

PROCESSO - A.I. Nº 0302542-9/97
RECORRENTE - CONCRETO REDMIX DO BRASIL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF Nº 2175-01/01
ORIGEM - INFRAZ SÃO PEDRO (BONOCÔ)
INTERNET - 01/03/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-11/02

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

O Auto de Infração, lavrado em 17/02/97, cobra ICMS no valor de R\$87.162,09 acrescido da multa de 150%, pela constatação de que o sujeito passivo não ofereceu à tributação do ICMS suas operações de venda de concreto para a construção civil, produzida fora do local da obra, em virtude de ter faturado a venda desta mercadoria como serviço, emitindo, para tanto, Nota Fiscal de Prestação de Serviços, série - B. Nesta situação, foi calculado o débito, tomando por base o somatório mensal das saídas, apuradas através de levantamento realizado no livro Registro do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza e aplicada a alíquota de 17%.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 16 a 20), entendendo equivocado o posicionamento da fiscalização. Advogou, informando inclusive que é está a posição dos tribunais, administrativos e judiciais, juristas e do próprio fisco do Estado, estando a Bahia incluída, que a venda de concreto pré-misturado não era fato gerador do ICM, assim como não o é do ICMS.

Afirmou que o autuante, ao lavrar o presente Auto de Infração, levantou discussão já ultrapassada, com decisões pacíficas dos tribunais do país, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Transcrevendo o teor do item 31 Lista de Serviços, entendeu que o intérprete menos avisado poderia admitir que o fornecedor de concreto pré-misturado para a construção civil seria um contribuinte do imposto estadual de circulação de mercadoria - ICMS e não do municipal sobre serviço de qualquer natureza – ISS, sendo, até criada, inicialmente, polêmica a respeito da matéria. No entanto, os tribunais do país já pacificaram a matéria ora guerreada. Neste sentido citou diversas decisões, por aqueles proferidas, no sentido de que os serviços de concreto pré-misturado, levados a efeito nas usinas dos fornecedores ou nos canteiros de obras, sendo fornecidos por encomendas, inclusive nas especificações, estão, apenas, sujeitos ao pagamento do ISS.

Também a doutrina, citando Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços – fls. 248 e 249), entendeu que os serviços de concretagem consistem na dosagem e mistura dos materiais componentes do concreto, de conformidade com as especificações técnicas requeridas para cada caso, acrescidas do transporte e aplicação da respectiva mistura na obra,

havendo contrato firmado de venda de serviços e não de mercadorias.

Citou a Decisão, a favor do seu pleito, do Sr. Juiz da 2^a Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em Mandado de Segurança nº 3465854/92, impetrado pela Betombras Engenharia de Concreto Limitada, contra exigência idêntica.

Finalmente, e para encerrar a demonstração da pacífica jurisprudência e doutrina, contrária à exigência do Fisco, transcreveu a recente Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça de nº 167, aprovada em 11/09/96, que expressou: “*O fornecimento de concreto por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS*”. (D.J.U. de 19/09/96, fl.. 34.452).

Assim, fora de dúvida a improcedência do Auto de Infração, vez que não é o autuado que considera o fornecimento da concreta atividade sujeita à tributação municipal, mas sim, a jurisprudência superior do País e a doutrina especializada.

O autuante prestou informação (fl. 26) ratificando o lançamento fiscal. Afirmou que o concreto é produzido em estabelecimento industrial do impugnante, com equipamentos próprios para este fim, sendo resultante da mistura das matérias primas, cimento, areia, brita e demais aditivos químicos que dão características próprias ao produto final. Tais matérias primas são adquiridas e entregues em sua unidade industrial. E, quando contratada para fornecer concreto, obriga-se a controlar a qualidade dos materiais empregados, o preparo, transporte e entrega do produto na obra do contratante, sendo de sua exclusiva responsabilidade todo o processo, inclusive, vedado ao adquirente do produto sequer a adição de água à mistura.

A PROFAZ diligenciou o PAF ao autuante para que fosse elaborado um demonstrativo do valor dos créditos fiscais dos insumos, em face à regra da não-cumulatividade do ICMS (fl. 28).

Respondendo à solicitação daquele órgão jurídico, o autuante informou (fl. 29):

1. quando da ação fiscal, solicitou a apresentação do Livro Registro de Entrada, porém não foi atendido. Nesta situação não teve como estabelecer a entrada de insumos utilizados no processo de preparo do concreto. Observou que o autuado, igualmente, não apresentou os documentos de aquisição de mercadorias, argumentando que não era contribuinte do ICMS;
2. o aproveitamento de crédito fiscal pressupõe o cumprimento de certas obrigações acessórias por parte do contribuinte, quais sejam: a escrituração do Livro de Registro de Entrada de Mercadoria e do Livro de Apuração do ICMS e a manutenção, a disposição do fisco, das primeiras vias das notas fiscais que deram origem aos créditos registrados nos livros fiscais, documentação esta não apresentada ao fisco;
3. afirmou que restou claro, no processo, que a empresa não se considera contribuinte do ICMS, emitindo documento fiscal relativo a prestação de serviços, ou seja, dá trânsito à mercadoria desacompanhada de documentação fiscal exigida para a operação, irregularidade esta que justifica a autuação.

A 1^a JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Incialmente ressalto que a presente exigência não ofende as reiteradas decisões dos tribunais. Em inúmeras decisões sobre a matéria em discussão, este CONSEF tem se manifestado pelo cabimento da cobrança do ICMS, considerando que o concreto fresco constitui mercadoria, produzida fora do canteiro da obra, consoante art. 2º, VIII, “b” do Artigo da Lei nº 4825/89 que se

reporta à Lei Complementar, “*in casu*”, o Decreto Lei nº 406/68, que em sua Lista de Serviços contém o Item 19, cujo texto corresponde aos dispositivos do RICMS/96 (Decreto nº 5.444/96) ou seja, art. 1º, I combinado com o art. 2º, IX, “a” e art. 541, I, “b”.

O concreto, cuja aplicação na obra é contratada como prestação de serviços, é mercadoria, porque produzida em forma de emulsão nas dependências da empresa fornecedora, com ingredientes por esta adquiridas (cimento, areia, pedra, água) e transportada em betoneiras em movimento circulatório que evita a solidificação da mistura descrita.

O procedimento fiscal está correto porque fundamentado nas normas legais, acima citadas e pertinentes à matéria, combinadas com a Instrução Normativa do DAT/SEFAZ nº 149/91, Item 5, Inciso V e VI.

Por derradeiro, concordo com o opinativo da PROFAZ que deveria se observar a regra de não cumulatividade no momento de quantificar o débito e ser considerado, para abatimento dos créditos fiscais dos insumos. Esta providência, no presente Auto de Infração, foi requerida, porém o próprio autuado a inviabilizou ao não apresentar a documentação solicitada ao autuante.

O Auto de Infração é, por conseguinte, PROCEDENTE no valor de R\$87.162,09”

O autuado inconformado com o julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 2175-01/01.

Repete basicamente os argumentos apresentados na sua defesa anterior.

Descreve a sua atividade específica para afirmar que, não comercializa mercadorias, e sim, presta serviços de concretagem.

Cita que a atividade de fornecimento de concreto pré-misturado para a construção civil, está prevista no item 31 da Lista de Serviços, anexa a Lei nº 4279/90, tributada pelo ISS.

Transcreve o artigo 31 da citada lei, o entendimento da Doutrina e da Jurisprudência sobre o assunto, e apresenta inúmeros julgados de Tribunais de outros Estados, e Tribunais Superiores, para consubstanciar os seus fundamentos e entendimento.

Pede o provimento do Recurso para que se julgue Improcedente este Auto de Infração.

A PROFAZ analisa o Recurso, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de alterar o julgado, pois, a infração fiscal imputada o recorrente, está de acordo com o previsto pela alínea “a-1” do inciso IX, do artigo 2º do RICMS/97, além do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto-Lei nº 834/96 e Lei Complementar nº 56/57.

Opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

VOTO

O assunto inerente a este Recurso Voluntário é por demais conhecido deste CONSEF, “Incidência ou não de ICMS sobre fornecimento de concreto”.

Entendo que os Tribunais Superiores já firmaram jurisprudência sobre a questão, porém, o resultado ainda não se fez valer no âmbito da SEFAZ/BA.

Pelas peças processuais e fundamentos jurídicos que se fazem presentes neste processo, me obrigam a concordar e adotar o Parecer nº 38/02 da PROFAZ, para votar pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 03025429/97, lavrado contra CONCRETO REDIMIX DO BRASIL S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.162,09, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ