



**GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ**  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS  
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO

**RESOLUÇÃO Nº 052/2017**

**8ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 15.02.2017**

**PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2545/2013**

**AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2013.09061-8**

**CGF.: 06.863401-3**

**RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

**RECORRIDO: STRATURA ASFALTOS S/A**

**CONSELHEIRA RELATORA: TERESA HELENA CARVALHO REBOUÇAS PORTO**

**EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. O auto de infração acusa o contribuinte de ter praticado operações interestaduais com empresas da construção civil, não contribuintes do ICMS, com aplicação da alíquota interestadual, o que resulta em falta de recolhimento. Confirmada a decisão exarada em 1ª instância pela **IMPROCEDENCIA** do feito fiscal, em razão do Estado do Ceará não ser signatário do Convênio ICMS 137/2002 e ter ficado provado que todos os destinatários das mercadorias são inscritos no Cadastro Geral da Secretaria da Fazenda de seus respectivos Estados. Reexame conhecido e não provido. Decisão unânime e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavras-chave: ICMS, Falta de Recolhimento, Improcedente, Alíquota interestadual, Empresa Construção Civil

## RELATÓRIO

Trata a inicial do presente processo de A.I. nº 2013.09061-8, datada de 28/05/2013, lavrada contra STRATURA ASFALTOS S/A.

Consta no relato do Auto de Infração a seguinte acusação fiscal: *“Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O referido autuado emitiu 590 documentos fiscais para acobertar operações interestaduais destinando mercadorias a consumidores finais aplicando alíquota interestadual, o que contraria a legislação vigente. Vide informações complementares.”*

O autuante aponta os artigos infringidos e sugere como penalidade à imposta no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Nas informações complementares de fls.03 a 08 dos autos os agentes fiscais detalharam os procedimentos utilizados na presente ação fiscal.

A empresa autuada apresenta suas razões de defesa, alegando basicamente, que toda a suposta exigência e defesa baseiam-se praticamente no quesito do Convênio 137/2002, alterado pelo Convênio 36/2003, o qual o Estado do Ceará não é signatário, o que retira todo o lastro para a autuação.

Em primeira Instância, a Julgadora Singular manifestou-se pela Improcedência da Ação Fiscal em razão do Estado do Ceará não ser signatário do Convênio ICMS 137/2002 e ter ficado provado que todos os destinatários das mercadorias são inscritos no CGF de seus respectivos estados, ao fim do que ingressou com pedido de reexame necessário.

A Consultoria Tributária, por meio do Parecer nº 07/2017 (fls.347 a 350), recomendou a manutenção da decisão singular que declarou a Improcedência da autuação. A Procuradoria Geral do Estado referendou o parecer da Consultoria, conforme despacho de fls. 351 dos autos.

É o relatório.



## VOTO DO RELATOR

Trata-se de reexame necessário em face da **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** manifestar-se pela Improcedência da Ação Fiscal, por entender que o Estado do Ceará não é signatário do Convênio ICMS 137/2002 e por ter ficado provado que todos os destinatários das mercadorias são inscritos no Cadastro da Secretaria da Fazenda de seus respectivos estados.

O auto de infração em questão acusa a autuada de falta de recolhimento do ICMS em razão do contribuinte ter emitido 590 documentos fiscais em operações interestaduais para empresas não contribuintes sem a aplicação da alíquota interna, o que resultou numa falta de recolhimento do ICMS.

A empresa se manifestou nos autos alegando basicamente o seguinte:

- 1- Nulidade do auto de infração por falta de fundamento legal;
- 2- No mérito, alega que efetuou venda interestadual de cimento asfáltico e demais produtos da indústria do asfalto para clientes de empresa de construção civil, devidamente inscritos no Cadastro Estadual dos seus respectivos Estados;
- 3- Que o Convênio 71/89, do qual o Estado do Ceará é signatário, prevê em sua Cláusula primeira de que nas operações interestaduais de bens e mercadorias destinadas a empresa de construção civil, aplica-se a alíquota interestadual conforme art. 150, VII "a" da CF/88;
- 4- Que os Estados da Federação fizeram revigorar em 2003 o Convênio 71/89;
- 5- Que a Cláusula segunda do Convênio 137/2002 determina que "ficam excluídos do Convênio ICMS 71/89 as unidades Federadas discriminadas na Cláusula primeira" o que não é o caso do Estado do Ceará;
- 6- Alega a condição de contribuinte dos destinatários;
- 7- Afirma que não houve crime de sonegação fiscal;
- 8- Por fim, apresenta pedidos alternativos de nulidade e de improcedência da autuação.

Cabe de início analisar a preliminar de Nulidade arguida pelo contribuinte por cerceamento do direito de defesa tendo em vista que o autuante se limitou a indicar como infringidos os artigos 73 e 74 impossibilitando sua defesa. É pacífico neste Contencioso que o autuado deve se defender dos fatos imputados e não dos dispositivos tidos como infringidos, razão pela qual a nulidade suscitada pela parte não merece prosperar. Ademais, a infração narrada é bastante clara e precisa quanto à infração apontada.

Quanto ao mérito, vale ressaltar que o agente fiscal se baseou no Protocolo ICMS 137/2002 para lavrar o presente auto de infração, no entanto, como tão bem esclareceu o contribuinte em sua defesa, confirmada pela julgadora de 1ª Instância, a referida norma não incluiu o Estado do Ceará, mas tão somente os Estados da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe e o Distrito Federal.



Portanto, no que se refere ao mérito não vislumbramos a falta de recolhimento do diferencial de alíquota, conforme a seguir demonstraremos.

Ao caso em tela que é rico em debates doutrinários e jurisprudenciais, cabe trazer o texto da lei fundamental das leis que é a Constituição Federal, no seu art. 155, VIII, "a", "b" e VIII assim editado:

*"Art. 155 – omissis*

*(...)*

*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 à diferença entre a alíquota interna e a interestadual."*

Sendo assim, observando o artigo acima verificamos que as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, o que vai diferenciar é a aplicação da alíquota interna ou interestadual, e ser o destinatário contribuinte ou não do ICMS.

E que no caso de o destinatário ser contribuinte do ICMS caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Desta forma, fica claro que a questão fundamental é saber se as empresas de construção civil são ou não contribuintes do ICMS.

Deve ser dito que em cada Estado da Federação as empresas de construção civil buscam o poder judiciário no sentido de obter tutela jurisdicional com o fim de que não sejam consideradas não contribuintes do ICMS, não tendo uma decisão mansa e pacífica sobre a matéria.

Calha destacar que no Estado do Ceará, a legislação considera a empresa de construção civil como contribuinte do ICMS, constatação feita observando o art. 725 e 729 do RICMS.

*"Art. 725. O estabelecimento de construção civil e assemelhado será enquadrado no regime de recolhimento "outros".*

*§ 2º Considera-se estabelecimento de construção civil e assemelhado, para os efeitos desta Seção, aquele que desenvolva as seguintes atividades:*

*I - execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares e complementares;*

*II - demolição;*

*III - reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres.*

*“Art. 729. Na saída de mercadoria produzida pelo próprio remetente, fora do local da obra, tornar-se-á obrigatória a emissão de nota fiscal com destaque do ICMS calculado pela alíquota cabível, permitindo-se o aproveitamento do crédito relativo aos insumos empregados no processo produtivo. “*

Para elucidar o assunto, os Estados e o Distrito Federal, tendo o Ceará como signatário, firmaram o Convênio ICMS nº 71/89, publicado no DOU do dia 24.08.89 e revigorado em 2003, onde tem o seguinte conteúdo:

*“Cláusula primeira - Acordam os Estados signatários e o Distrito Federal em firmar entendimento de que nas operações interestaduais de bens e mercadorias destinadas a empresas de construção civil, para fornecimento em obras contratadas que executem sob sua responsabilidade, e em que ajam, ainda que excepcionalmente, como contribuintes do imposto, aplica-se o disposto na letra "a" do inciso VII e, se for o caso, no inciso VIII, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal.*

*Cláusula segunda - Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.*

*Signatários: AC, AL, AM, BA, CE, DF, ES, GO, MA, MT, MS, MG, PA, PB, PE, PI, RJ, RN, RO, SC, SP, SE e TO.”*

Conforme acima mencionado, o Estado do Ceará está como signatário no Convênio ICMS 71/89, e revigorado pelo Convênio 36/2003.

Só que em 2002 houve a celebração do Convênio 137/2002, que em sua Cláusula segunda determina o seguinte: “ficando excluídos do Convênio ICMS 71/89, de 22 de agosto de 1989, as unidades Federadas discriminadas na Cláusula primeira”. No entanto o Estado do **CEARÁ** não aderiu ao referido Convênio.

Conclui-se da análise da situação fática trazida aos autos, a impossibilidade de acatamento da acusação fiscal, em razão da não verificação da falta de recolhimento do imposto sobre a qual se esteia o auto de infração, uma vez que o motivo alegado pelo autuante na inicial não se revela suficiente para configuração do ilícito fiscal.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do reexame necessário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª instância, julgando IMPROCEDENTE a ação fiscal, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.



## DECISÃO

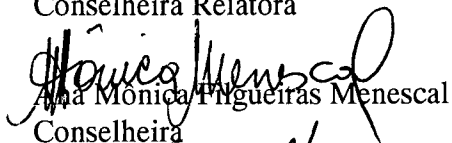
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **STRATURA ASFALTOS S/A**.


A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do Reexame necessário, negar-lhe provimento, para, confirmar a decisão absolutória de improcedente proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora, e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

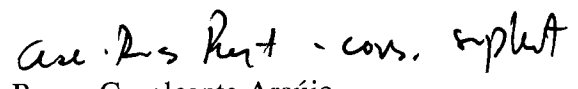
**SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 22 de março de 2017.


  
Lucia de Fatima Calou de Araujo  
**PRESIDENTE**


  
Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto  
Conselheira Relatora


  
Ana Mônica Figueiras Menescal  
Conselheira

  
Michel André Bezerra Lima Gradvohl  
Conselheiro

  
Renan Cavalcante Araujo  
Conselheiro

  
Ricardo Ferreira Valente Filho  
Conselheiro

  
Osvaldo Alves Dantas  
Conselheiro

  
André Gustavo Carreiro Pereira  
**PROCURADOR DO ESTADO**  
Ciente: 22/3/17