



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

RESOLUÇÃO Nº 236 /2019

71ª (SEPTUAGÉSIMA PRIMEIRA) SESSÃO ORDINÁRIA DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS DE 04 DE OUTUBRO DE 2019

PROCESSO Nº: 1/6143/2017; AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201718579

AUTUANTE: CARLOS ALBERTO MENEZES DE FARIAS

RECORRENTE: JVS ENGENHARIA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ANDRÉ RODRIGUES PARENTE

EMENTA: ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. Obrigatoriedade de recolhimento da diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, a partir da Emenda Constitucional nº 87/2015.
2. Ausência de recolhimento. 3. Prescrição alegada afastada. 4. Decadência não configurada. 5. Descumprimento do artigo 155, §2º, VII da CF/88 e do Convênio 93/2015. 6. Manutenção da autuação referente às competências 05/2016; 07/2016; 08/2016. 7. Aplicação da penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/96. 8. Reforma da decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, concedendo-se parcial procedência ao Recurso Ordinário, por decisão unânime, conforme parecer da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015 – CONVÊNIO 93/2015 – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL.

RELATÓRIO:

A empresa foi autuada em 23/10/2017, referente a período compreendido entre 01/2012 a 02/2012; 09/2012; 10/2014; 12/2014; 03/2015 a 05/2015; 07/2015 a 05/2016; 07/2016 a 08/2016; cujo relato da infração ressalta: *"falta de recolhimento do IMCS relativo ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual"*.

O auto de infração apresentou como infringidos os seguintes artigos: 73, 74 e 589 a 593 do Decreto 24.569/97. Em sequência, determinou a aplicação da penalidade prevista no artigo 123, I, "d", da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03,

procedendo à autuação equivalente a R\$15.065,05 (quinze mil, sessenta e cinco reais e cinco centavos) a título de principal, bem como correspondente a R\$7.532,46 (sete mil, quinhentos e trinta e dois reais e quarenta e seis centavos) a título de multa.

Em sede de informações complementares ao auto de infração em comento, à fl. 04, o Fiscal Autuante aduz:

“Na data de 05/09/2017, a empresa solicitou alteração dos selos fiscais referentes às notas fiscais de nº: 534723, 527602, 502453, 508783 e 540783, junto a Célula de Fiscalização – CEFIT conforme processo VIPRO 6266046/2017, ocasião em que os referidos documentos fiscais em seus selos fiscais foram devidamente alterados.

Empós constatadas as alterações feitas nos selos fiscais referentes as notas fiscais acima elencadas, emitiu-se um novo Termo de Intimação, de nº 2017.12641, em 05/10/2017, com ciência na mesma data, dando oportunidade para que o contribuinte regularizasse a pendência fiscal, de forma espontânea.

Decorrido o prazo concedido no citado Termo de Intimação nº 2017.12641, sem que as pendências fiscais fossem sanadas, restou configurado que o contribuinte cometeu infração fiscal por falta de recolhimento do diferencial de alíquota, no montante de R\$15.065,05 (quinze mil, sessenta e cinco reais e cinco centavos)”.

Devidamente citado, o Contribuinte, tempestivamente, apresentou impugnação ao auto de infração, oportunidade na qual apresentou os seguintes argumentos: *“que parte do suposto crédito lançado no Auto de Infração está prescrito, pois o Mandado de Ação Fiscal nº 2017.08431, que abriu o processo fiscal, é do dia 21.08.2017, portanto a Sefaz somente poderia arrolar os débitos de 21.08.2012 até 21.08.2017. O demonstrativo do crédito tributário apresentado no auto de infração levou em consideração os meses de janeiro/fevereiro de 2012, períodos dentro do período prescrito”.*

No mérito, destaca que *“o Auto de Infração não merece prosperar pelo fato de que os produtos adquiridos pela JVS Engenharia são insumos para sua operação, e assim sendo deverá ser aplicada a Súmula 432 do STJ”; que “Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não poderia haver cobrança de ICMS nessa hipótese, pois as construtoras são em regra contribuintes do ISS e se adquiriam material em outro Estado sem objetivo de comercialização, não deveram pagar a diferença entre a alíquota interna e interestadual do ICMS”, bem como que “o Convênio nº 93/2015, que regula os procedimentos a serem observados nas*

operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, não traz disposição específica acerca das empresa de construção civil. Assim, considerando que as empresas de construção civil se submetem à legislação específica pertinente à esta atividade, a qual é sujeita, em regra, ao ISS, a ausência de previsão no referido Convênio também corrobora a conclusão de que não há revogação do cenário jurídico anterior”.

Às fls. 126-133, em julgamento de 1º Grau, de nº 1662/18, o julgador Administrativo-Tributário, Sr. Manoel Valdir Nogueira Júnior, destacou que “com relação ao pedido preliminar arguido pela parte, não há de se falar no instituto da prescrição, ou seja, da perda do direito de execução por parte do Estado, mas cabível uma análise de uma decadência do direito do Fisco de efetuar o lançamento referente ao período fiscalizado. No presente caso, deve ser aplicada a regra contida no art. 173, inciso I, combinado com o artigo 149, ambos do CTN, uma vez que a autoridade fiscal, diante do descumprimento da obrigação principal, procedeu ao lançamento de ofício, nos termos do art. 149 do CTN, iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN), ou seja, o lançamento do crédito tributário poderia ser efetivado até 31/12/2017, sendo assim, afasta-se a decadência no presente caso”.

Em sequência, a decisão de primeira instância aduz que “a impugnante anexa decisões sobre a matéria de tribunais superiores (Súmula 432/STJ), assim como, decisões de recursos pontuais junto ao STJ, recursos especiais, agravo regimental e mandado de segurança preventivos não providos, sem qualquer efeito vinculante aplicável ao caso, que possa ensejar na obrigação do fisco atuar conforme o enunciado desta súmula. No mérito, a matéria em questão se encontra disciplinada no art. 589, §2º do Decreto 24.569/97. [...] Uma vez que não restou comprovado o recolhimento do ICMS pela impugnante, é importante ressaltarmos que os estabelecimentos de construção civil e assemelhados serão cobrados do diferencial de alíquotas quando a nota fiscal tenha sido emitida com o imposto destacado com base na alíquota interestadual, devendo ser cobrado o devido diferencial de alíquota aplicada à operação de entrada”. Nesse sentido, a Julgadora decidiu pela procedência da ação fiscal.

Devidamente intimado, o contribuinte apresentou, tempestivamente, Recurso Ordinário, aduzindo matérias coincidentes com as trazidas no bojo de sua impugnação, inovando em sua peça recursal apenas ao trazer argumento

correspondente a “erro na apuração da multa, onde a fundamentação utilizada para algumas notas fiscais foi a prevista no art. 123, I, “d” da Lei Estadual nº 12.670/96, ou seja, tal previsão não se trata de caso em que há substituição tributária, pois em caso de substituição tributária seria a previsão do parágrafo único do art. 126 da Lei Estadual nº 12670/96”. Afirma que “o erro na construção do lançamento acarreta vício insanável do lançamento, razão pela qual devem ser canceladas as exigências do tributo apontado no lançamento, senão vejamos julgamentos do CARF – Conselho de Recursos Fiscais, o qual tem entendimento de que o erro na base de cálculo é um erro substancial que importa na nulidade do Auto de Infração e o consequente lançamento”.

Ato contínuo, às fls. 207-211, a Assessoria Processual Tributária, mediante o Parecer nº 197/2019, opinou acerca da regularidade da ação fiscal, bem como acerca do afastamento da decadência, uma vez que o auto de infração fora lavrado em 23/10/2017 e poderia sê-lo até 21/12/2017, logo, a lavratura guardou observância ao prazo previsto no artigo 173, I, combinado com o artigo 149, ambos do CTN.

No que concerne ao mérito, a Assessoria entendeu que “não merece acolhida o argumento de que a recorrente não é contribuinte do ICMS, na medida que tem como única atividade a construção civil”. Em seguida, ressalta que “mesmo em se tratando de aquisição em operações interestaduais de mercadorias ou bens que venham a ser utilizados pela empresa, na qualidade, portanto de consumidor final, ocorrerá a incidência do imposto, devendo ser recolhido o diferencial de alíquota, posto que se trata de operação interestadual entre contribuintes do ICMS”.

Em sequência, destaca “o entendimento firmado entre os estados signatários do Convênio 71/89, revigorado pelo Convênio nº 36/03 no sentido de que há incidência e a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota quando a empresa de construção civil promover entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da federação e adquiridas para fornecimento e obra contratados”, bem como menciona o “Termo de Acordo nº 102/98 firmado entre a Secretaria da Fazenda e o Sindicato da Indústria da Construção Civil do Ceará, no qual ratifica que as empresas que desenvolvem atividade de construção civil são contribuintes do ICMS [...]”.

Por derradeiro, aduz que o entendimento firmado pelo Poder Judiciário, trazido ao autos pelo contribuinte, por não ser manifestado através de súmula vinculante, não tem o poder de obrigar os demais Poderes.

Nesse sentido, o parecer opina pelo conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento para que seja mantida a decisão singular de procedência da ação fiscal.

Eis o que merecia ser relatado.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado pela JVS Engenharia LTDA, a que se conhece em razão de preencher as condições de admissibilidade.

Analisando-se, de modo acurado, o exposto pela Recorrente, evidencia-se que não prospera em nosso ordenamento jurídico; senão vejamos:

Como preliminar, alega a Recorrente que parte do período compreendido na autuação estaria eivado por prescrição, o que efetivamente não se coaduna com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que, de introito, sequer é cabível falar em prescrição no presente caso, uma vez que tal instituto consiste na perda pretensão executória, o que efetivamente não é o caso do autos, em que ainda sequer há constituição definitiva do crédito tributário.

Seguindo-se o raciocínio exposto, na presente fase processual, poderia a Recorrente ter tratado sobre decadência, contudo esta também não se concretizou, uma vez que, em se tratando de total inadimplemento do crédito tributário, cujo lançamento dar-se mediante homologação, aplica-se a regra delineada no artigo 173, I do Código Tributário Nacional; ou seja: o termo inicial da decadência seria o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nesse sentido, o lançamento poderia ter sido realizado até 21 de dezembro de 2017, o que foi plenamente observado pelo fiscal autuante, que procedeu à lavratura em 21 de agosto de 2017.

Superado o exame da matéria preliminar, passa-se à análise do mérito, a qual é conclusiva no sentido da incidência do ICMS mediante diferencial de alíquota quando da aquisição de bem ou produto de consumo por construtora em outro Estado da Federação, nos termos do artigo 589 do Decreto nº 24.569/97. Inclusive, a previsão

da matéria em exame encontra amparo na Constituição Federal, em seu artigo 155, §2º, VII (inserido através da Emenda Constitucional 87/2015).

Acerca da presente tônica, faz-se imperioso aduzir acerca da normatização mediante o Convênio ICMS 93/15, firmado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Diante desse contexto, uma vez realizada a aquisição interestadual de mercadoria que venha a ser utilizada pela construtora, na qualidade de consumidora final, ter-se-á a incidência do tributo, como é o exato caso dos autos.

Ressalta-se que há entendimento diverso do exposto, inclusive oriundo do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 432), porém o mesmo não é vinculante no âmbito do contencioso administrativo-tributário, nos termos do artigo 48, §2º, III da Lei 15.614/14.

Passa-se ao exame da incidência do ICMS no período compreendido na autuação, no qual o referido tributo é apenas exigível no que concerne aos meses de maio, julho e agosto de 2016, uma vez que já se teria a produção de efeitos da aludida Emenda Constitucional 87/2015.

Por derradeiro, analisa-se a penalidade a ser aplicada, a qual está positivada no artigo 123, I, “d” da Lei 12.670/96, a qual se adequa ao presente caso, ao revés do exposto pela Recorrente, a qual postula a aplicação do artigo 126, parágrafo único do aludido diploma normativo, este último aplicável em caso de substituição tributária, hipótese não contemplada no presente processo.

Nesse contexto, VOTO para que se conheça do Recurso Ordinário e lhe seja concedido parcial provimento, REFORMANDO-SE a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, contrário ao parecer da Assessoria Processual Tributária.

É o voto.

Demonstrativo do crédito tributário:

ICMS: R\$79,01

MULTA: R\$39,50

TOTAL: R\$118,51

DECISÃO:

Processo de Recurso nº: 1/6143/2017. A.I: 1/2017.18759. Recorrente: JVS ENGENHARIA LTDA. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Conselheiro Relator: ANDRÉ RODRIGUES PARENTE. Decisão: A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto resolve por unanimidade de votos dar parcial provimento ao recurso interposto para reformar a decisão proferida em 1ª instância de procedência para julgar **PARCIAL PROCEDENTE**, nos termos do voto do conselheiro relator, que formulou seu entendimento com fundamento na Emenda Constitucional nº 87/2015, alcançando somente os meses de maio, julho e agosto de 2016, com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d", em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que fundamentou seu entendimento com base no EC 87/2015 e Convênio 93/2015, contrário ao parecer da Assessoria Processual Tributária. Presente a sessão para sustentação oral o representante legal da parte Dr. Felipe Lima M. Coelho.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS. *11 de Novembro de 2017*

[Assinatura]
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
PRESIDENTE

[Assinatura]
José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO

[Assinatura]
Raimundo Nonato Barros de Oliveira
CONSELHEIRO

[Assinatura]
Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA

[Assinatura]
Mateus Miana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

[Assinatura]
Carlos Cesar Graudros Pierre
CONSELHEIRO

[Assinatura]
André Rodrigues Parente
CONSELHEIRO

[Assinatura]
Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO