



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº: 60 /2002
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 14/01/2002 - (3ª SESSÃO)
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/000778/1999 AI No. 1/199902952
RECORRENTE: CONSTRUTORA BRITANIA S/A
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONSELHEIRA RELATORA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ

EMENTA: ICMS- FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - CONSTRUÇÃO CIVIL.AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. É DEVIDO O PAGAMENTO DO ICMS DECORRENTE DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS POR EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. HOUE A ECLOSÃO DO FATO GERADOR COM A AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA CONSUMO PROVENIENTE DE OUTRO ESTADO. REALIZARAM-SE,ASSIM, AS HIPÓTESES QUE FIZERAM NASCER O DEVER DA RECORRENTE DE PAGAR O IMPOSTO. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: ARTS:66/68, 459, 595 TODOS DO DEC.21.219/91 E ART.155, §2º, INCISOS VII, ALÍNEA "a" e VIII DA CF. PENALIDADE ART.767,I, "c" DO DEC.21.219/91.RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO CONFIRMADA POR MAIORIA DE VOTOS EM CONSONÂNCIA COM A DOUTA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame trata de falta de recolhimento do ICMS em face do contribuinte ter deixado de recolher o diferencial de alíquota para o Estado do Ceará no montante de R\$ 5.296,59 (cinco mil, duzentos e noventa e seis reais e cinquenta e nove centavos).

Após indicarem os dispositivos legais infringidos os agentes fiscais apontam como penalidade o Art.767, inciso I, alínea "c" do Dec.21.219/97.

O processo foi instruído pelo autuante com os seguintes documentos: Informações Complementares, Termo de Início, Termo de Conclusão, cópias de Notas fiscais de Entradas, cópia do Parecer Nº597/97.

Às fls.36 a 47 a empresa autuada, ora recorrente, ingressa com instrumento impugnatório.

DO JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA:

Em primeira instância o julgador monocrático decidiu-se pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal confirmando que o contribuinte do ramo de construção civil deixou de recolher o diferencial de alíquotas referente à aquisição interestadual de materiais.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO:

Afigura-se nos importante destacar os argumentos do Recurso Voluntário, às fls.66 a 74. Em linhas gerais, basicamente são estes:

- Que a Célula de Julgamento de 1ª Instância julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em testilha.
- Que de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal – STF e pelo Supremo Tribunal de Justiça – STJ, a cobrança do diferencial de alíquotas de ICMS para empresas de Construção Civil na aquisição de insumos em outros Estados é uma prática totalmente ilegal que fere tanto o CTN quanto aos preceitos legais da CF.
- Que a jurisprudência já pacificou o entendimento de que não é cabível a sua cobrança, no caso de empresas de Construção Civil, pelo fato de não serem consumidores finais uma vez que não compram mercadorias e sim adquirem insumos a serem empregados em seus próprios serviços.

- Que de acordo com os acórdãos já referenciados conclui-se de forma irrefutável que o pensamento jurisprudencial é de que não incide ICMS sobre os insumos utilizados pela própria empresa na fabricação de outro produto.
- Que não existe qualquer dissensão nem muito menos qualquer interpretação extensiva acerca da incidência ou não do ICMS junto a empresas de construção civil.
- Que não pode uma norma estadual ir de contra a uma norma hierarquicamente superior, qual seja a Constituição Federal de 1988, estabelecendo uma exação e determinando medidas de constrição e coação junto a empresas de construção civil, ou de qualquer outra que o presente dispositivo se aplique, para com isto, aumentar ilicitamente a arrecadação ao erário público estadual.

Por fim, requer a reforma da decisão proferida pela Célula de julgamento para julgá-lo improcedente.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

A Consultoria Tributária , em parecer de Nº590/2001 referendado pela Douta Procuradoria Geral do Estado, opina pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento para se confirmar a decisão condenatória de 1ª Instância.

Eis, o relatório.

VOTO

A análise da lide à luz da legislação vigente, conduz-nos ao seguinte pronunciamento.

A matéria aqui tratada é concernente a cobrança de Diferencial de Alíquota, referente à aquisição interestadual de materiais feito por empresas de construção civil.

O assunto é para muitos polêmico. Instaura-se sempre uma profunda e interminável controvérsia a respeito de saber se é devido ou não o diferencial de alíquota do ICMS pelas empresas de construção civil. Se é inconstitucional a exigência da cobrança do ICMS em aludida atividade ou tão somente do ISS, não havendo lugar, portanto, para a cobrança do diferencial de alíquotas.

Na hipótese versada nos autos, a exigência está sendo feita à recorrente por não ter efetuado aludido recolhimento.

Na verdade a questão deveria ser resolvida de uma forma simples, vez que, de fato o imposto incide sobre a entrada de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Há o fato gerador. "O direito de pagar tributo nasce da ocorrência de um fato, previsto em lei, como necessário e suficiente ao nascimento desse dever".

O adquirente, nessas condições, é contribuinte do imposto, cabendo-lhe pagá-lo pelo montante correspondente à diferença de alíquotas. Não há, portanto, como preterir essas regras.

Vale destacar, com pertinência à matéria, os comandos normativos que preconizam:

"Art.595 - Os estabelecimentos de construção civil e assemelhados que adquirirem mercadorias em outras Unidades Federadas deverão:

I - calcular o imposto através da aplicação do diferencial encontrado entre os valores das alíquotas internas e interestadual sobre o valor total constante da Nota Fiscal de aquisição, incluído o IPI, se incidente na operação e sobre o valor do documento fiscal relativo à prestação do serviço de transporte, quando este for de responsabilidade do adquirente". (Dec.21.219/91).

“Art.459 do Dec.21.219/91: O pagamento do ICMS devido nas operações e prestações com bens fixo ou de consumo, far-se-á com base na aplicação do diferencial entre as alíquotas interna interestadual sobre o valor total constante da Nota Fiscal de aquisição, incluído o IPI, se incidente na operação, e sobre o valor do documento fiscal relativo à prestação do serviço de transporte, quando este for de responsabilidade do adquirente”.

O certo é que, a recorrente não poderia simplesmente ter deixado de recolher o diferencial de alíquotas como bem aludiu: “que em uma atitude plenamente consciente, desde Janeiro do ano de 1997, deixou de recolher o diferencial de alíquota”.

Outro fato que têm que ser analisado é o da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS das empresas de construção civil.

Não há, como entendem alguns doutrinadores a imposição ao dever da inscrição às construtoras por uma mera exigência da Fazenda Estadual. Elas assim, o fazem porque de alguma forma se beneficiam, como por exemplo a redução de custos como afirmou a própria recorrente.

Enquanto inscritas no cadastro de contribuintes do ICMS, as empresas de construção civil podem comprar em outros Estados e ter essas vendas tributadas com alíquota interestadual ao invés de uma “alíquota cheia”.

Ressalve-se, que a condição de contribuinte jamais pode ser determinada por se ter inscrição estadual. Pode ter-se inscrição e nunca praticar um fato gerador da obrigação principal.

No entanto, quando a empresa de construção civil adquire mercadorias em operações interestaduais adquire a condição de contribuinte. Verificam-se, portanto, as circunstâncias materiais que seriam necessárias para a ocorrência do fato gerador.

No tocante ao questionamento sobre a norma estadual, temos a explicar que a mesma não está contra a Constituição Federal de 88, estabelecendo uma exação e determinado medidas de constrição e coação junto a empresas de construção civil ou de qualquer outra para aumentar ilicitamente a arrecadação ao erário público estadual como entende a recorrente.

Ao contrário, a exigência do diferencial de alíquotas está preconizada no Art.155, § 2º, VIII, CF que determina que caberá ao estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Destaque-se que como bem esclareceu o insigne Dr. Hugo de Brito Machado "a Constituição não cria tributo. Atribui competência às pessoas jurídicas de Direito Público interno para fazê-lo. A criação do tributo é, em princípio, obra do legislador ordinário. Por isto mesmo é na lei ordinária que se encontra definida a situação de fato que, se e quando acontecer, fará nascer o dever jurídico se pagar o tributo".

Quanto as decisões dos tribunais tão proclamados e destacados pela recorrente em que se afirma que os Tribunais Superiores já pacificaram e confirmaram que nas construções civis, é devido apenas o ISS, sendo indevida a incidência de ICMS e o diferencial de alíquotas internas e interestaduais. Temos a aduzir que há de fato respeitáveis decisões dos tribunais sobre a exigência somente do ISS.

No entanto, afigura-se-nos importante destacar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não consagrou "in totum" esse entendimento. Não há um pleno consenso, uma unanimidade como quer deixar entender a recorrente. A jurisprudência não é plenamente assente no sentido de se pagar somente o imposto municipal. Entendemos, data vênua, sem querermos desrespeitar as decisões dos eminentes tribunais que para todos os efeitos a Lei Estadual que disciplina a cobrança do diferencial de alíquotas está em plena vigência.

Outro ponto, que vale ser levantado é que de fato, esse órgão administrativo "carece de competência para apreciar arguição de inconstitucionalidade". Não podendo declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, uma vez que essa tarefa cabe com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da carta magna, através do controle concentrado da constitucionalidade.

Os órgãos administrativos "não podem negar aplicação a uma lei ou a um decreto porque lhes pareça inconstitucional".

Portanto, não há como deixar de imputar a empresa autuada o ilícito tributário, vez que, as normas de Direito Tributário orientam-se sempre no sentido de atingir a realidade econômica das relações que disciplinam.

Ocorreu o ilícito tributário pela violação das normas jurídico-tributárias. Houve a eclosão do Fato Gerador nascendo, assim, o liame obrigacional de se recolher o imposto.

Deste modo, é patente à infração pela falta de recolhimento.

Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que se conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento para que seja confirmada a decisão condenatória de 1ª Instância, nos termos do Parecer da Douta Procuradoria Geral do Estado.


É o voto.

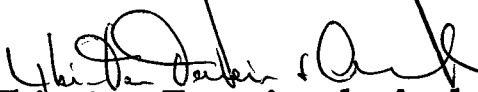
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente CONSTRUTORA BRITANIA S/A e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

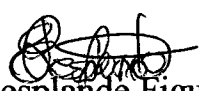
RESOLVEM, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória de 1ª Instância, de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o do conselheiro Affonso Taboza Pereira que se pronunciou pela improcedência da autuação. Ausente ocasionalmente o conselheiro Benoni Vieira da Silva.

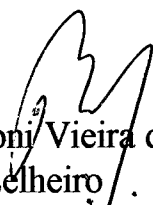
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 14 de janeiro de 2002.


Nabor Barbosa Meira
Presidente da 2ª Câmara


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

CONSELHEIRO(A)S:

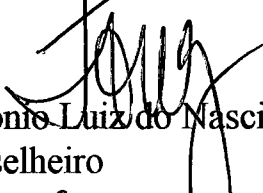

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira Relatora

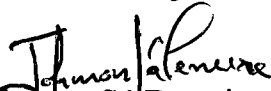

Benoni Vieira da Silva
Conselheiro

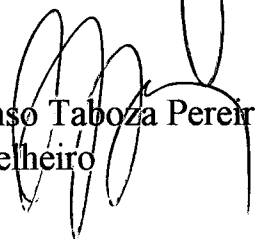

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


p/ Adriano Jorge Pequeno Vasconcelos
Conselheiro


José Mirtônio Colares de Melo
Conselheiro


Antonio Luiz do Nascimento Neto
Conselheiro


Johnson Sá Perreira
Conselheiro


Affonso Taboza Pereira
Conselheiro