



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO n.º 254 /2008

1ª CÂMARA

SESSÃO: 06/05/2008

PROCESSO Nº: 1/3753/2006

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200621304-3

RECORRENTE: SÃO BENEDITO AUTO VIA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: LÚCIO FLÁVIO ALVES

EMENTA: - ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. Falta de recolhimento. Empresa de serviço de transporte intermunicipal e interestadual está sujeita ao recolhimento do ICMS. A empresa recorrente estava inscrita no CGF da SEFAZ, mantendo escrita fiscal e regime de recolhimento normal, procedendo à escrituração do diferencial de alíquota no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo 'outros débitos', de acordo com o talhado no § 1º do art. 589 do RICMS. Procede a exigência fiscal referente a duas notas fiscais que não foram contabilizadas no mês de setembro/05. Decisão, por unanimidade de votos, pela parcial procedência do lançamento. RECURSO VOLUNTÁRIO conhecido e provido em parte, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão com termo nos autos. Artigos infringidos: art. 155, VIII, da CF; art. 3º, XIV, da Lei n. 12.670/96; art. 589, § 1º, do Dec. 24.569/97. Penalidade: art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei n. 13.418/03.

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração que originou o presente processo que a empresa acima identificada deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 164.266,88 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta e seis reais e oitenta e oito centavos), referente ao exercício de 2005.

Nas informações Complementares o agente fiscal destaca que constatou que as notas fiscais de n. 196371 e 19637, referentes à aquisição de carrocerias para ônibus rodoviário, no valor de R\$ 183.000,00 (cento e oitenta e três mil reais), cada, não foram computadas para o cálculo do ICMS a recolher do mês de setembro de 2005. De acordo com a planilha de falta de recolhimento de ICMS, cópia do Livro de Apuração de ICMS e cópias das notas fiscais de entradas, todo em anexo.

Constam dos autos a ordem de serviço n. 2006.27535, o termo de intimação n. 2006.22708, o demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS no período de janeiro/05 a maio/06, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS do período fiscalizado e copias das notas fiscais n. 39672, 196371 e 196373.

A empresa atuada inconformada com a lavratura do auto de infração ingressa com impugnação ao auto de infração com base nos seguintes argumentos:

- Em grau de preliminar de nulidade alegam a falta de indicação da base de cálculo e da alíquota do imposto a pagar, elementos essenciais ao crédito tributário e ao exercício do direito de defesa;
- No mérito, que até março de 2006 atuava somente no ramo de transportes urbano de passageiros;
- Na consecução de suas atividades, freqüentemente adquire máquinas e insumos de outros estados (ônibus, combustíveis, peças, etc.);
- Ao exercer somente o transporte urbano, não estava sujeita ao ICMS;
- A Lei Complementar n. 116/03, prevê no item XX da sua lista de serviço o transporte urbano como um dos fatos geradores do ISS (Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza, de Competência dos Municípios);
- É firme o entendimento do STJ e do STF acerca da inexigibilidade do diferencial de alíquotas do ICMS de empresas meramente prestadora de serviços, como era o caso da defendente até março de 2006;
- Colaciona decisões do STF e do STJ em abono de sua tese;

Anexa os autos a procuração para o advogado exercer sua defesa e o contrato social da empresa São Benedito Auto-Via Ltda.

O processo na Instância Singular no julgamento n. 2237/07, foi decidido pela procedência da autuação. A Julgadora utilizou como infringidos os arts. 3º, XV; 25, XI e 725, I, todos do Dec. N. 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96.



A empresa inconformada com a decisão singular apresenta Recurso Voluntário, aduzindo os mesmos pontos da peça impugnatória, acrescentando apenas que:

- De fato a empresa apurava o ICMS, mas fazia por erro induzido pela própria SEFAZ, que sempre cobrou o diferencial de alíquota da empresa;
- A recorrente para pagar seus supostos débitos de ICMS, creditava-se nas compras e verificado o saldo no momento da cobrança do diferencial;
- Percebido esse erro, todo o crédito antes apurado foi devidamente estornado;
- Mesmo que o contribuinte mantenha escrituração de ICMS, se o fato gerador não ocorre não se terá tributo devido;
- houve uma inversão do raciocínio lógico, concluindo o Julgador que o tributo é devido em razão da escrituração do livro, quando na verdade, a escrituração do livro é que se faz como consequência da existência do Tributo.

O processo foi encaminhado a Consultoria onde foi emitido parecer pela PROCEDENCIA do lançamento o qual foi referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório

VOTO

O presente processo tem como motivo o fato da empresa ter deixado de recolher o ICMS alusivo ao diferencial de alíquota no importe de R\$ 164.266,88 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta e seis reais e oitenta e oito centavos), referente ao exercício de 2005.

Em primeiro momento urge dizer que em regra a prestação de serviços é manifestação de riqueza tributada pelos Municípios por intermédio do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS.

Entretanto, após a Constituição Federal de 1988, dois serviços foram incluídos no âmbito de incidência do ICMS: os de transporte interestadual e intermunicipal e o de comunicação, consoante o inserto no art. 155, II da Carta da República.



Impõe ressaltar que o motivo da inclusão do serviço de transporte interestadual e intermunicipal é o fato de a prestação desses serviços normalmente ultrapassar as fronteiras físicas dos Municípios, o que poderia gerar graves problemas com a tributação baseada em várias legislações diferentes.

Evidencie-se, nessa linha, que o serviço de transportes intramunicipal, ou seja, que não transponha as fronteiras do Município, se insere na competência do Município (item 16.01 da lista anexa a Lei Complementar n. 116/03, que define os serviços tributados pelo ISS).

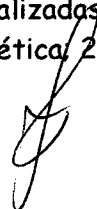
Desta forma, segundo consta no cadastro de contribuinte do ICMS da SEFAZ, a empresa São Benedito Auto-Via Ltda, está cadastrada no CNAE PRINCIPAL 4921301- Transporte Rodoviário Coletivo de Passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal, exceto da região metropolitana.

Ademais, na cláusula segunda do contrato social da empresa autuada, consta que a sociedade terá como objeto social a prestação de serviço em transporte coletivo urbano de passageiros, fretamento e de atividades turísticas, logo, conclui-se que o fretamento e a atividade turística não ficaram limitados apenas ao limite do município, podendo ocorrer em quaisquer regiões do Estado ou do Brasil.

Assim, diante das provas dos autos ficou configurado que a empresa autuada exerce prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, sendo sujeita ao ICMS.

Entendendo ser a empresa recorrente prestadora do serviço de transporte interestadual e intermunicipal, sujeita ao ICMS, cabe-nos analisar se procede a exigência por parte do Fisco do diferencial de alíquota.

Conforme explicita Aroldo Gomes de Matos, visando estabelecer equilíbrio na repartição da arrecadação do ICMS entre os estados tributantes, previu a Constituição Federal o diferencial de alíquotas em operações interestaduais, isso porque a alíquota interestadual é menor do que a interna, cabendo a aplicação do diferencial de alíquota em operações e prestações interestaduais realizadas com consumidor final (ICMS - Comentários a Legislação Nacional, Editora Dialética, 2006).



Encontra-se a previsão na Carta Magna no inciso VII, a, e b, VIII, do art. 155, assim editado:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

VII- em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) A alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII- na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual; "

Estranhamente, a Lei Complementar n. 87/96 é omissa com relação à descrição do fato gerador que legitima a cobrança do diferencial de alíquota, somente faz-lhe referência, e ainda, assim, somente para as hipóteses de prestação de serviços, quando trata do momento da ocorrência do fato gerador, artigo 12, inciso XIII e quando disciplina a base de cálculo, artigo 13, inciso IX.

A questão que se coloca é se é possível os Estados cobrarem este diferencial de alíquota, mediante lei estadual, sem previsão expressa na lei complementar que dispõe sobre o tributo, considerando o disposto no art. 146, III, "a" da Constituição Federal, que remete para a lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, em especial, sobre a "definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte".

Para dirimir a questão posta acima, urge trazer a colação o ensinamento de Deonísio Koch, assim expresso:



"É de nosso entendimento, acompanhando a boa doutrina, que a Constituição Federal autoriza esta cobrança, pela forma clara e conclusiva que trata da matéria, não deixando espaço para normatização regulatória mediante lei complementar. Pela forma detalhada que a norma constitucional trata do tema é de se lhe atribuir eficácia imediata. Basta a lei estadual, instituidora do tributo, formalizar o fato gerador". (Manual do ICMS, Ed. OAB/SC, pg.85).

Portanto, é com estes fundamentos que os Estados têm exigido o diferencial de alíquota, descrevendo o seu fato gerador nas respectivas leis estaduais instituidoras do ICMS.

No Estado do Ceará, a Lei n. 12.670/96, de 27 de dezembro de 1996, acrescenta ao rol dos fatos geradores previstos na LC 87/96, o seguinte:

"Art. 3º- Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

(...):

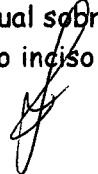
XIV- da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundo de outra unidade da Federação, destinado a consumo ou ativo Permanente; "

Assim, o diferencial de alíquota só existe em operações interestaduais com destino a um contribuinte do ICMS, sendo este consumidor final.

Nesse sentido, a empresa recorrente estava escrita no CGF da SEFAZ, com regime de recolhimento normal, no segmento de serviço de transportes, onde requereu blocos de notas fiscais de serviço de transportes e procedeu a escrituração do diferencial de alíquota no livro Registro de Apuração do ICMS, portanto, sendo considerada contribuinte do ICMS.

Ao caso em tela, faz-se necessário trazer o regulado no art. 589, § 1º do RICMS, assim editado:

"Art. 589- O ICMS devido na operação e prestação com bem do ativo permanente ou de consumo, oriundo de outra unidade da Federação, será calculado com base na aplicação do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual sobre o valor utilizado para cobrança do imposto na origem, observado o disposto no inciso XI do artigo 25.



§ "1º- O contribuinte obrigado a manter escrituração fiscal deverá recolher o ICMS de que trata o caput no prazo de recolhimento do imposto fixado na legislação".

Imperioso para interpretação do artigo acima citado, foi o Parecer n. 07/99 da SATRI (proc. 982266901/98), que fixou entendimento de que "deve-se interpretar a palavra 'recolhimento' como simples débito no 'outros débitos' do livro de Registro de Apuração do ICMS, ao qual corresponde, como se sabe, um crédito de igual valor no campo 'Outros Créditos' do mesmo livro, quando se trata de contribuintes obrigados a manutenção de escrita fiscal, que são aqueles inscritos no CGF no regime de recolhimento normal.

Portanto, como o contribuinte recorrente mantém escrituração fiscal regular, e escriturou o diferencial de alíquota do período fiscalizado no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo 'outros débitos', não sendo obrigada a recolher aos cofres públicos, em moeda, o referido valor.

Por outro lado, o valor referente às notas fiscais n.196371 e 196373, alusivo a aquisição de carrocerias para ônibus rodoviário, não foram contabilizados para o cálculo do ICMS diferencial de alíquota do mês de setembro/05, devendo ser exigido no valor de R\$ 18.300,00 (dezoito mil e trezentos reais).

Desta maneira, a decisão singular deve ser reformada para parcial procedente, sendo exigido da empresa recorrente o ICMS diferencial de alíquota no importe de R\$ 18.300,00, com multa em igual valor, consoante o inserto no art. 123, I, "c", da Lei n. 12.670/96.

DEMONSTRATIVO:

ICMS..... R\$	18.300,00
MULTA... R\$	18.300,00
TOTAL... R\$	36.600,00

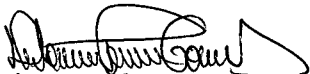
É o voto.



DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente **SÃO BENEDITO AUTO VIA LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecerem do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento em parte, no sentido de reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, julgando parcial procedente o presente lançamento tributário, conforme voto do Conselheiro Relator e de acordo com o parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão mediante despacho contido nos autos.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de julho de 2008.


Dulcimere Pereira Gomes
PRESIDENTE DA CÂMARA


Matteteis Tiana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO RELATOR



Jannine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA


Alfredo Roberto Gomes de Brito
CONSELHEIRO


Vitor Simon de Moraes
CONSELHEIRO


Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA


João Fernandes Fontenele
CONSELHEIRO


Magna Vitória de Guadalupe Lima Martins
CONSELHEIRA


Cid Marconi Gurgel de Souza
CONSELHEIRO