

Acórdão: 796/00/4ª
Impugnações: 53.512 - 53.479
Impugnante: Construtora Araguaia Minas Ltda.
Advogado: Paulo Roberto Gomes/Outros
PTAs/AI: 01.000113399-91 - 01.000113405-40
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

Conflito de Competência - ICMS/ISSQN - Massa Asfáltica - Evidenciado que a mercadoria, objeto da autuação, foi fabricada fora do local da obra, enquadrando-se na ressalva contida no art. 32 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87, mantêm-se as exigências fiscais.

Base de Cálculo - Arbitramento - Extravio de Nota Fiscal - Extravio de parte das notas fiscais autorizadas. Arbitramento de valores e quantidades nos termos das disposições contidas no art. 54, inciso IX do RICMS/96. Exigências mantidas.

Obrigação Acessória - Falta apresenta o dos livros Registro de Saída e Registro de Apura o de ICMS, sendo exigido a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso II da Lei n  6.763/75. Exigência mantida.

Impugna es improcedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autua o versa sobre saída de massa asfáltica (CBUQ) sem débito do ICMS incidente nas respectivas opera es, extravio de parte das notas fiscais autorizadas e inexistência dos livros Registro de Saída e Registro de Apura o de ICMS registrados na reparti o fiscal.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infra o, por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugna o.

O Fisco apresenta manifesta o, refutando as alega es da defesa, requerendo a improcedência da Impugna o.

A Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado e conclusivo, opina pela improcedência das Impugna es.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 1-6-99, deliberou converter o julgamento em Diligência para que o Fisco intimasse o Contribuinte a apresentar os contratos porventura existentes vinculados às notas fiscais objeto da autuação, informando, ainda, quais os destinatários das mesmas e juntando algumas notas fiscais por amostragem. A Impugnante, entretanto, não se manifestou.

DECISÃO

O primeiro item do Auto de Infração refere-se à constatação de saídas de massa asfáltica (Concreto Betuminoso Usinado Quente - CBUQ), mediante as notas fiscais discriminadas às fls. 13/21, sem débito do ICMS devido nas respectivas operações.

Alega a Impugnante que o CBUQ é resultante da simples mistura de betume asfáltico, fabricado pela Petrobrás e Refinaria Ipiranga, com outros materiais, tais como brita e pó de brita.

Conclui, desse modo, que a massa asfáltica não é mercadoria e que a jurisprudência demonstra claramente a impossibilidade de tributação dos materiais utilizados em obras de construção civil, principalmente no que concerne aos concretos.

Argumenta também que a massa asfáltica constitui-se em material idêntico ao concreto fresco de cimento “portland”, buscando amparo em jurisprudência do STJ.

Tais argumentos, contudo, não modificam o feito fiscal, senão vejamos.

De acordo com o art. 5º, inciso II do RICMS/91 (art. 222, inciso II do RICMS/96), considera-se industrialização “qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo...”.

Concreto betuminoso, segundo consta do “Aurélio” é:

1. Mistura de ligante betuminoso (em geral um cimento asfáltico) e agregado selecionado, preparada e aplicada a quente, utilizada em pavimentos de ruas, rodovias e aeroportos.

Como se vê, a massa asfáltica (concreto asfáltico) é o produto resultante da usinagem a quente do cimento asfáltico com brita e pó-de-pedra.

O cimento asfáltico ou betume asfáltico, de produção das refinarias, constitui matéria-prima da massa asfáltica produzida pela Impugnante e cuja aplicação no piso a ser pavimentado caracteriza uma atividade distinta à do fabrico.

Assim, a produção da massa asfáltica é considerada industrialização, não se tratando de uma simples mistura, como quer a Impugnante. A brita e o pó-de-pedra são

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ligados entre si pelo cimento asfáltico (aglutinador), transformando-se em um novo produto que não se confunde com os seus componentes.

Vale destacar a menção feita na réplica da Instrução Normativa nº 6, de 5-5-77, segundo a qual **“a usinagem é também um tipo de industrialização que tanto pode resultar numa transformação como num beneficiamento, sujeitando-se à incidência do ICMS.”**

Uma vez demonstrado tratar-se a usinagem de massa asfáltica de industrialização, cai por terra a tentativa da Impugnante em amparar-se em decisões judiciais que exoneram de ICMS saídas de concreto fresco de cimento “portland” para aplicação em obra de construção civil, mediante contrato de empreitada ou subempreitada.

É evidente a dessemelhança entre o processamento da massa asfáltica e a mistura dos elementos que compõem o concreto fresco.

Ademais, o que interessa ao Fisco é se o preparo da massa asfáltica e do concreto fresco ocorre no local da obra ou não, visto que, de acordo com a legislação, ambos os tipos de concretos, quando produzidos fora do local da obra em execução são tributados pelo ICMS.

Conforme é informado pelo Fisco, a obtenção da massa asfáltica, pela Impugnante, se dá em unidades fixas permanentes, não situadas nos locais das obras que executa.

O item 32 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 56/87, prevê:

“32 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e 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 ICMS).” (g.n.)

Desse dispositivo podemos depreender que fica sujeita à tributação pelo ICMS a saída de massa asfáltica cujo fornecimento não se dê em decorrência de contrato de empreitada ou subempreitada de construção civil e, existindo tal contrato, se produzida pelo prestador de serviços fora do local da obra.

A jurisprudência citada pela defesa diz respeito à circunstância de o concreto fresco, que não se equipara à massa asfáltica, ser obtido na obra ou em betoneiras acopladas a caminhões. Portanto, tais decisões não se aplicam ao caso enfocado nos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Segunda irregularidade do Auto de Infração diz respeito a Extravio de documentos fiscais autorizados, ensejando o arbitramento das quantidades e valores das operações de saídas da massa asfáltica.

Trata-se de procedimento idôneo previsto no art. 53 - I c/c o art. 54 - IX, ambos do RICMS/96.

A Impugnante alega mas não prova a ocorrência de incêndio. Não consta dos autos nenhum comunicado que tivesse sido feito à Administração Fazendária a respeito do dito sinistro, portanto, reputamos corretas as exigências fiscais.

A terceira irregularidade do Auto de Infração é a constatação de inexistência de livros fiscais (Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS), dando ensejo à aplicação de penalidades pecuniárias.

A Impugnante entende descabida a imposição das multas por não ser contribuinte do imposto.

A empresa de construção civil, ao realizar a prestação de serviços constantes do item 32 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56, de 15/12/87, sujeita-se ao pagamento do ISSQN, de competência dos Municípios.

Por esse motivo é que o RICMS/91 - art. 6º, inciso VIII - dispõe sobre a não incidência do ICMS sobre a saída de mercadoria de estabelecimento prestador de serviço alcançado por tributação municipal, observadas as ressalvas constantes da Lista de Serviços comentada.

Com isso, o art. 659 do mesmo RICMS elaborou lista taxativa das hipóteses de incidência do tributo estadual para as operações realizadas pela empresa de construção civil.

Concluimos então que a empresa de construção civil é contribuinte do ICMS nas hipóteses arroladas no citado art. 659 do RICMS/91 e, evidentemente, caso realize, habitualmente, operação relativa à circulação de mercadoria, obrigando-se ao cumprimento das obrigações principal e acessória próprias do exercício da atividade.

No caso dos autos inexistente dúvida quanto ao enquadramento da Impugnante na condição de contribuinte do ICMS, haja vista a prática continuada de operações de circulação de mercadoria descritas como fato gerador do imposto.

Legítima, pois, a penalidade aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória de manter livros fiscais registrados na repartição fiscal.

A Impugnante, apesar de intimada, não apresentou os contratos relativos às operações autuadas, o que poderia esclarecer se se tratava de obra de construção civil ou simples comercialização de massa asfáltica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais o objeto social da Impugnante inclui a industrialização e comercialização de materiais para construção.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 4ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedentes as Impugnações. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins (Revisor), João Alves Ribeiro Neto e Edwaldo Pereira Salles.

Sala das Sessões, 17/02/00.

**João Inácio Magalhães Filho
Presidente/Relator**

JIM/MLR

CC/MG