



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Requie V.

RESOLUÇÃO n.º 065/2007
2ª CÂMARA
SESSÃO: 07/12/2006
PROCESSO N.º: 1/003274/2004
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200406469
RECORRENTE: Construtora Marte Ltda
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA: DALCÍLIA BRUNO SOARES

EMENTA: - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. Empresa deixou de recolher o diferencial de alíquota referente aos produtos destinados a consumo e ativo fixo. Decisão **PROCEDENTE** por unanimidade de votos. Dispositivos infringidos artigos 589 a 593, 725 a 731 do Decreto 24.569/97 e penalidade do art. 123, I, 'c' da Lei 12.670/96. **RECURSO VOLUNTÁRIO** conhecido e não provido.

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração que a empresa atuada não teria recolhido o diferencial de alíquota devido por ocasião das aquisições interestaduais realizadas no período de 08/2001 a 06/2002, 08/2002, 10/2002 a 05/2003, 11/2003 a 12/2003.

Constam nos autos cópias dos termos de Início, Conclusão, Intimação e Ordem de Serviço e das notas fiscais que embasaram a atuação.

A empresa apresentou impugnação arguindo que:

- as mercadorias adquiridas não eram para serem comercializadas, mas apenas empregadas em suas próprias obras;
- a empresa não é contribuinte do ICMS e, que está sujeita apenas ao ISS, logo, não seria cabível a cobrança do diferencial de alíquota.

O Auto de Infração foi julgado **PROCEDENTE** pela 1ª Instância que fundamentou sua decisão no art. 3º XV, 589 § 1º e 2º, 725, § 1º o. do Dec. 24.569/97, com penalidade do art. 123, I, 'c' da Lei 12.670/96 com redação da lei 13.418/03.

Foi interposto Recurso de Voluntário pela empresa atuada sob os seguintes argumentos:

- que se encontra pacificada na Corte Suprema *"que as construtoras são, de regra, contribuintes, considerados o tributo municipal - Imposto sobre serviços. Adquirindo material em Estado que pratique alíquota mais favorável, não estão compelidas, uma vez empregadas às mercadorias em obra, a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do estado destinatário"*;
- que foi interposto em 16.12.2004, a **Ação Declaratória de Inexistência de relação Jurídica Obrigacional de Caráter Tributário** com pedido de Tutela antecipada contra a Fazenda Pública Estadual acompanhada do depósito integral do tributo exigido, fato que suspenderia a exigibilidade do crédito tributário e "esvazia" o objeto do próprio julgamento administrativo;
- requer a declaração da **IMPROCEDENCIA** do auto de Infração, que seja "obstado o julgamento administrativo até a decisão final a ser prolatada na ação declaratória" .

O contribuinte anexou cópia do depósito judicial e da referida ação judicial com sua respectiva decisão preliminar.

A consultoria tributária emitiu o Parecer nº 618 /2006 sugerindo a confirmação da decisão condenatória exarada pela instância singular. O referido parecer foi referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório.

VOTO

A Constituição Federal prescreve,

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

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

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

A lei n.º 12.670/96 prevê que ocorrerá fato gerador nas aquisições de produtos para o ativo permanente ou consumo:

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 a ativo permanente;

E considera como "Contribuinte" qualquer pessoa física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritos como fato gerador do imposto (Art. 14 da Lei 12.670/97), portanto, independe do regime de recolhimento no qual a empresa foi enquadrada ou da atividade desta, o ICMS será devido sempre que a empresa praticar ato previsto como "Fato Gerador" do ICMS nos termos da lei.

Portanto, a empresa de construção civil que adquirir produtos que serão consumidos em suas atividades e, cuja aquisição tenha sido realizada com alíquota interestadual esta obrigada ao recolhimento do diferencial de alíquota relativo a estas aquisições de acordo com os dispositivos supra citados e o Regulamento do ICMS (Dec. 24.569/97)

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.

Art. 725. Os estabelecimentos de construção civil e assemelhados serão enquadrados, obrigatoriamente, no regime de recolhimento "outros".

I - Os estabelecimentos de que trata o caput deverão recolher o ICMS no momento da passagem no primeiro posto fiscal de entrada neste Estado, exceto se credenciado pelo Fisco para efeito de recolhimento até o 10.º (décimo) dia do quinto mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, observado o disposto na legislação; (redação art. 1º, inciso XV, do Decreto nº 26.874, de 20/12/2002)

Os argumentos da recorrente de que não seria contribuinte do ICMS, que estaria sujeita exclusivamente à incidência ISS e que as mercadorias se destinariam a serem empregadas em suas obras, só reforça a obrigatoriedade desta realizar suas aquisições pela alíquota cheia de 17%, pois, se a empresa age na qualidade de consumidora final não poderá beneficiar-se da alíquota de 12% inerente as operações realizadas entre contribuintes localizados em diferentes Unidades da federação:

"Ressalta-se, entretanto, que, não sendo contribuinte do ICMS, as prestadoras de serviços sujeitos exclusivamente à incidência ISS, não podem receber mercadorias ou bens de outros Estados com alíquota interestadual (7% ou 12%), pois, a regra de origem constitucional art. 155, §2º, VII, "b" da CF, determina a utilização de alíquota interna (do Estado onde tem início a operação ou prestação) quando o destinatário não for contribuinte do ICMS. " (Parecer nº 113/93 – Matheus Viana Neto)

Conforme observa o Parecer supra, tal matéria tem origem constitucional, sendo competência do Senado Federal disciplinar sobre as alíquotas, as quais serão válidas em todo território nacional, nos termos da lei.

Hoje em dia, a cobrança do diferencial de alíquota da construção civil é ponto pacífico, tendo sido disciplinado a forma e o prazo de recolhê-lo através do Convênio 102/1998 firmado entre o Secretário da Fazenda do Estado do Ceará e o Sindicato da Indústria da Construção Civil do Ceará.

Sobre o argumento de que Ação Judicial interposta pela recorrente acompanhada do depósito integral do tributo exigido, suspenderia a exigibilidade do crédito tributário e "esvazia" o objeto do próprio julgamento administrativo, devendo este ser "obstado", observo que:

- a decisão judicial anexada pela empresa tem natureza provisória, não é definitiva de mérito, portanto, é ineficaz para impedir o andamento do processo na esfera administrativa;
- em matéria tributária, não pode o fisco deixar de efetuar o lançamento quando tomar conhecimento da ocorrência de fato gerador sob pena do agente do fisco sofrer conseqüências pela falta funcional:

"Em matéria tributária merece o mandado de segurança preventivo especial atenção, pois a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional [CTN, art. 142, parágrafo único]. Isto significa dizer que, tendo conhecimento da ocorrência de um fato tributável, a autoridade administrativa não pode deixar de fazer o lançamento correspondente. Assim, editada uma lei criando ou aumentando tributo, desde que ocorrida a situação de fato sobre a qual incide, gerando a possibilidade de sua cobrança, desde logo a autoridade está obrigada a exigir o tributo, e a impor penalidades aos inadimplentes" (MACHADO, Hugo de Brito apud BUENO, Cassio Scarpinella. Liminar em Mandado de Segurança. São Paulo: RT.1999. p. 365)

PROCESSO Nº: 1/003274/2004

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200406469

- Quanto ao "depósito judicial" este apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do CTN, não tem o poder de impedir a análise do mérito necessário para confirmar ou não o lançamento tributário;
- O CTN já prevê a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto, pendurar a análise dos recursos nos processos administrativos tributários (Art. 151, III do CTN)

Portanto, o processo administrativo deve ter continuidade para concretizar o lançamento feito através do Auto de Infração, posto que, a decisão final de mérito exarada pelo judiciário, se favorável ao fisco estadual, será meramente declaratória da obrigação da autuada e, não poderá suprir a competência de "lançar crédito tributário" que é exclusiva do fisco.

Por outro lado, dando cumprimento a decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, o resultado da decisão administrativa ora exarada deverá ser apenas notificada ao contribuinte ficando suspensa a cobrança do referido crédito até a análise definitiva de mérito transitada em julgado na esfera judiciária.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é **Recorrente** a Empresa Construtora Marte Ltda e **Recorrida** a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso de Voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, de acordo com o parecer da Consultoria Tributária, referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão **PROCEDENTE** por unanimidade de votos.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de dezembro de 2006.

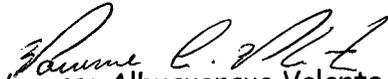

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

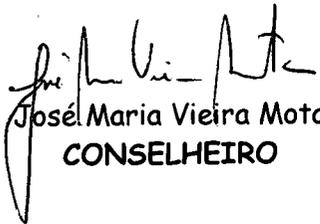

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

PROCESSO Nº: 1/003274/2004

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200406469


Dalcília Bruno Soares
CONSELHEIRA RELATORA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Regina Helena Tahim Souza de Holanda
CONSELHEIRA


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
.....CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares Meneses de Castro
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO