



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
3ª CÂMARA**

RESOLUÇÃO Nº: 57 / 2018
18ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 17.04.2018
PROCESSO DE RECURSO nº 1/3598/2016
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201618580
RECORRENTE: CEJUL e GRECA DISTRIBUIDORA DE ASFALTOS S/A
RECORRIDO: AMBOS
RELATOR: CONS. RICARDO VALENTE FILHO

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 não contribuintes do ICMS, com aplicação da alíquota interestadual, o que resulta em falta de recolhimento. A 3ª Câmara julga pela IMPROCEDENCIA do feito fiscal, em razão do Estado do Ceará não ser signatário do Convênio ICMS 137/2002 restando provado que os destinatários das mercadorias são inscritos no Cadastro Geral da Secretaria da Fazenda de seus respectivos Estados. Recurso Ordinário conhecido e provido. Reexame Necessário improvido. Decisão em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVES – ICMS, Falta de Recolhimento, Improcedente, Alíquota interestadual.

RELATÓRIO

A empresa contribuinte GRECA DISTRIBUIDORA DE ASFALTOS S/A, foi autuada por falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulares.

Versa a acusação, que a mesma deixou de recolher o ICMS, ao destinar mercadorias a não contribuintes do ICMS em outras unidades da federação utilizando alíquota indevida de 12% no exercício de 2011, no montante de R\$ 2.112,731,98. Conforme Informações complementares em anexo.

Em sua atuação, vislumbra o agente fiscal o cometimento da infringência aos artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e a penalidade aplicada foi prevista no art. 123, I, C, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Chegando no valor a recolher de R\$ 621.391,81 (seiscentos e vinte e um mil, trezentos e noventa e um reais e oitenta e um centavos), aplicando naquela oportunidade multa no valor de R\$ 621.391,81 (seiscentos e vinte e um mil, trezentos e noventa e um reais e oitenta e um centavos).

Nas informações complementares, o autuante informa que ao analisar as notas fiscais eletrônicas de saídas interestaduais emitidas pelo contribuinte no exercício 2011, constatou que o destino das mercadorias seria para outras Unidades da Federação signatária do Convênio ICMS nº 137/2002, entendendo que o contribuinte utilizou indevidamente a alíquota de 12%, uma vez que os destinatários descumpriram o dispositivo no §1º da cláusula primeira do já citado Convênio ICMS, ou seja, não forneceram ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada de documento emitido pelo Fisco de destino, atestando sua condição de contribuinte do imposto, conforme demonstrativo e planilha de fls. 21 a 46 dos autos.

A Empresa apresentou IMPUGNAÇÃO AO AUTO, alegando que o Art. 155 da CF prevê que a alíquota a ser aplicada nas operações de venda para empresas de construção civil contribuintes do ICMS, é a alíquota interestadual; que o próprio regulamento do ICMS do Estado do Ceará preconiza de forma expressa que a empresa de construção civil é contribuinte do imposto estadual (ICMS), conforme redação do art. 725 do RICMS; que diante do mandamento constitucional e do dispositivo no Art. 725 do RICMS/CE, a autuada adotou tal critério para a definição da alíquota nas operações interestaduais, ou seja, de que as empresas de construção civil são contribuintes do ICMS. Alega ainda que a multa possui caráter confiscatório.

No primeiro grau a decisão foi pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, intimando a Autuada a recolher ao Erário Estadual, no prazo de 30 (trinta) dias a importância de R\$ 1.242.729,32 (Um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, setecentos e vinte e nove reais e dois centavos).

Após, a Empresa interpôs Recurso Ordinário, ocasião em que reitera os argumentos utilizados na Impugnação do Auto de Infração e rebate também os argumentos contidos no julgamento de planície.

A Assessoria Processual Tributária emitiu parecer nº 46/2018 às fls. 199 à 203, sugerindo conhecer do RECURSO ORDINÁRIO, mas no mérito para negar-lhe provimento, mantendo integralmente a decisão singular de parcial procedência do 1º grau.



A Procuradoria do Estado adotou o entendimento sugerido pela APT, modificando-o oralmente em sessão optando pela IMPROCEDENCIA.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário em face da decisão proferida pela CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA a qual manifestou-se pela Parcial Procedência da Ação Fiscal, por entender que o contribuinte infrator realizou vendas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto, utilizando-se indevidamente da alíquota interestadual.

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

A empresa se manifestou nos autos alegando basicamente o seguinte:

1- No mérito, alega que efetuou venda interestadual para clientes de empresa de construção civil, devidamente inscritos no Cadastro Estadual dos seus respectivos Estados;

2- 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;

3- Que os Estados da Federação fizeram revigorar em 2003 o Convênio 71/89;

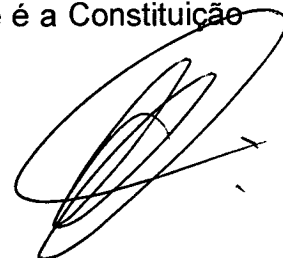
4- Que a Cláusula segunda do Convênio 137/2002 determina que "ficam excluídos do Convênio ICMS 71/89 as unidades Federadas discriminadas na Cláusula primeira" o que não é o caso do Estado do Ceará;

5- Por fim, apresenta pedidos alternativos de nulidade e de improcedência da autuação.

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, 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 vislumbro a falta de recolhimento do diferencial de alíquota, conforme a seguir demonstrarei.

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 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 ao 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 do 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.

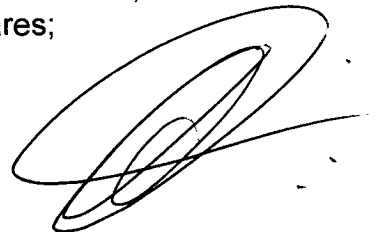
Deve ser dito que em cada Estado da Federação as empresas de construção civil buscam o poder judiciário no sentido de obter tutela jurisdicional com o fim de que não sejam consideradas não contribuintes do ICMS, não tendo uma decisão mansa e pacífica sobre a matéria.

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 possui 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.

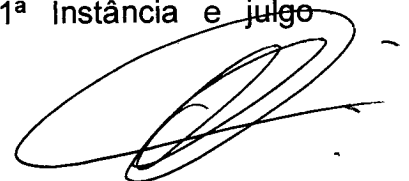
Signatários: AC, AL, AM, BA, CE, DF, ES, GO, MA, MT, MS, MG, PA, PB, PE, PI, RJ, RN, RO, SC, SP, SE e TO.”

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 e do Recurso Ordinário, ao passo que dou provimento ao Recurso Ordinário, para, reformar a decisão parcial condenatória proferida pela 1ª Instância e julgo



improcedente a acusação fiscal, conforme o que dispõe no art. 725, 729 do RICMS, em razão do Estado do Ceará não ser signatário do Convenio nº 137/2002, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e, em concordância com a manifestação oral em sessão pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/3598/2016 – Auto de Infração: 1/201618580. Recorrente: Célula de Julgamento de 1ª Instância e GRECA DISTRIBUIDORA DE ASFALTOS S/A. Recorrido: AMBOS. Relator Conselheiro RICARDO F. VALENTE FILHO. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do Reexame necessário e do Recurso Ordinário, dar provimento ao Recurso Ordinário, para, reformar a decisão parcial condenatória proferida pela 1ª Instância e julgar improcedente a acusação fiscal, conforme o que dispõe no art. 725, 729 do RICMS, em razão do Estado do Ceará não ser signatário do Convenio nº 137/2002; nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com manifestação oral em Sessão do Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, na data de 07 de MAIO de 2018.



Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente


Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA

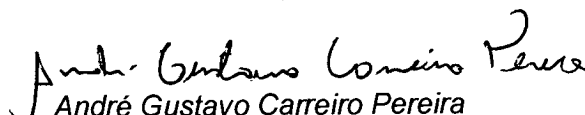

Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO RELATOR


Michel André Bezerra L. Gradvohl
CONSELHEIRO


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO


Teresa Helena Carvalho R. Porto
CONSELHEIRA


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO


André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado
Em: 7/5/18