

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Resolução	Câmara	Sessão de julgamento	Data
Nº 120/ 2024	4ª CÂMARA	22ª SESSÃO ORDINÁRIA	24/04/2024

Processo nº	Auto de Infração nº	CGF/CNPJ/CPF
1/3559/2019	1/201907089	06.639051-6

Tipo de Recurso	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente	BCP CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrido	CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
Conselheira Relatora	SABRINA ANDRADE GUILHON

EMENTA: ICMS. Falta de recolhimento do ICMS ST. **1.** Empresa de construção civil deixou de recolher o ICMS ST de operações de aquisições interestaduais realizadas no período 2017 e 2019. **2.** Das Preliminares: 2.1. Quanto à nulidade suscitada pelo contribuinte em razão de o período da ação fiscal do presente auto de infração já ter sido fiscalizado em ação fiscal plena anterior: afastada tendo em vista ter sido constatado que a ação fiscal citada pelo contribuinte tinha natureza restrita e se referia apenas até o mês de abril de 2017, não havendo coincidências de períodos fiscalizados; 2.2. Quanto à nulidade por falta de emissão de Termo de Início: afastada tendo em vista o disposto no art. 825 do Dec. nº 24.569/97 que informa ser dispensada a emissão do Termo de Início quando da realização de ação fiscal restrita para lançamento do crédito tributário por falta de recolhimento do ICMS; 2.3. Quanto à nulidade por falta de clareza e elementos essenciais ao exercício do direito de defesa: afastada tendo em vista que no auto de infração, nas suas Informações Complementares e demais documentos acostados ao auto de infração, tem-se todos os elementos necessários à clara compreensão da conduta que é imputada ao contribuinte **3.** Do mérito: Quanto à improcedência da autuação fiscal por não ser possível cobrar a substituição tributária sobre os combustíveis do consumidor final ora autuado: a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, entende por deferir a improcedência tendo em vista a sua compreensão de que, de acordo com a legislação tributária vigente, não é cabível a cobrança da substituição tributária sobre combustíveis ao consumidor final quando este adquire o combustível diretamente de posto de gasolina, sendo o caso das aquisições referentes às duas notas fiscais que instruem o auto de infração. **4.** Decisão: Conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento e decidir pela

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

IMPROCEDÊNCIA do auto de infração. **5.** Resultado da votação: Por unanimidade. **6.** Alteração da decisão de primeira instância. **7.** Decisão em acordo com manifestação da Procuradoria Geral do Estado. **8.** Dispositivos legais e regulamentares infringidos: ART.74 593 DO DECRETO 24.569/97. **9.** Dispositivo legal sancionador: ART. 123, I, D, DA LEI 12.670/96, ALTERADO P/ LEI 13.418/03.

1. RELATÓRIO

1.1. Relato do auto de infração.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PROVENIENTE DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO ST. CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER O ICMS ST DOS PERIODOS DE JUNHO DE 2017 E MARÇO DE 2019.

PERIODO DA INFRAÇÃO: 06/2017, 03/2019

ICMS: R\$ 724,70

MULTA: R\$ 362,34

ARTIGO INFRINGIDO: ARTS. 74 DO DECRETO 24.569/97.

PENALIDADE: ART. 123, I, D, DA LEI 12.670/96, ALTERADO P/ LEI 13.418/03.

1.2 Informações Complementares: Aspectos importantes e identificação das provas da autuação.

A autuante informa que:

Emitiu o Termo de Intimação nº 2019.04184, intimando o contribuinte a apresentar os documentos fiscais relativos às operações Interestaduais de compras de mercadorias realizadas no período de maio a setembro de 2017, sujeitas ao ICMS ST, no montante (valor líquido) de R\$ 724,70, não recolhido ao erário estadual.

Desta forma, mediante a não comprovação do recolhimento do ICMS 1031, devido, foi lavrado o Auto de Infração.

Todas as operações encontram-se devidamente registradas no SITRAM, conforme relatório de consulta do Sistema de trânsito anexado, bem como as cópias dos DANFES das notas fiscais relativos a essas operações.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Provas da autuação:

TERMO DE INTIMACAO Nº 2019 04184
DANFEs DAS NOTAS FISCAIS ELETRONICAS

1.3. Impugnação e Julgamento de 1ª Instância: Aspectos importantes e decisão.

A autuada apresenta defesa tempestiva, alegando:

- PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA RESPONDER AO AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. SÚMULA 432 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
- PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO EXPEDIÇÃO DE TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO. ERRO MATERIAL.
- PRELIMINAR. NULIDADE DA AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPONTANEIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO FÁTICO – PROBATÓRIO CAPAZ DE EMBASAR A ACUSAÇÃO FISCAL IMPUTADA PELO FISCO • CARÊNCIA ABSOLUTA DE PROVAS - NULIDADE DA INTIMAÇÃO DE TERMO DE INTIMAÇÃO. INTIMAÇÃO INEXATA - PREJUÍZO AO DIREITO À AMPLA DEFESA.
- NULIDADE DO LANÇAMENTO. PERÍODO JÁ FISCALIZADO. EXERCÍCIOS OBJETO DE AUDITORIA FISCAL PLENA MAF N.º 2017.08312. AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS. COBRANÇA INDEVIDA. ICMS NA CONSTRUÇÃO CIVIL - CONVÊNIO 9312015 do CONFAZ
- REDUÇÃO DA MULTA DE 100% PARA MULTA COM EFEITO CONFISCATÓRIO. INADMISSIBILIDADE • PRECEDENTES DO STF.

O **jugador de primeira instância**, analisa e afasta todas as alegações do contribuinte fundamentando cada uma e decide pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

1.4 Das razões do Recurso Ordinário. As questões preliminares e de mérito suscitadas.

A empresa apresenta recurso ordinário com os mesmos argumentos apresentados em primeira instância pedindo a reforma da decisão singular:

- PRELIMINAR. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO EXPEDIÇÃO DE TERMO DE INICIO DE FISCALIZAÇÃO. ERRO MATERIAL.
- PRELIMINAR. DA NULIDADE DE AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPONTANEIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO FÁTICO PROBATÓRIO CAPAZ DE EMBASAR ACUSAÇÃO FISCAL IMPUTADA PELO FISCO CARÊNCIA ABSOLUTA DE PROVAS - NULIDADE DA INTIMAÇÃO DE TERMO DE INTIMAÇÃO. INTIMAÇÃO INEXATA - PREJUIZO AO DIREITO À AMPLA DEFESA;
- NULIDADE DO LANÇAMENTO. PERÍODO JÁ FISCALIZADO. EXERCÍCIOS OBJETO DE AUDITORIA FISCAL PLENA. AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS ST DA RECORRENTE. RESPONSABILIDADE DO REMETENTE DA MERCADORIA.
- DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO EFEITO NÃO-CONFISCO

DOS PEDIDOS:

Que o presente RECURSO ORDINÁRIO, seja CONHECIDO, pois presentes os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, ser TOTALMENTE PROVIDO, a fim de que:

- a) O AUTO DE INFRAÇÃO objeto de análise através do presente recurso ordinário seja julgado NULO, em função do acolhimento das preliminares de nulidade aventadas;
- b) No mérito, caso não acolhida as preliminares, que a AUTUAÇÃO seja julgada IMPROCEDENTE tendo em vista que a responsabilidade pelo recolhimento do DIFAL do ICMS é do remetente da mercadoria, tendo em vista que a recorrente atua no ramo da construção civil e as mercadorias adquiridas se enquadram como insumos, nos precisos termos da Súmula 432 do STJ e do artigo 155, inciso VIII, alínea "b" da Constituição Federal, não se enquadrando, portanto, na condição de contribuinte, ainda que possua inscrição estadual;
- c) Caso não acolhido o pedido anterior, REQUER-SE que o presente recurso seja provido para que a penalidade de multa seja reduzida para o percentual de 20%, sob pena de exigência nos moldes que se encontra ser considerada confisco, indo contra ao que estabelece o artigo 150, IV da Constituição Federal, reformando-se, assim, a decisão recorrida neste aspecto.

2. VOTO DO RELATOR OU DO CONSELHEIRO DESIGNADO

Este auto de infração foi lavrado para cobrança de ICMS ST de operações Interestaduais de compras de mercadorias realizadas no período de 2017 E 2019, sujeitas ao ST não recolhido ao erário estadual, mas registradas no SITRAM, conforme relatório de consulta do Sistema de trânsito e cópias dos DANFES das notas fiscais relativos a essas operações. Em ação fiscal restrita, após intimação, mediante a não comprovação do recolhimento do ICMS, cujo código da receita é 1030, devido, foi lavrado o Auto de Infração.

A recorrente argui a inaplicabilidade da cobrança do ST na construção civil em face da Súmula 432 do STJ e traz entendimentos jurisprudenciais. Porém a lavratura do auto de infração fora fundamentada em dispositivos legais vigentes. Nesse contexto, as súmulas orientam julgamentos judiciais, não sendo obrigatoriamente aplicadas no âmbito do julgamento administrativo.

2.1. Tempestividade do recurso e capacidade processual.

Recurso tempestivo, cumpre todos os requisitos formais de admissibilidade.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Sobre a PRELIMINAR. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO EXPEDIÇÃO DE TERMO DE INICIO DE FISCALIZAÇÃO. ERRO MATERIAL.

Voto pelo afastamento por Trata-se de Auditoria fiscal restrita, mediante Mandado de Ação Fiscal no 2019.03263, de 22/04/2019, o agente do Fisco efetuou o levantamento no SITRAM das notas fiscais oriundas de outras unidades da Federação para a empresa autuada, referentes ao período de maio a setembro de 2017. Neste tipo de ação fiscal para cobrança de crédito tributário específico, não há termo de início. A contagem dos prazos das ações fiscais e procedimentos administrativos inicia-se a partir da ciência do Temo de Intimação ao sujeito passivo, nas hipóteses de dispensa de Termo de Início de Fiscalização, previstas no art. 825 do Decreto no 24.569, de 1997. Ação regular de acordo com IN 49/2011.

Sobre a PRELIMINAR. DA NULIDADE DE AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPONTANEIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO FÁTICO PROBATÓRIO CAPAZ DE EMBASAR ACUSAÇÃO FISCAL IMPUTADA PELO FISCO CARÊNCIA ABSOLUTA DE PROVAS - NULIDADE DA INTIMAÇÃO DE TERMO DE INTIMAÇÃO. INTIMAÇÃO INEXATA - PREJUÍZO AO DIREITO À AMPLA DEFESA;

Afasto porque mediante a não comprovação do recolhimento do ICMS 1090, devido, o contribuinte foi intimado a comprovar caso tivesse feito, como não fez, ocorreu a lavratura do Auto de Infração. Todas as operações encontram-se devidamente registradas no SITRAM, conforme relatório de consulta do Sistema de trânsito anexado, bem como as cópias dos DANFES das notas fiscais relativos a essas operações. É demonstrado o valor do ICMS e multa aplicados ao presente auto de infração. A partir das informações prestadas pelo agente do Fisco e cotejando-as com as alegações interpostas pela impugnante, observa-se que a autuação foi feita utilizando-se como parâmetros os débitos fiscais em atraso e não recolhidos constantes no SITRAM, conforme as telas de Consulta de Lançamentos, referentes ao código de receita 1030 - ST.

Sobre a arguição de NULIDADE DO LANÇAMENTO. PERÍODO JÁ FISCALIZADO. EXERCÍCIOS OBJETO DE AUDITORIA FISCAL PLENA MAF Nº 2017.08312. AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS.

Afasto porque houve ação fiscal no período, mas não sobre este fato gerador. Esta é uma ação fiscal restrita para cobrança deste débito especificamente conforme pode ser visto nos termos formais (MAF). Também não se configura qualquer prejuízo ao contribuinte o fato de ter sido fiscalizado anteriormente em ação fiscal plena, porquanto, referido procedimento encontra-se plenamente amparado na legislação de regência, conforme previsto na Instrução Normativa nº 49/2011.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO EFEITO NÃO-CONFISCO

Afasto a alegação do caráter confiscatório da multa pois há que se observar que o agente fiscal está absolutamente vinculado à legislação tributária de regência, dela não podendo eximir-se do seu estrito cumprimento, sob pena de responsabilidade funcional, senão vejamos o que dispõe o parágrafo único do artigo 142 do CTN e sumula 11 do conat.

DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS ST DA RECORRENTE. RESPONSABILIDADE DO REMETENTE DA MERCADORIA.

Quanto ao pedido de afastamento da cobrança do ICMS nas operações praticadas por empresas da construção civil, no que se refere ao ST, VOTO para deferir o pedido porque de acordo com a legislação tributária vigente, não é cabível a cobrança da substituição tributária sobre combustíveis ao consumidor final quando este adquire o combustível diretamente de posto de gasolina, sendo o caso das aquisições referentes às duas notas fiscais que instruem o auto de infração.

2.4. Voto do Relator ou do Conselheiro designado.

Conhecer o recurso, dar-lhe provimento para manter a alterar a decisão de procedência exarada em 1ª Instância e julgar improcedente a acusação fiscal.

4. DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, do Processo de Recurso nº 1/3559/2019 e Auto de Infração nº 1/201907089, em que é Recorrente: **BCP CONSTRUÇÕES LTDA** e Recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

RESOLVEM os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer por unanimidade do Recurso Ordinário interposto **DECIDIR: 1. Quanto à nulidade suscitada pelo contribuinte em razão de o período da ação fiscal do presente auto de infração já ter sido fiscalizado em ação fiscal plena anterior:** a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, afasta tendo em vista ter sido constatado que a ação fiscal citada pelo contribuinte tinha natureza restrita e se referia apenas até o mês de abril de 2017, não havendo coincidências de períodos fiscalizados; **2. Quanto à nulidade por falta de emissão de Termo de Início:** a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, afasta tendo em vista o disposto no art. 825 do Dec. nº 24.569/97 que informa ser dispensada a emissão do Termo de Início quando da realização de ação fiscal restrita para lançamento do crédito tributário por falta de recolhimento do ICMS; **3. Quanto à nulidade por falta de clareza e elementos essenciais ao exercício do direito de defesa:** a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, afasta tendo em vista

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

que no auto de infração, nas suas Informações Complementares e demais documentos acostados ao auto de infração, tem-se todos os elementos necessários à clara compreensão da conduta que é imputada ao contribuinte; **4. Quanto à improcedência da autuação fiscal por não ser possível cobrar a substituição tributária sobre os combustíveis do consumidor final ora autuado:** a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, entende por deferir a improcedência tendo em vista a sua compreensão de que, de acordo com a legislação tributária vigente, não é cabível a cobrança da substituição tributária sobre combustíveis ao consumidor final quando este adquire o combustível diretamente de posto de gasolina, sendo o caso das aquisições referentes às duas notas fiscais que instruem o auto de infração. **Em conclusão:** a 4ª Câmara conhece do Recurso Ordinário, dá-lhe provimento e julga IMPROCEDENTE o auto de infração. Decisão em acordo com manifestação da Procuradoria Geral do Estado. Esse processo foi julgado em conjunto com os processos nº 1/3560/2019, Auto de Infração nº 201907086 e nº 1/3558/2019, Auto de Infração nº 201908629.

Presentes à Sessão o presidente da 4ª câmara Michel André Bezerra Lima Gradvohl, os Conselheiros Eridan Regis de Freitas, Marcus Vinícius de Vasconcelos Maia, Sabrina Andrade Guilhon, Maria Catarina Linhares F. Villa Real Araujo, Alex Konne de Nogueira e Souza, Hamilton Gonçalves Sobreira, a Procuradora do Estado, Dra. Ana Luísa Sampaio Siqueira e a Secretária da 4ª Câmara de Julgamento Edilene Vieira de Alexandria.

SALA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA 4ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIO, em Fortaleza/CE, aos 27 de maio de 2024.

Sabrina Andrade Guilhon
CONSELHEIRA RELATORA

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA