

PROCESSO - A.I. Nº 03025430/97
RECORRENTE - CONCRETO REDIMIX DO BRASIL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 2188-03/01
ORIGEM - INFAZ SÃO PEDRO (BONOCÔ)
INTERNET - 27.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0060-11/02

EMENTA: ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITEIRA. FORNECIMENTO DE MASSA DE CONCRETO PREPARADA FORA DO LOCAL DA OBRA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Discussão acerca da incidência ou não do ICMS sobre o fornecimento de massa de concreto nessas circunstâncias. Caracterizada a incidência do imposto estadual, por se tratar de fornecimento, por empresa de construção civil, de mercadoria por ela produzida fora do local da prestação. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário - previsto no art. 146, inciso I, “b”, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB - aprovado pela Lei nº 3.956/81, com alteração da Lei nº 7.438/99 - impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 2188-03/01, que julgou o Auto de Infração epigrafo PROCEDENTE.

O Auto de Infração foi lavrado imputando ao recorrente a falta de tributação pelo ICMS nas vendas de concreto para construção civil, produzido fora do local da obra, em virtude de ter faturado a venda dessas mercadorias como serviço, emitindo Nota Fiscal de Prestação de Serviços.

A Decisão Recorrida – fls. 32 a 340 – foi pela Procedência integral do Auto de Infração, com a seguinte fundamentação, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS nas operações de fornecimento de concreto, produzidos fora do local da obra, sendo que o imposto foi apurado com base no levantamento das saídas apuradas através do livro de Registro de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, no período de janeiro/97 a fevereiro/97.

O autuado, impugna o lançamento do crédito tributário trazendo jurisprudência no sentido de que a venda de concreto não é fato gerador do ICMS, do que reproduz diversas decisões judiciais.

O autuante, rechaça as alegações de defesa, citando a previsão deste fato gerador do ICMS na legislação estadual e a existência de uma série de outros lançamentos no mesmo teor que foram julgados procedentes.

Da análise das peças processuais, observa-se que as operações, objeto do Auto de Infração, situam-se no campo de incidência do ICMS, pois tratam-se de fornecimento, pelo prestador de serviço, de mercadoria produzida fora do local da obra, enquadrando-se na excepcionalidade

do item 32, da Lista de Serviços a que se refere o Anexo I do RICMS/97, oriunda dos Decretos Leis 406/68 e 834/69, com alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 56/87.

Neste sentido tem decidido o CONSEF, reiteradamente, julgando procedentes todos os Autos de Infração, lavrados nesta condição. Por sua vez, a PROFAZ, em diversos Pareceres, se pronunciou no sentido de que a operação está sujeita ao pagamento do ICMS.

É válido ressaltar que das decisões citadas pelo recorrente nos autos, nenhuma refere-se ao autuado.

Assim, é cabível a cobrança do ICMS de acordo com o disposto na alínea “a-1” do inc. IX do art. 2º do RICMS/97, além do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Dec. Lei nº 406/68, alterado pelo Decreto-Lei nº 834/69 e Lei Complementar nº 56/87.

Vale ressaltar que, atendendo ao princípio da não cumulatividade, o contribuinte tem direito, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição dos insumos referentes ao período questionado, entretanto como o mesmo não apresentou o livro Registro de Entradas nem os documentos de aquisição, tal direito não pôde ser exercido no presente PAF.

Diante do exposto, sigo o posicionamento adotado reiteradas vezes por este Colegiado e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado com o julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 46 a 53 –pedindo a reforma do Acórdão exarado pela Primeira Instância, trazendo as mesmas alegações trazidas na defesa, ou seja, que a atividade de fornecimento de concreto pré misturado para a construção civil é hipótese de incidência única do ISS; que a simples mistura física de alguns materiais não se constitui produto novo industrializado e que a doutrina e a jurisprudência são favoráveis à sua tese, transcrevendo trechos de livros e Pareceres, bem como decisões dos tribunais.

A PROFAZ, através de Parecer de nº37/02, fls. 59 e 60, manifesta-se pelo Provimento do Recurso Voluntário, por entender ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão da Decisão, ao tempo que assevera que as operações realizadas pelo recorrente situam-se no campo de incidência do ICMS, pois tratam-se de fornecimento, pelo prestador de serviço, de mercadoria produzida fora do local da obra, citando o art.2, inciso IX, alínea “a”, item 1 do RICMS/97, além do item 32 da lista de Serviço

VOTO

Da análise das razões recursais e da Decisão Recorrida, entendemos que a mesma não merece revisão, posto que, de forma lúcida e devidamente embasada na legislação pertinente, o Relator de Primeira Instância conseguiu demonstrar a distinção entre a atividade de prestação de serviço, também realizada pelas empresas concreteiras, e a atividade de transformação das matéria primas que constituem insumos da massa de concreto, resultando em mercadorias tributada pelo ICMS, produzidas que são fora do local da obra e por ele fornecida.

Muito embora queira o recorrente fazer crer que a preparação do concreto não seja industrializado, o produto resultante da mistura das matérias primas utilizadas – brita, areia, cimento, água e produtos químicos - é considerado um produto resultante de um processo de industrialização, devidamente classificado na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH), como bem ressaltou o Relator no seu voto.

Do exposto, em que pese decisões jurisprudenciais favoráveis à não tributação pelo ICMS e posições doutrinárias majoritárias neste sentido, também corroboramos com a tese de que o preparo do concreto feito fora do local da obra, com materiais fornecidos pelo prestador de serviço, constitui hipótese de incidência do ICMS, como prevê o art. 2º, inciso IX, alínea “a”, item 1 da Lei nº 7.014/96, que encontra fulcro na Lista de Serviço (Anexo 1 ao RICMS/97), no seu item 32.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão Recorrida pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **03025430/97**, lavrado contra **CONCRETO REDIMIX DO BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.627,95**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ