

A. I. N° - 01760638/95
AUTUADO - POLIMIX CONCRETO LTDA.
AUTUANTE - VÂNIA MOLYNA
ORIGEM - INFAZ PIRAJÁ
INTERNET - 19/05/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-03/03

EMENTA: ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO. O fornecimento de massa de concreto para obra de construção civil, quando a mercadoria é produzida pelo fornecedor fora do local da obra, constitui operação de circulação de mercadorias, havendo por isso incidência da norma jurídica do ICMS. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 20/06/95, exige ICMS no valor de R\$ 108.894,14, e multa de 50%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Saída por venda de mercadoria tributada como não tributada, sem destaque do ICMS – concreto – mercadoria industrializada e produzida fora do local da “obra” – ICMS de R\$ 91.903,47, relativo aos meses de janeiro a maio de 1995;
2. Omissão de receita tributada pelo ICMS. Bombeamento do concreto do caminhão para a obra. Este concreto/mercadoria foi produzido fora do local da obra/canteiro. Receita tributada erroneamente pelo ISS. O acessório acompanha o principal. ICMS de R\$ 16.990,68.

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído, ex vi instrumento de mandato de fl.54, ingressa com defesa, fls.41 a 53, e impugna “o lançamento fiscal posto que originou-se de uma suposta infração cometida pela autuada que consiste na FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE SOBRE AS SAÍDAS DE CONCRETO DO SEU ESTABELECIMENTO, como se este fornecimento de concreto fresco caracterizasse uma circulação de mercadoria”. Aduz que a suposta infração parte da premissa de que o autuado é contribuinte de ICMS e que a saída de concreto é fato gerador do imposto estadual, premissa que julga equivocada, inclusive com apoio da Administração e do Judiciário. Reclama que foi deferida Medida Liminar em Mandado de Segurança, onde se determinava à autoridade impetrada, bem como aos seus subordinados hierárquicos, “no sentido de que a exigibilidade dos créditos, apreensões e autuações indicadas no pedido, fiquem suspensas até decisão final deste mandado de segurança”, mas que a apontada medida liminar não foi cumprida pelo autuante, razão de sua nulidade. Questiona que houve outro erro grave, ou seja, foi lavrado um auto de infração no estabelecimento da autuada tendo por objeto a mesma base de cálculo de outros autos anteriormente lavrados, no trânsito, referente aos mesmos períodos (janeiro a maio de 1995). Requer diligência para que se verifique a veracidade das alegações, caso a preliminar de nulidade não seja acolhida.

No mérito, aduz que o autuado é uma empresa que se dedica à prestação de serviços de concretagem, celebrando contratos de empreitada de fornecimento de serviços e materiais, consistente na elaboração de concreto fresco, mediante a mistura dos componentes – cimento, pedra britada, areia e água, e de sua entrega nas obras de construção civil, onde o concreto é descarregado.

Esclarece que na hipótese versada nesta impugnação, o objeto do contrato de empreitada é essencialmente, o fornecimento de serviços técnicos especializados, vale dizer, a composição convenientemente dosada e misturada de certos materiais, e não os materiais em si que isoladamente, não atendem às exigências específicas do adquirente. Logo, que o autuado é uma empresa prestadora de serviços e o concreto elaborado, sob encomenda específica, não pode ser considerado mercadoria.

Ressalta a posição do próprio CONSEF, na matéria, à época do ICM, concluindo como prestadora de serviço a firma cuja atividade é o fornecimento de concreto. Além disso, traz decisão do STF do eminente Min. Moreira Alves, de que há prestação de serviços no fornecimento de concreto, e este não se qualifica como mercadoria. Argumenta também que a Lei 4.825/89 quando define quem são os contribuintes do ICMS não inclui as empresas de construção civil e nem os que a elas prestam serviços auxiliares ou complementares, como é o caso do autuado. Bem assim o Decreto 2.460/89, que seguindo a linha do Convênio 66/88, também não elencou as empresas como o autuado como contribuinte do ICMS. Informa que os Estados, notando a falha no Convênio citado, editaram o Convênio ICMS 71/89, que não atingiu a impugnante, pois só é aplicável às empresas de construção civil que executem sob sua responsabilidade, obras contratadas, e em tal tarefa, ajam, ainda que excepcionalmente, como contribuintes do imposto.

O autuante na informação fiscal, fls. 56 a 58, ressalva que a defesa não apresentou cópia da Liminar, nem a cópia do Pedido, peça fundamental para que se possa tomar conhecimento do conteúdo da liminar. Argüi que a liminar, se existir, versa unicamente sobre as apreensões e autuações efetuadas no trânsito de mercadorias, situações estas que segundo as empresas do ramo de concreto causavam-lhes prejuízo devido ao fato das betoneiras serem paradas nas ruas e estradas durante o processo de apreensão.

Quanto ao enunciado de que este auto de infração inclui base de cálculo de outros autos lavrados anteriormente no trânsito de mercadorias, não junta nem os especifica na defesa. Há deste modo simples alegação, sem prova produzida.

No mérito mantém o auto de infração na íntegra, sob o fundamento de que o concreto é mercadoria industrializada produzida fora do local da prestação de serviço e sujeita à industrialização, portanto no campo de incidência do ICMS.

A Profaz, fl. 59, diligencia à Infaz para que o autuante elabore um demonstrativo do valor dos créditos fiscais dos insumos, face a regra da não cumulatividade do ICMS.

Em cumprimento, o autuante intima a empresa para que apresente livros e documentos fiscais e elabore demonstrativo de valores de crédito fiscal referente aos insumos utilizados na fabricação do concreto, inclusive os relativos ao concreto objeto deste auto de infração, no que não foi atendido pelo autuado.(fls 61 a 62).

Esta 3ª JF deliberou que o presente PAF fosse remetido à ASTEC, para que estranho ao feito verificasse no estabelecimento quais os autos de infração mencionados na contestação, vinculando-os com as respectivas notas fiscais. Também que fosse feito o cotejamento dos autos apresentados com os períodos deste lançamento.

Diligente emite o Parecer ASTEC nº 093/2002, fl. 67, e informa que não obteve êxito junto ao contribuinte, sob a alegação de que não localizou a documentação solicitada.

O autuado cientificado da diligência, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente verifico que o autuado não trouxe ao PAF, cópia da concessão da Medida Liminar do Mandado de Segurança, que declarou possuir, mas esta existindo, não impede que a Administração Tributária efetue o lançamento do ICMS, para evitar a decadência do imposto, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do imposto, nos termos do Art. 151, IV, do CTN.

Da análise do Auto de Infração, verifica-se que trata de exigência do ICMS devido nas operações realizadas pelo autuado, relativas ao fornecimento de concreto produzido fora do local da obra. Os valores relativos à infração 1 foram obtidos através das Notas Fiscais de Saídas, série B1, que estão relacionadas no levantamento de fl. 04. Quanto ao item 2, os valores do ICMS foram captados através das notas fiscais de prestações de Serviços, cujas mercadorias foram tributadas pelo ISS, conforme listagem de fls. 35 a 39.

No caso em tela, verifica-se que o autuado deixou de recolher ICMS nos fornecimentos de concreto pré-misturado (concreto fresco) para obras de construção civil.

Na Lista de Serviços, originária do Decreto-Lei nº 406/68, modificada pelo Decreto-Lei nº 834/69, e pela Lei Complementar nº 56/87, estão especificados os fatos considerados serviços, que estão sujeitos à incidência do ISS, e em havendo o fornecimento de mercadorias, quando estas estão sujeitas ao ICMS, há expressa ressalva neste lista. Deste modo, são devidos ambos os impostos – o municipal, sobre os serviços prestados, e o estadual sobre os materiais fornecidos.

Da leitura desta Lista de Serviços, encontramos no item 32, o tratamento fiscal aplicável aos serviços sujeitos ao ISS, com a incidência do ICMS para o fornecimento de mercadorias:

“32 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e de outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM).”

A referência, na Lista, ao ICM deve ser entendida presentemente como sendo feita ao ICMS.

A Lei nº 4.825/89, vigente à época da ocorrência dos fatos em análise, previa em seu art. 2º, VIII, “b”:

“Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto:

.

VIII – no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

- a) não compreendidos na competência tributária dos municípios;*
- b) compreendidos na competência tributária dos municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definida em lei complementar;”*

Entendo que no caso em discussão, o preparo do concreto é feito fora do local da obra, coma materiais fornecidos pelo prestador de serviços, consistindo em um processo de industrialização, no qual a partir de matérias primas como areia, cimento, brita, água, produtos químicos, se obtém a massa de concreto.

Concordo com o procedimento fiscal, que também encontra amparo na Instrução Normativa do DAT/SEFAZ nº 149/91, Item 5, inciso V e VI.

Finalmente, coaduno com o opinativo da PROFAZ que a regra da não cumulatividade deveria ser observada, para quantificar o débito a ser considerado. Ressalto que foi providenciado através do diligente, que o autuado pudesse informar os créditos fiscais dos insumos, mas a empresa não viabilizou estas informações, ao não apresentar a documentação solicitada.

Pelo expostos, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 01760638/95**, lavrado contra **POLIMIX CONCRETO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 108.894,14**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 61, II, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR