



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

RESOLUÇÃO Nº 082/2017

18ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 29.03.2017

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1569/2015

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201506785

CGF.: 06.863401-3

RECORRENTE: STRATURA ASFALTOS S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: 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 da construção civil, não contribuintes do ICMS, com aplicação da alíquota interestadual, o que resulta em falta de recolhimento. A 3ª Câmara julga, por maioria de votos, 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. Recurso Ordinário conhecido e provido. Decisão em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com manifestação oral do 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 do A.I. nº 201506785-9, lavrado contra a empresa contribuinte 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. Contribuinte realizou diversas operações interestaduais de venda de mercadorias destinando-as a não contribuintes do imposto localizados em outras UF’s utilizando erroneamente a alíquota interestadual, conforme detalhamento contido nas informações complementares ao presente.”*

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, contidas às fls.03 a 06 dos autos, os agentes fiscais detalharam os procedimentos utilizados na presente ação.

A empresa autuada apresentou impugnação 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 toda a motivação para manter a autuação.

Em primeira Instância, a Julgadora Singular manifestou-se pela procedência da Ação Fiscal em razão do contribuinte infrator realizar vendas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto, utilizando-se indevidamente da alíquota interestadual.

Por sua vez, o Contribuinte ingressou com o devido Recurso Ordinário, tendo como argumento principal os mesmos existentes na peça impugnatória de início, acrescentando as questões preliminares de nulidade.

A Consultoria Tributária, por meio do Parecer nº 30/2017 (fls.319 a 323), recomendou a manutenção da decisão singular que declarou a procedência da autuação. A Procuradoria Geral do Estado referendou o parecer da Consultoria, conforme despacho de fls. 324 dos autos. no entanto, em sessão se manifestou oralmente no sentido de entender pela improcedência da autuação.

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 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 atuada 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.

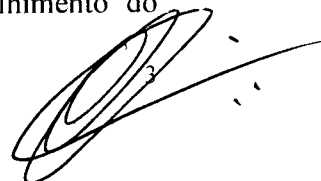
A empresa se manifestou nos autos alegando basicamente o seguinte:

- 1- 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 atuante se limitou a indicar como infringidos os artigos 73 e 74 impossibilitando sua defesa. É pacífico neste Contencioso que o atuado 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, 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 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.

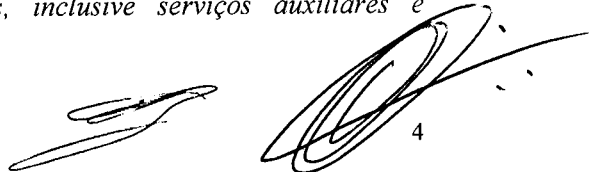
Deve ser dito que em cada Estado da Federação as empresas de construção civil buscam o poder judiciário no sentido de obter tutela jurisdicional com o fim de que não sejam consideradas não contribuintes do ICMS, não tendo uma decisão mansa e pacífica sobre a matéria.

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;



4

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.

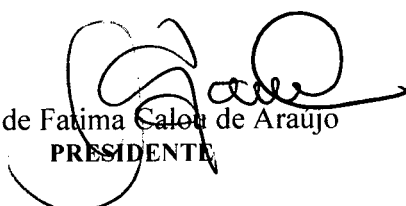
Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, dando-lhe provimento para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª instância, julgando IMPROCEDENTE a ação fiscal, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e, em concordância com a manifestação oral em sessão pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

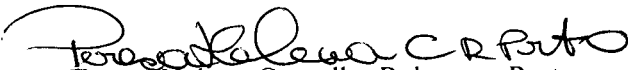
É o voto.

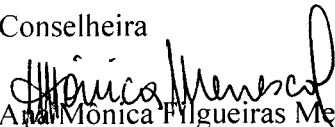
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente STRATURA ASFALTOS S/A e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.


Processo De Recurso Nº 1/1569/2015 – A.I.: 1/201506785. Recorrente: Stratura Asfalto S/A. Recorrido: Célula De Julgamento De 1ª Instância. Relator Conselheiro: Ricardo Ferreira Valente Filho. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, decidindo, em relação aos pedidos nele elencados, na forma exposta a seguir: 1. Quanto a suscitada decadência parcial do lançamento, com arrimo nas disposições do § 4º do artigo 150 do CTN, afasta-se por unanimidade de votos, haja vista, que no caso em análise é inquestionável que a regra de contagem do prazo decadencial aplicável é a contida no inciso I do artigo 173 do CTN. 2. Quanto com relação a preliminar de nulidade suscitada em grau de recurso, por Cerceamento do Direito de Defesa, por falta de clareza do Auto de Infração - Foi afastada, por unanimidade de votos, considerando que constam dos autos os documentos que serviram de base à autuação, possibilitando a ampla defesa. 3. Em relação ao argumento de que a multa aplicada tem efeito caráter confiscatório da multa) confiscatório - O pleito foi rejeitado por unanimidade de votos, considerando tratar-se de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente, para sua análise, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas. Ademais, a cobrança da multa está adequada à infração, nos termos da legislação estadual. **No mérito**, a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por maioria de votos, dar provimento ao Recurso ordinário interposto, para modificar a Decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e julgar **improcedente** o feito fiscal, de acordo com o voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com manifestação oral do Representante da Procuradoria Geral do Estado que opinou pela Improcedente o auto de Infração. Foi Voto Vencido O Conselheiro Michel André Bezerra Lima Gradvohl, , que votou pela Parcial Procedência, tendo em vista, que alguns atestados apresentados na Impugnação, não fazem referência ao período da Ação Fiscal.


SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 26 de 04 de 2017.



Lucia de Fatima Calou de Araujo
PRESIDENTE

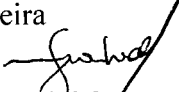

Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto
Conselheira



Ana Mônica Figueiras Menescal
Conselheira

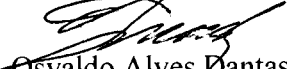

Renan Cavaleante Araujo
Conselheiro

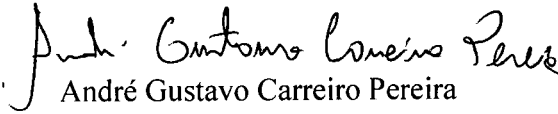

Ricardo Valente Filho
Conselheiro Relator


Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto
Conselheira


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro


Renan Cavalcante Araújo
Conselheiro


Osvaldo Alves Dantas
Conselheiro


André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO
Ciente: 26/4/17