



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 266 /2013
2ª CÂMARA DE JÚLGAMENTO
26ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 06/02/13
PROCESSO Nº.: 1/214/2009
AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/200817773-6
RECORRENTE: CONSTRUTORA MARTE LTDA
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Maria Erilene Vieira
MATRÍCULA: 06448712
RELATOR: Conselheiro Filipe Pinho da Costa Leitão

EMENTA: ICMS – 1. FALTA DE RECOLHIMENTO – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. 2. Ação fiscal detectou que a empresa deixou de recolher o ICMS relativo ao diferencial de alíquota interna e interestadual referente ao período descrito no libelo acusatório. **3.** Recurso voluntário conhecido e não provido. **4.** Auto de infração julgado **PROCEDENTE**, por unanimidade de votos, tendo em vista que a empresa é obrigada a recolher o ICMS quando promover a entrada de mercadorias ou bens decorrentes de operações interestaduais, conforme Termo de Acordo nº 102/98 c/c Convênio 71/89. Confirmada a decisão condenatória proferida na instância originária. **5.** Infringidos os artigos. 589 e 725, § 3º do Decreto 24.569/97. **6.** Penalidade prevista no art. 123, I, “c” do RICMS, alterado pela Lei nº 13.418/03, c/c art. 106, II, “c”, do CTN.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: “*falta de recolhimento do ICMS relativo ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual. O contribuinte deixou de recolher ICMS diferencial de alíquota referente aos meses de set/04, out/04, Nov/04, dez/04, jan/05, fev/05, mar/05, abr/05. Mai/05, ago/05 e out/06, razão pela qual lavramos o presente Auto de Infração*”.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Informações Complementares às fls. 03/04;
- Ordem de Serviço nº 2008.34385;
- Sistema de Parcelamento Fiscal às fls. 07;
- Controle de Mercadorias em Trânsito às fls. 08/28;
- Documentos Fiscais às fls. 29/160;
- Termo de Juntada e AR referente ao Auto de Infração às fls. 161/162;
- Termo de Revelia e Despacho às fls. 164.

Às fls. 165/168 temos o julgamento monocrático que decide pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, em face da obrigatoriedade das empresas de Construção Civil de recolherem o ICMS, conforme contrato firmado entre a SEFAZ e o Sindicato da Construção Civil, Termo de Acordo nº 102/98, consubstanciado no art. 725, § 3º do RICMS.

DEMONSTRATIVO

Valor do ICMS	R\$ 86.131,68
Valor da Multa	R\$ 86.131,68
TOTAL	R\$ 172.263,36

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A impugnante, irrisignada com a decisão singular, interpôs recurso voluntário às fls. 172/183, alegando que os materiais que adquiriu proveniente de outro Estado não se sujeitam ao diferencial de alíquota em face da alíquota aplicada no Estado destinatários ser superior, neste sentido colacionou entendimento do STF exposto no julgamento do RE 248830/CE. Ademais, interpôs Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Obrigacional de Caráter Tributário com pedido de Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública Estadual, às fls. 187/213 suspendendo a exigibilidade do crédito fiscal tributário consoante norma



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

prescrita no art. 151, II, do CTN. Sendo assim, declarou que a presente ação desconstitui o objeto do próprio processo administrativo, não obstante a independência das instâncias. Diante do exposto, requereu a **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, haja vista não ser a recorrente contribuinte do ICMS e sim do ISS, como já decidiu o STF.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA

Através de Parecer de N°621/2011 a Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para que seja confirmada a decisão condenatória proferida em 1ª Instância.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **CONSTRUTORA MARTE LTDA** em face de **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o n°. **1/200817773-6**. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo sub examine, a requerida foi autuada por falta de recolhimento – ICMS, tendo em vista o diferencial de alíquota de empresa de construção civil, referente aos meses de set/04, out/04, Nov/04, dez/04, jan/05, fev/05, mar/05, abr/05, Mai/05, ago/05 e out/06.

Não há preliminares a serem examinadas, uma vez que não foram suscitadas pela recorrente e não existem matérias cognicíveis de ofício a serem questionadas, motivo pelo qual passo a conhecer diretamente do *meritum causae*.

Na esfera meritória, a empresa destacou, em sede de recurso, que se torna inviável a cobrança dos débitos em virtude da existência de um Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Obrigacional de Caráter Tributário *com Pedido de Tutela*



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Antecipada, não podendo a SEFAZ/Ce praticar qualquer ato de cobrança, bem como asseverou que em empresas de construção civil não são contribuintes de ICMS sendo por sua vez indevida a exigência de diferenças de alíquotas.

Em análise aos argumentos recursais de mérito, e com vistas a fundamentar o presente *decisum*, serão tecidas algumas considerações acerca da matéria de que cuida o feito fiscal em testilha.

A demanda em comento possui um caráter peculiar que merece ser elucidado, qual seja a suspensão do crédito tributário em virtude da existência de um *Pedido de Tutela Antecipada*, pois este é capaz de suspender a exigibilidade do crédito tributário até que seja completamente julgado, haja vista ser inviável a cobrança de um valor que ainda está sendo discutido em litígio. Desta feita, corrobora com esse entendimento o art. 151, IV do CTN, que afirma:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001).

Entretanto, indispensável elucidar que o fato de existir um pedido de tutela antecipada com o fito de desconstituir a obrigação em comento não tem o poder de suspender o andamento do processo administrativo que, por sua vez, faz sua função de exercer o controle da legalidade. Como já afirmado anteriormente, a tutela somente desautoriza a prática de atos que visem à cobrança do crédito tributário, enquanto não sobrevier a decisão final e irreformável do Poder Judiciário.

Assim, mister se faz embasar a presente demanda com os dizeres do doutrinador Ricardo Alexandre:

É possível, por exemplo, que seja concedida uma liminar em mandado de segurança mesmo antes da constituição do crédito. Nesse caso, a jurisprudência tem afirmado que a autoridade fiscal não fica impedida de realizar o lançamento, pois o que a liminar suspende é a exigibilidade do



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

crédito e não a possibilidade de constituí-lo. (RICARDO, Alexandre. Direito Tributário Esquematizado. São Paulo, Método, pg. 362).

Neste estopim, superado o argumento da recorrente que versa sobre o efeito do pedido de tutela antecipada, destaca-se também, no que tange a afirmação da empresa de que não é contribuinte do ICMS, tendo em como única atividade a construção civil. Há de se enfatizar que a ação fiscal prende-se a uma situação de fato, no qual existe uma legislação tributária que dispõe acerca do pagamento do imposto.

O Decreto nº 24.569/97, em seu art. 2º, inciso V, “b”, aponta como hipótese de incidência do ICMS a entrada de mercadorias no Estado do Ceará, provenientes de outros estados da federação que visam serem incorporados ao ativo permanente. Tendo como fato gerador da obrigação em tela o disciplinado nos artigos 3º, inciso XV e 589 do mesmo decreto, *in verbis*:

Art. 3. Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

XV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a consumo ou ao ativo permanente;

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.

Nessa consonância, corroborando o entendimento dos artigos supramencionados, destaca-se que mesmo em se tratando de aquisição em operações interestaduais de mercadorias ou bens que venham a ser utilizados pela empresa, na qualidade de consumidor final, ocorrerá a incidência do imposto, devendo ser recolhido o diferencial de alíquota, uma vez que se trata de operação interestadual entre contribuintes do ICMS, conforme a Carta Magna, art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “a”.

Não obstante, salienta-se que tal entendimento se tornou pacífico na esfera do direito tributário, tendo sido objeto de posicionamento firmado entre os estados signatários do Convênio 71/89, revigorado pelo Convênio nº 36/03, o qual disciplina que há incidência e a obrigatoriedade do recolhimento do imposto referente ao diferencial de alíquota



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

quando se tratar de empresa de construção civil e esta, por sua vez, promover entrada de mercadorias e bens decorrentes de operações interestaduais e adquiridas para fornecimento e obra contratados.

Ademais, ressalta-se também a existência de um Termo de Acordo nº 102/98 firmado entre a SEFAZ e o Sindicato de Construção Civil, em que informa no artigo 725, § 3º do RICMS a obrigação das empresas que desenvolvem atividade de construção civil, recolher o ICMS uma vez que são declaradas contribuintes quando se tratar de operações interestaduais de mercadorias. Tanto o é que tais empresas são obrigadas a ter cadastro no CGF, no regime de recolhimento “Outros”.


Art. 725 - Os estabelecimentos de construção civil e assemelhados que adquirirem mercadoria em outra unidade federada deverão:

§ 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/CE - autorizadas a praticarem uma carga tributária líquida de 3% (três por cento) 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 deste Estado.

Dessa forma, frente aos argumentos apresentados, a decisão mais consentânea com a justiça fiscal é declarar a **PROCEDÊNCIA** do feito, uma vez que a empresa é obrigada a recolher o ICMS, que incide também no diferencial de alíquotas, face ao exposto no Termo de Acordo nº 102/98 c/c Convênio 71/89. Sujeitando-se à penalidade inserta no art. 878, I, “c”, do RICMS, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03, consoante o catalogado no art. 106, II, “c”, do CTN.

VOTO

Ex positis, **VOTO** pelo conhecimento do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.



6/8
L



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

DEMONSTRATIVO

Valor do ICMS	R\$ 86.131,68
Valor da Multa	R\$ 86.131,68
TOTAL	R\$ 172.263,36

É o VOTO.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CONSTRUTORA MARTE LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de maio de 2013.

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente

Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro

Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

Mônica Maria Castelo
Conselheira

Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro Relator

Valter Barbalho Lima
Conselheiro

Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira

Aderbalina Fernandes Scipião
Conselheira

Samuel Aragão Silva
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado