



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 114 /2021

31ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL EM: 17.06.2021

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/124/2017 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2016.22479

RECORRENTE: ENGEPLAN ENGENHARIA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.

Contribuinte deixou de recolher o ICMS Diferencial de Alíquota relativo aos períodos de 02/2011 a 03/2011; 05/2011 a 07/2011; 09/2011 a 11/2011; 01/2012 a 12/2012; 11/2014 a 12/2014; 01/2015 a 02/2015; 06/2015; 11/2015 e 05/201. **1. Preliminar de Nulidade por falta de clareza e precisão na descrição do fato que originou a infração**– Afastada por unanimidade de votos, **2. Preliminar de nulidade do Julgamento Singular por ausência de manifestação acerca da alegação de que as construtoras não são contribuintes do ICMS**– Afastada, por unanimidade de votos. **3. Preliminar de Nulidade sob argumento de cerceamento do direito de defesa por falta de provas no levantamento** - afastada por unanimidade de votos, uma vez que foram disponibilizados, ao contribuinte, relatórios discriminando todas as Notas Fiscais e os elementos necessários à sua defesa. **4. Quanto à alegação de decadência parcial do lançamento do crédito, de fevereiro a outubro de 2011, nos termos do art. 150, §4º do CTN** – Por maioria de votos foi acatado o pedido de decadência para o período em questão. **5- Auto de Infração julgado PARCIAL PROCEDENTE.** Infringência aos artigos 73 e 74, c/c 589 a 593 do Decreto nº 24.569/97 e penalidade prevista no artigo 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/03. **5- Decisão** por maioria de votos e em desacordo com a manifestação do representante da douta PGE em sessão.

PALAVRAS-CHAVE: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – EMPRESA NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – CONSTRUÇÃO CIVIL

01 – RELATÓRIO

Versam os autos de lançamento tributário confeccionado em face de o sujeito passivo ter cometido a infração, assim relatada:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO AO DIFERENCIAL DE ALIQUOTA ENTRE AS ALIQUOTAS INTERNA E INTERSTADUAL. A EMPRESA ACIMA IDENTIFICADA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTA DOS PERIODOS DE VALORES ORIGINAIS A SEGUIR: 02/2011a 03/2011; 05/2011 a 07/2011; 09/2011 a 11/2011; 01/2012 a 12/2012; 11/2014 a 12/2014; 01/2015 a 02/2015; 06/2015; 11/2015 e 05/2016."

Apontado como violado os artigos 73 e 74, c/c arts. 589 a 593 do Decreto nº 24.569/97, com a sanção prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/96, alterada pela Lei n. 13.418/03.

**Demonstrativo do Crédito
Tributário(R\$)**

Base de Cálculo	0,00
ICMS	10.352,58
Multa	5.176,18
TOTAL	15.528,76

Constam no caderno processual os seguintes documentos: "Mandado de Ação Fiscal nº 2016.15460, Termo de Intimação nº 2016.16661, Informação Complementar e Quadro Demonstrativo do ICMS DIFAL NÃO RECOLHIDO.

Nas Informações Complementares o fiscal acrescenta que efetuou consultas aos sistemas corporativos da SEFAZ/CE e constatou a falta de recolhimento do ICMS, conforme notas fiscais relacionadas, anexa as fls.15/41 dos autos.

A empresa inconformada com a lavratura do auto de infração apresenta impugnação argumentando o seguinte, em síntese:

- ✓ Preliminarmente pede a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, considerando que o fiscal descreve no relato do auto de infração FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTA e nas informações complementares menciona ICMS ANTECIPADO.
- ✓ Aduz que os fatos acusatórios precisam ser claros e precisos, não deixando margem a dúvidas para que o sujeito passivo possa exercer seu direito constitucional a ampla defesa.

Na Instância singular o Auto de Infração foi julgado procedente com a seguinte ementa:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

EMENTA: ICMS e MULTA – Auto de Infração. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS SOBRE PRODUTOS DESTINADOS AO CONSUMO, USO OU ATIVO IMOBILIZADO. NULIDADE POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA AFASTADA. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. CNAE 41.20-4/00 – Construção de Edifícios. Infração aos arts. 73, 74, 589 a 593 do Dec. nº 24.569/97; Inocorrência do instituto da decadência com base nos Arts. 150, § 4º e Art. 173, I da Lei nº 5.172/66 (CTN). Sanção prevista no artigo 123, I, “D” da Lei nº 12.670/96, com redação dada pela Lei nº 13.418/03. SÚMILA CRT nº 06 de 01.09.2014. DEFESA TEMPESTIVA. Auto de Infração PROCEDENTE.

Insatisfeita com a decisão singular que pugnou pela procedência da acusação fiscal a empresa interpõe recurso ordinário argumentando o seguinte:

1. Preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa – inexistência de descrição clara e precisa do fato que originou a autuação;
2. Impossibilidade de cobrança de ICMS DIFAL na aquisições interestaduais por construtoras;
3. Que as construtoras não são contribuintes do ICMS. Conforme jurisprudência do STJ, e mesmo com entrada em vigor da EC 87/15 a qual alterou a sistemática de incidência do ICMS DIFAL em operações interestaduais, não está obrigada a recolher o citado imposto;
4. Existência de decisão judicial transitada em julgado desde 1997 em ação judicial interposta pelo SINDUSCON, onde se determinou expressamente que as construtoras não são consumidoras finais de mercadorias adquiridas e tampouco contribuinte do ICMS;
5. Ao final pede a nulidade da decisão de primeira instância por ausência de manifestação acerca da preliminar suscitada, e ainda, pugna pela improcedência da autuação;

Assessoria emite o Parecer nº 67/2020, sugerindo o conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, no sentido de confirmar a PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, nos termos do julgamento singular.

É o breve relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se da análise do Recurso Ordinário interposto pela empresa ENGEPLAN ENGENHARIA LTDA em virtude da decisão de procedência da acusação fiscal em primeira instância.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

No presente caso a empresa foi acusada de falta de recolhimento do ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA em operações de entradas interestaduais de mercadorias, nos períodos de 02/2011 a 03/2011; 05/2011 a 07/2011; 09/2011 a 11/2011; 01/2012 a 12/2012; 11/2014 a 12/2014; 01/2015 a 02/2015; 06/2015; 11/2015 e 05/2016, no valor de R\$ 10.352,58.

Inicialmente a recorrente alega preliminar de nulidade do Auto de Infração sob argumento de que houve cerceamento ao seu direito de defesa, em decorrência da falta de clareza e precisão na descrição da acusação que deu origem ao lançamento. Afirma que foram indicadas duas infrações no auto de infração. No relato da infração o fiscal descreve a infração como sendo falta de recolhimento do Diferencial de Alíquota e nas Informações Complementares aponta outra infração, no caso, a falta de recolhimento do ICMS Antecipado.

De fato o fiscal descreveu duas condutas no corpo do auto de infração, que em tese poderia causar algum tipo de confusão a defesa do contribuinte, no entanto observo que tal equívoco não causou prejuízo algum a defesa do contribuinte. Primeiro, o contribuinte apresentou defesa defendendo-se da acusação de Falta de Recolhimento do Diferencial de Alíquota. Toda sua argumentação reporta-se a esse fato e não a ICMS Antecipado. Segundo, foram entregues ao contribuinte a relação das Notas Fiscais (fls.08/127) e os relatórios das consultas extraídos do Sistema SITRAM, referente as operações de entradas do Diferencial de Alíquota, descrevendo o tipo de receita, o período da passagem nos Postos Fiscais de Fronteira e valores de cada operação que deixaram de ser recolhidos pelo contribuinte.

Portanto, não assiste razão a recorrente o argumento de que houve prejuízo ao seu direito de defesa, visto que o mesmo teve acesso à toda documentação que serviu de base para autuação, inclusive apresentou defesa demonstrando total conhecimento da infração que lhe fora imputada.

Quanto a preliminar de nulidade do julgamento singular suscitado pela recorrente, por ausência de manifestação acerca da alegação de que as construtoras não são contribuintes do ICMS, o argumento não procede e deve ser rejeitado. O julgador manifestou-se sobre o tema esclarecendo o seguinte, fls.167 dos autos:

“ Ainda em sede de normatização estadual, a Secretária da Fazenda editou a Instrução Normativa nº 66/93 de 04.06.1993 que disciplina os procedimentos a serem adotados no ingresso de mercadoria destinada a não contribuintes do ICMS.”



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

“A Célula de Controle e Normas da Sefaz, exarou o Parecer nº 916/1999 de 13.12.1999, que explicita entendimentos acerca da cobrança do ICMS destinado a contribuintes enquadrados no “REGIME OUTROS”.

Por outro lado é bem verdade que a recorrente trouxe em seus argumentos recursais emendas de decisões judiciais, no âmbito do controle difuso, que dão guarida a sua pretensão de não incidência do ICMS DIFAL nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso, consumo e bens do ativo adquiridas por empresas de construção civil, porquanto estas não seriam tidas como contribuintes do ICMS. Ocorre que tais processos, onde ocorreram decisões favoráveis, a autuada não se encontra no polo ativo da demanda judicial, os efeitos destas decisões só alcançam as partes envolvidas, não podendo estender os benefícios a recorrente, visto que o vínculo decisório se opera tão somente entre as partes litigantes.

Dessa forma, como a recorrente não comprovou ser beneficiária de qualquer decisão judicial definitiva, ou seja, determinando a não cobrança do ICMS DIFAL nas operações de aquisições de mercadorias de uso e consumo, e bens para ativo imobilizado da empresa, fica a mesma obrigada ao recolhimento do referido imposto.

No tocante a preliminar de nulidade suscitada, em sessão, pelo representante da autuada, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa por falta de provas no levantamento fiscal. Que o agente fiscal não acostou aos autos todas as Notas Fiscais objeto desta autuação.

Tal argumento não tem razão de ser, visto que constam anexas aos autos toda documentação fiscal que serviu de base para a lavratura do presente auto de infração, dentre os documentos encontram-se as consultas realizadas no Sistema SITRAM, com a descrição da Receita, Valor da Operação, data de entrada no Estado e a relação de todas as Notas Fiscais de entradas recebidas pelo contribuinte, conforme faz prova a favor do Fisco as fls.43/115.

Quanto ao pedido da parte para exclusão das notas fiscais, que motivou a autuação, por se tratarem de operações de remessa a canteiro de obras em outras Unidades da Federação. Esse argumento também não pode ser considerado como válido, posto que todas as operações de entradas com Diferencial de Alíquotas destinadas ao contribuinte referentes a bens de uso e consumo, bem como para ativo imobilizado da empresa, receberam selo fiscal de trânsito ao entrarem no Estado, conforme constam registradas no Sistema SITRAM da SEFAZ/CE.

Por último o representante da recorrente em sessão arguiu preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a novembro de 2011.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Em relação ao pedido de decadência entendemos como cabível, aplicando-se ao caso a regra de contagem do prazo decadencial estabelecida no art.150, § 4º do CTN. Dessa forma e levando-se em consideração que o auto de infração foi lavrado em 20/10/2016 e a postagem/ciência do contribuinte correu em 31/10/2016, devem ser excluídos do levantamento somente os meses de fevereiro a outubro de 2011, por terem sido alcançados pela decadência.

No mérito dúvidas não existem quanto ao cometimento da infração por parte da recorrente, vistos que as provas carreada aos autos, no caso, os relatórios colhidos do Sistema SITRAM, bem como as Notas Fiscais (fls.43/115), demonstram de modo insofismável que o contribuinte não recolheu o ICMS DIFAL nos meses de 02/2011 a 03/2011; 05/2011 a 07/2011; 09/2011 a 11/2011; 01/2012 a 12/2012; 11/2014 a 12/2014; 01/2015 a 02/2015; 06/2015; 11/2015 e 05/2016, descumprindo dessa forma o disposto nos artigos 589 a 593 do Decreto nº 24.569/97.

Já em relação aos estabelecimentos do ramo da construção civil e assemelhados, os legislador tributário estadual destinou no regulamento a Sessão XXXI que dispõe acerca da exigência do diferencial de alíquota nas operações de bens de mercadorias destinadas as empresas do setor da Construção Civil, dando nova redação aos artigos 725 a 721 do Decreto nº 24.569/97, o qual transcrevo o artigo 725 desta sessão que diz:

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

§ 1º O estabelecimento de que trata o caput deverá recolher o ICMS, observando o disposto no inciso XI do artigo 25, no momento da passagem no primeiro posto fiscal de entrada neste Estado, exceto se credenciado pelo Fisco para efeito de recolhimento até o 10º (décimo) dia do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos termos da legislação pertinente.

§ 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.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

§ 3º Em substituição à sistemática de tributação estabelecida no § 1º do caput deste artigo, ficam as empresas filiadas ao Sindicato da Indústria da Construção Civil do Ceará - SINDUSCON/CE - autorizadas a praticarem uma carga tributária líquida de 3% (três por cento) nas entradas de mercadorias e bens procedentes de outras unidades da Federação, desde que não usufrua da decisão judicial que lhe exclui da condição de contribuinte do ICMS deste Estado.

§ 4º Para efeito do disposto no § 3º o SINDUSCOM/CE manterá, junto à Sefaz/CE, lista atualizada das suas filiadas, para efeito do credenciamento de que trata os §§ 1º, 3º e 5º.

§ 5º Nos termos deste artigo, se a nota fiscal tiver sido emitida com o imposto destacado com base na alíquota interna da unidade federada do estabelecimento remetente, não haverá cobrança do diferencial de alíquotas.”

Dessa forma e considerando que a recorrente deixou de recolher o ICMS Diferencial de Alíquota nas operações de aquisições de mercadorias de bens de uso e consumo e ativo imobilizado, fica a recorrente sujeita a sanção prevista no art. 123, inciso I, alínea “D” da Lei nº 12.670/97, alterada pela Lei nº 13.418/03, excluindo do cálculo os meses de fevereiro a outubro de 2011, atingidos pela decadência.

**Demonstrativo do Crédito
Tributário(R\$)**

Base de Cálculo	0,00
ICMS	6.123,29
Multa	3.061,65
TOTAL	9.184,94

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, julgando Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração, nos termos da presente resolução e em desacordo com a manifestação em sessão do representante da douta PGE.

É como Voto.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

03 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/124/2017 – Auto de Infração: 1/201622479. Recorrente: ENGEPLAN ENGENHARIA LTDA. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Relator: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA. Decisão: **Deliberações ocorridas na 35ª Sessão Ordinária, de 11 de dezembro de 2020**: “1- **Com relação a preliminar de nulidade do auto de infração, suscitada sob a alegação de cerceamento do direito de defesa por falta de clareza e precisão na descrição do fato que originou a autuação – na descrição da autuação o autuante relata falta de recolhimento do Diferencial de Alíquota (DIFAL) e, nas Informações Complementares alega não recolhimento do ICMS Antecipado – a preliminar suscitada pela recorrente foi afastada por unanimidade de votos, em razão de não ter havido prejuízo para o contribuinte, pois o mesmo apresentou defesa, ensejando terem sido conhecidos os elementos que constituíram e embasaram a acusação fiscal; 2- No tocante a preliminar de nulidade do julgamento singular por ausência de manifestação acerca da alegação de que as construtoras não são contribuintes do ICMS – afastada por unanimidade de votos, visto que a autoridade julgadora enfrentou esse argumento, consoante fundamentos expostos às fls. 161 dos autos; 3- Quanto a preliminar de nulidade suscitada, em sessão, pelo representante da autuada, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa por falta de provas no levantamento fiscal – o agente fiscal não acostou aos autos todas as Notas Fiscais objeto desta autuação – afastada por unanimidade de votos, uma vez que foram disponibilizados, ao contribuinte, relatórios discriminando todas as Notas Fiscais e os elementos necessários à sua defesa. Na sequência, por ocasião da apreciação de mérito, o Sr. Presidente, na forma regimental, concedeu VISTA DOS AUTOS ao Conselheiro José Diego Martins de Oliveira e Silva, para melhor analisar a matéria acerca do imposto Diferencial de Alíquota (DIFAL) e os contribuintes optantes do Simples Nacional, abordada na defesa do contribuinte”. **Retornando à pauta nesta data (17/06/2021)**. **Considerações do pedido de vista do Conselheiro José Diego Martins de Oliveira e Silva**: “O pedido de vistas com efeito para estudo do tema do auto de infração em tela, entretanto, o STF, julgou a matéria relativa à cobrança do ICMS DIFAL acerca das empresas do SIMPLES NACIONAL, no recurso extraordinário 970.821, tema 517, daquele tribunal”. **Decisão**: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário, e decidir nos seguintes termos: **I- Em relação ao pedido de decadência, arguido em sessão, pela representante da recorrente do direito do Fisco de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de fevereiro a novembro de 2011 – Resolvem, por maioria de votos, reconhecer a decadência do período de fevereiro a outubro de 2011, devendo ser excluídos da autuação, aplicando-se ao caso a regra de contagem do prazo decadencial estabelecida no art. 150, § 4º do CTN. Os Conselheiros Mikael Pinheiro de Oliveira e Ricardo Ferreira Valente Filho acataram a decadência do período de fevereiro a novembro de 2011; II- Quanto ao pedido da parte para exclusão das notas fiscais, que motivou a autuação, por se tratarem de operações de remessa e destino aos canteiros de obras em outras Unidades da Federação – afastada, por unanimidade de votos, uma vez que as Notas Fiscais referentes às operações com o DIFAL****



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

foram seladas, conforme consta dos sistemas corporativos da SEFAZ-CE (SITRAM). E, ainda considerando que a autuada não observou o que dispõe o art. 731, II do RICMS; **III- No mérito**, por maioria de votos, resolvem modificar a decisão condenatória de 1ª instância, e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o feito fiscal, em face da decadência do lançamento do crédito tributário referente ao período de fevereiro a outubro de 2011, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e contrária a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos divergentes os Conselheiros Mikael Pinheiro de Oliveira e Ricardo Ferreira Valente Filho que entendem a decadência do período de fevereiro a novembro de 2011. Estiveram presentes para proceder sustentação oral das razões do recurso os representantes legais da recorrente, Dra. Leticia Paraíso e Dr. Joaquim Victor.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, *23* de *Agosto* de 2021.

ALEXANDRE MENDES DE
SOUSA:21177066300

Assinado de forma digital por ALEXANDRE MENDES DE
SOUSA:21177066300
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Presencial, ou=00250354000194,
ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RF8 e-CPF A3,
ou=Item Brancos, cn=ALEXANDRE MENDES DE SOUSA:21177066300
Dados: 2021.07.29 13:07:03 -03'00'

ALEXANDRE MENDES DE SOUSA
RELATOR

FRANCISCO WELLINGTON
AVILA PEREIRA

Assinado de forma digital por
FRANCISCO WELLINGTON AVILA
PEREIRA
Dados: 2021.08.11 10:14:18 -03'00'

FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA
PRESIDENTE

ANDRÉ GUSTAVO CARREIRO PEREIRA
PROCURADOR DO ESTADO