



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 024 /2014
12ª SESSÃO PLENÁRIA DE 29.10.2014
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3404/2010
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2010.10517-5
AUTUANTE: CELÍNIO NOGUEIRA BARROS
RECORRENTE: ENESA ENGENHARIA S/A
RECORRIDO: 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
RELATOR: CONSELHEIRO FCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. A empresa autuada não recolheu o diferencial de alíquotas referente a operações interestaduais realizadas no período de março/2010. Infringência aos artigos 725 a 731 do Decreto nº 24.569/97. Confirmada, por maioria de votos, a decisão parcial condenatória prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento com aplicação da penalidade prevista no Art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96 c/c o Art. 42, §1º, III do Decreto nº 25.468/99. Recurso Especial conhecido mas não provido.

RELATÓRIO

A peça inicial acusa o contribuinte de falta de recolhimento do ICMS relativo ao diferencial entre as alíquotas, relativo ao período 03/2010, no montante de R\$ 3.995,58 (três mil, novecentos e noventa e cinco reais e cinquenta e oito centavos), conforme consta no sistema COPAF e COMETA.

Dispositivos infringidos: Art. 725, §1º combinados com os artigos 73, 731, incisos I e II e seus parágrafos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade: Art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Crédito Tributário: ICMS R\$ 3.995,58 MULTA R\$ 3.995,58

Nas informações complementares de fls. 03 e 04, o agente fiscal detalhou os procedimentos utilizados na presente ação fiscal.

Instruem os autos: Ordem de Serviço nº 2010.22129 (fl. 05); Termo de Intimação nº 2010.16935 (fl. 06).

A acusação está embasada na documentação acostada nos autos, conforme fls. 07 a 20.

O contribuinte impugnou o lançamento, conforme fls. 25 a 39. Alega que as operações objetos das notas fiscais nºs 30118, 30119, 30157 e 30229 não há incidência do imposto, por se tratar de transferência de material de uso e consumo e remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, entre suas filiais e que se deu apenas em razão da prestação de serviços no Estado do Ceará, de forma temporária. Argui, ainda, que a multa aplicada tem caráter confiscatório e fere os princípios constitucionais de vedação confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

A defesa está embasada na documentação acostada nos autos, conforme fls. 40 a 126.

Em primeira Instância, a Julgadora Singular declarou a **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração sujeitando o contribuinte à penalidade antes declarada, haja vista restar caracterizada a infração relatada nos autos, conforme fls. 127 a 131 dos autos.

O contribuinte inconformado com a decisão singular interpôs Recurso Voluntário, conforme fls. 135 a 150, reiterando o pedido anterior e inovando requerendo ainda a redução do valor da multa aplicada.

A Consultoria Tributária por meio do Parecer nº 406/2013 (fls. 155 a 158) recomendou a manutenção da procedência da autuação. A douta Procuradoria Geral do Estado adotou referido parecer, conforme despacho de fls. 159.

A decisão que consta na Ata da 3ª Sessão Extraordinária foi unânime em conhecer o Recurso Voluntário e afastar o exame de inconstitucionalidade nele suscitado, por ser impróprio no âmbito administrativo. No mérito, também por unanimidade de votos, resolve dar parcial provimento ao recurso interposto, para modificar, em parte, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, reenquadrando a penalidade aplicada para a prevista no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo como o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, conforme fls. 160 e 161.

A Resolução de nº 359/2014 teve como desfecho o voto do Relator no sentido de conhecer o Recurso Voluntário interposto, dar-lhe parcial provimento, para modificar, em parte, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, conforme fls. 162 a 166.

O contribuinte interpôs Recurso Especial pugnando que o Conselho Pleno aprecie a matéria fática e de direito, conforme fls. 170 e 195. A fundamentação do Recurso está embasada na Resolução acostada nos autos, conforme fls. 199 e 211.

A Consultoria Tributária por meio do Despacho nº 108/2014 (fls. 213 a 216) recomendou o deferimento do Recurso Especial por atender os pressupostos de admissibilidade exigidos no art. 106 da Lei nº 15.614/14.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Especial em face da Resolução nº 359/2014, de lavra do Conselheiro Abílio Francisco de Lima, prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração lavrado sob o fundamento de o contribuinte, deixou de recolher o ICMS relativo ao diferencial entre as alíquotas, relativo ao período 03/2010, no montante de R\$ 3.995,58 (três mil, novecentos e noventa e cinco reais e cinquenta e oito centavos), conforme consta no sistema COPAF e COMETA.

Preliminarmente, esclarece-se que o Recurso Especial para ser analisado pelo Conselho Pleno depende de prévio exame de admissibilidade a ser realizado pela Presidência do Conselho de Recursos Tributários, consoante a dicção do Art. 47 da Lei nº 12.732/97, *in verbis*:

Art. 47 - Os recursos Especial e Extraordinário deverão ser dirigidos ao Presidente do Conselho de Recursos Tributários, que decidirá, mediante despacho fundamentado, quanto às suas admissibilidades. (original sem destaque).

No caso que se cuida, o Recurso Especial interposto pelo contribuinte está devidamente instruído com a Resolução nº 681/2013, da 2ª Câmara, segundo a qual declarou-se a NULIDADE da autuação em face das empresas de construção civil (em regra são contribuintes de ISS), ao adquirirem em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento do diferencial de alíquotas de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Resp. 1.135.489-TJ), conforme fls. 207 a 211 dos autos, que, por seus fundamentos, contém tratamento diverso ao contido na Resolução nº 359/2014 (1ª Câmara), móvel do presente recurso.

Na verdade, o Recurso Especial para ser admitido pela Presidência do CRT deve preencher os requisitos especificados no Art. 45 da Lei nº 12.732/97, *in verbis*:

Art. 45 - Caberá Recurso Especial das decisões das Câmaras de Julgamento para o Conselho Pleno, em caso de divergência entre a resolução recorrida e outra da mesma Câmara, de Câmara diversa ou do próprio Conselho Pleno, quando tiverem apreciado matéria semelhante.

§ 1º - O recurso deverá ser instruído com cópia de decisão tida como divergente ou indicação de publicação idônea, definida como tal no Regimento.

§ 2º - Deve o recorrente fundamentar seu recurso explicitando o nexo de identidade entre as decisões tidas como divergentes.

Assim, a Presidência no uso de suas atribuições legais admitiu o Recurso Especial, posto que verificou-se que estão presentes os pressupostos exigidos em lei, conforme trecho do despacho, que repousa às fls. 216, abaixo reproduzido:

Desta forma, fazendo um cotejo entre as resoluções observamos que existe divergência entre as decisões, pois tratam de processos com matéria de falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquota, uma vez que na resolução recorrida foi decidido pela **parcial procedência** da autuação com aplicação da penalidade inserta no art. 123, I, "d", da Lei n. 12.670/96 e no processo da resolução paradigma foi julgado **nulo**, com esteio na fundamentação de que as empresas de construção civil ao adquirirem em outros estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam não podem ser compelidas ao recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS e ainda, o disposto no art. 13-B do RICMS.

Diante do exposto, **DEFIRO** o presente recurso extraordinário já que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade exigidos no art. 106 da Lei n. 15.614/14.

Presidência do Conselho de Recursos Tributários-CRT, em Fortaleza, aos 22 de setembro de 2014.


Antônia Torquato de Oliveira Mourão
PRESIDENTE DO CRT

Considerando que a decisão prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários e que se encontra corporificada na Resolução nº 359/2014, de lavra do Conselheiro Abílio Francisco de Lima, traz em seu bojo os fundamentos por mim adotados por ocasião da relatoria, *peço venia* para transcrever parte da fundamentação, a saber:

No Estado do Ceará os procedimentos relativos às operações interestaduais que destinem mercadoria ou bens de ativo a empresas de construção civil estão disciplinados nos artigos 725 a 731 do Decreto nº 24.569/97 – RICMS/CE parcialmente transcritos a seguir.

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.

...

§ 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.

Diante do exposto, e considerando que a atuada é empresa do ramo da construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado do Ceará, com regime de recolhimento "Outros" (print do Cadastro à fl. 07), conclui-se que é devido o pagamento do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual do ICMS quando da entrada em território cearense de mercadorias adquiridas pela empresa em outros Estados.

Ressalte-se que em referência às remessas de bens do ativo imobilizado a autuada deveria ter procedido conforme o estabelecido no art. 731, II, ou seja, ter enviado juntamente com as notas fiscais os respectivos Termos de Compromisso com definição da data de retomo dos bens, de acordo com o prazo de conclusão da obra, fato que não se verificou no presente caso.

Deixo de apreciar o argumento recursal acerca da natureza alegadamente confiscatória da penalidade aplicada, visto que, por envolver exame de inconstitucionalidade de norma, é discussão pertinente ao âmbito judicial e não administrativo, como tem assentado este órgão de julgamento em reiteradas decisões.

Cabível, portanto, a lavratura do Auto de Infração de que se cuida. Todavia, entendo que deva ser reduzido o *quantum* exigido a título de multa, em face das seguintes razões: As operações em questão já eram de prévio conhecimento do Fisco, que as havia registrado em seus sistemas de controle quando da passagem das mesmas pelos postos fiscais; os valores a recolher haviam sido definidos pela própria SEFAZ; e, o prazo para recolhimento era previamente conhecido.

Destarte, considerando que tais circunstâncias equivalem em essência, ao disposto no Art. 42, §1º, III, do Decreto nº 25.468/99, conforme entendimento adotado neste CONAT, inclusive com anuência do representante da PGE, entendo que a penalidade proposta na inicial deve ser modificada para a prevista no Art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96:

"d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;"

Ex positis, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário interposto, dar-lhe parcial provimento, para modificar em parte a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração, nos termos acima expostos.

É como voto.

Dessa forma, por entender que não se deva ser dado, ao presente caso, o tratamento contido na resolução apresentada como paradigma rejeito a nulidade suscitada pelo recorrente e voto no sentido de manter a decisão recorrida.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso especial, negar-lhe provimento para confirmar a decisão de parcial procedência exarada pela Câmara recorrida, mantendo a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da presente ação fiscal, aplicando a penalidade contida no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator e contrariamente à manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO..... R\$	39.995,80
ICMS..... R\$	3.995,58
MULTA.....R\$	1.997,79
TOTAL:..... R\$	<u>5.993,37</u>

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **ENESA ENGENHARIA S/A** e recorrido **Estado do Ceará** (2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários).

O Conselho de Recursos Tributários, em sua composição plena, deliberando sobre o Recurso Especial, admitido pela Presidência com base na vigência no art. 7º, inciso XII e art. 47 da Lei nº 12.732/97, observado o que dispõe o art. 127, parágrafo 2º da Lei nº 15.614/14, resolve, por maioria de votos, negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** exarada pela Câmara recorrida, nos termos do voto do Conselheiro Relator, contrariamente à manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado que, em Sessão, manifestou-se pela nulidade da ação fiscal, nos termos da decisão paradigma (art. 13, “b” do RICMS – Decreto nº 25.469/97). Vencidos os votos dos Conselheiros: Vanessa, Albuquerque Valente, Anneline Magalhães Torres, André Arraes de Aquino Martins, Filipe Pinho da Costa Leitão, Ágatha Louise Borges Macedo, Cícero Roger Macedo Gonçalves e Samuel Aragão Silva, que se manifestaram pela nulidade conforme decisão paradigma. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.

SALA DAS SESSÕES DO CONSELHO PLENO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 19 de 12 de 2014.



Antonia Torquato de Oliveira Mourão
Presidente do Conselho de Recursos Tributários

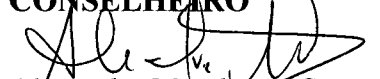

Francisca Marta de Sousa
1ª VICE-PRESIDENTE


Alfredo Rogério Gomes de Brito
2º VICE-PRESIDENTE


Mônica Figueirás Menezes
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO



Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Valter Carvalho Lima
CONSELHEIRO


Francisco Wellington Avila Pereira
CONSELHEIRO


Lúcia de Fátima Calou de Araujo
CONSELHEIRO


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO



Dr. Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Pedro Eleuterio de Albuquerque
CONSELHEIRO


Anneline Magalhães Torres
CONSELHEIRA


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


João Rafael de Farias Furtado Nóbrega
CONSELHEIRO


Ágatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO