações sujeitas à alíquota de 4%, com produtos de origem estrangeira, procedentes de outras unidades federadas.

O levantamento foi feito com base nos cruzamentos de dados do laboratório fiscal, onde identificou a presença de notas fiscais eletrônicas no período de jan a jun de 2015, emitidas pelo contribuinte ora fiscalizado e destinadas ao estado do Ceará para contribuintes do ICMS, com destaque do imposto pela alíquota interestadual, no percentual correspondente a 4%, por se tratar de mercadoria importada.

Foi considerado o crédito fiscal de origem de 4% para o cálculo do diferencial de alíquotas nas operações com bens do ativo imobilizado, conforme definido no art. 589 do Decreto nº 24.569/97.

A Instrução Normativa ainda estabelece um acréscimo de 8 pontos percentuais, quando a mercadoria for precedente dos Estados das regiões Norte, Nordeste, e Centro Oeste, aplicando-se, inclusive, nas operações realizadas por estabelecimento de construção civil.

Apontada infringência aos art.s 73 e 74 e 725 do Decreto nº 24.569/97.

Penalidade sugerida: Art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Irresignada com a autuação a empresa apresenta impugnação consignando, resumidamente:

** Atua no segmento de comercialização de elevadores, efetuando regularmente vendas para construtoras estabelecidas no estado do Ceará de elevadores importados.*

** O STF em vários julgados reconheceu a inconstitucionalidade da sujeição passiva das empresas que atuam no segmento de construção civil, precisamente quanto à exação do ICMS complementar, ou diferencial de alíquota, cobrado pelos estados quando da aquisição interestadual de insumos utilizados na atividade empresarial, por concluir que estas empresas são, eminentemente, prestadoras de serviço, não estando sujeitas ao pagamento do ICMS.*

** A Instrução Normativa 17/2013 veio a tolher o regime especial insculpido no art. 3º do art. 745 do Decreto nº 24.569/97, de maneira que a carga tributária líquida saltou de 3% para 11%, isto é um incremento de 8%, desprovido de respaldo legal - inconstitucionalidade;*

** Que tem Mandado de Segurança preventivo objetivando salvaguardar seu direito ao tratamento tributário juridicamente correto sobre as operações que realiza com seus clientes no Estado do Ceará e obteve liminar para que o estado do Ceará se abstinhasse de cobrar o exigido na Instrução Normativa nº 17/2013, concernente as operações interestaduais com mercadorias advindas do exterior, mas em sede de sentença o magistrado entendeu que a medida não deveria ter sido requerida através da via mandamental, e por isso denegou a segurança requerida, julgando extinto o processo sem análise de mérito;*

** Inconstitucionalidade da cobrança da multa - caráter confiscatório.*

Em sede de julgamento monocrático, o julgador singular, após afastar os argumentos defensórios da parte, especialmente quanto à inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota, se manifesta pela procedência da autuação, entendendo que a empresa não apresentou nenhuma documentação probante, livros fiscais ou documentos de arrecadação que comprovassem suas alegações de que ocorreu algum erro no levantamento do Fisco.

Tempestivamente a empresa apresenta recurso ordinário, defendendo a reforma da decisão singular, sob os seguintes argumentos:

- *Violação ao princípio da legalidade previsto no inciso I, do art. 150 da Constituição Federal, e o § 3º do art. 725 do RICMS;*
- *Inconstitucionalidade e ilegalidade da Instrução Normativa nº 17/13, que serviu de base para o lançamento;*
- *As construtoras filiadas ao Sinduscon podem se valer do Regime Especial insculpido no § 3º do art. 725 do RICMS, com redação dada pelo Decreto nº 28.346/06;*
- *A Instrução Normativa nº 17/13 não pode alterar o direito do contribuinte concedido pelo Decreto 28.346/2006, pois a IN majora a carga tributária, ignorando o benefício fiscal concedido pelo Estado do Ceará – violação ao princípio da estrita legalidade;*
- *O acréscimo de 8% sobre a carga tributária líquida nas operações promovidas pela impetrante para construtoras estabelecidas no estado do Ceará, associadas ao Sinduscon-Ce, implica em majoração de tributo, veiculado por mero ato administrativo, excedendo sua função meramente esclarecedora e regulamentadora.*
- *O auto deve ser declarado NULO, pois eivado de vícios, posto que fundamentado em ato normativo inconstitucional e ilegal.*

Por meio do Parecer de nº 209/2020 a Assessoria Processual se manifesta sugerindo a extinção do feito fiscal sem julgamento de mérito, em razão da ilegitimidade passiva, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram em 2013/2015, período que ainda não estava em vigor a Emenda Constitucional nº 87/2015.

O parecer seguiu acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado

VOTO DA RELATORA

Analisando detidamente os autos compreende-se que a empresa foi autuada por ter remetido mercadorias para empresas de construção civil localizadas no Estado do Ceará, as quais, segundo a fiscalização, estariam sujeitas ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, a teor do art. 725, § 3º do Decreto nº 24.569/97 e da Instrução Normativa nº 17/2013, que estabeleceu parâmetros para a cobrança do ICMS nas operações sujeitas a alíquota de 4%, com produtos de origem estrangeira, procedente de outras unidades da Federação.

Ocorre que o agente do Fisco elegeu como sujeito passivo responsável pelo não recolhimento do diferencial de alíquotas a empresa HYUNDAI ELEVADORES, ora recorrente, situada em Recife-Pe, emitente das mercadorias.

A Emenda Constitucional de nº 87/2015 alterou o inciso VII, § 2º do art. 155 da Constituição Federal, possibilitando a repartição do ICMS entre estado de origem e o de destino das mercadorias, senão vejamos:

“Art. 155 (...)

§ 2º (...)

VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuintes ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.”

Com efeito, o novo comando constitucional pôs fim às discussões acerca da cobrança do ICMS, quando da remessa de mercadorias para consumidores finais, como é o caso das empresas de construção civil, extinguindo a possibilidade de operação ou prestação interestadual em que o recolhimento do ICMS beneficie exclusivamente o estado de origem.

Entretanto, a Emenda Constitucional supra só entrou em vigor no ano seguinte, em 2016, a teor do art. 99 do ADCT, *in verbis*:

Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual será partilhado entre os Estados de origem e destino, na seguinte proporção:

(...)

*Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos **no ano subsequente e após 90 (noventa) dias desta.***

Da análise detalhada dos fólios processuais verifica-se que os fatos geradores relacionados ao levantamento em questão se deram em janeiro, março, maio e junho de 2015, período estes em que ainda não estava em vigor o texto constitucional alterado, logo, não poderia o agente do Fisco eleger como responsável pelo não recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas a empresa remetente, por nítida ausência de fundamentação legal que respaldasse a cobrança do referido imposto, à época dos fatos.

Neste desiderato, entendo que a empresa autuada e remetente das mercadorias HYUNDAI ELEVADORES WOLLK LTDA, situada em Recife-Pe, não possuía legitimidade passiva para a cobrança do ICMS diferencial de alíquotas, motivo pelo qual voto no sentido de que se conheça do presente Recurso Ordinário, dando-lhe provimento, a fim de reformar a decisão

monocrática e declarar **EXTINTO** o presente processo, nos termos do Parecer da Assessoria Processual Tributária.

Em face da decisão de mérito favorável à recorrente, entendo como prejudicadas as questões consignadas no recurso da parte quanto à inconstitucionalidade da Instrução Normativa de nº 17/2017 e do caráter confiscatório da multa aplicada.

É como voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente a empresa **HYUNDAI ELEVADORES WOLLK LTDA**, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do Recurso Ordinário interposto resolve, por unanimidade de votos, dar provimento, para reformar a decisão de procedência exarada em 1ª Instância, para declarar a **EXTINÇÃO PROCESSUAL**, nos termos do voto da Conselheira Relatora e em conformidade com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, referendado em manifestação oral pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ____ de dezembro de 2020.

MANOEL MARCELO
AUGUSTO MARQUES
NETO:22171703334

Assinado de forma digital por
MANOEL MARCELO AUGUSTO
MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2021.02.08 11:17:34 -03'00'

MANOEL MARCELO AUGUSTO M. NETO
Presidente

MATTEUS VIANA
NETO:15409643372

Assinado de forma digital por
MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2021.02.09 18:01:59 -03'00'

MATTEUS VIANA NETO
Procurador do Estado

ANTONIA HELENA TEIXEIRA
GOMES:24728462315

Assinado de forma digital por ANTONIA
HELENA TEIXEIRA GOMES 24728462315
Dados: 2021.02.05 08:16:07 -03'00'

ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES
Conselheira Relatora