

Acórdão: 15.779/02/3^a
Impugnação: 40.010057731-30
Impugnante: Construtora Procópio Menezes Ltda
Proc. S. Passivo: José Roberto de Vasconcelos
PTA/AI: 01.000126416-67
Inscrição Estadual: 702.351314.0194
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO – MASSA ASFÁLTICA. Constatado que a Autuada promoveu saídas de massa asfáltica, nos exercícios de 1995 a 1998, por intermédio de documentos fiscais sem destaque do imposto, em desacordo com a previsão expressa da exceção constante do item 32 da Lista de Serviços, a que se refere a Lei Complementar 56/87, e cujos valores da mercadoria não refletem o valor real das operações. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso VII, artigo 55, Lei 6763/75. Não obstante, necessário se faz adequar a base de cálculo das exigências fiscais ao parâmetro de R\$ 16,00 por metro cúbico de massa asfáltica, considerando-se os volumes constantes dos documentos fiscais que serviram de base para o trabalho fiscal. **Infração caracterizada. Exigências parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadoria, produzida fora do local das obras, por meio de notas fiscais, sem destaque do imposto e consignando valores notoriamente inferiores aos de mercado.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 275/299, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 510/513.

O Fisco procede à reformulação do crédito tributário às fls. 443/502.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 517/521, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de imputação fiscal relacionada a saídas do produto massa asfáltica, por intermédio de documentos fiscais sem destaque do imposto e consignando valores que não refletem o valor real das operações.

As saídas ocorreram nos exercícios de 1995 a 1998. Exigiu-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso VII, artigo 55, Lei 6763/75.

Cabe inicialmente salientar que parcelas do crédito tributário originário, correspondentes à tributação das saídas de asfalto CM-30 e a não compensação de saldos credores existentes em finais de exercícios já foram excluídas pelo Fisco, conforme demonstrativo de fls. 502 e documento de fls. 443, regularmente informado ao sujeito passivo, após alteração, sem que este, no prazo concedido, viesse a se manifestar.

Questão fundamental versada na presente contenda consiste na tributação ou não pelo ICMS das saídas de mercadorias produzidas pela empresa de construção civil/equiparada fora do local da obra que executa por administração, empreitada ou subempreitada.

Reiteradas vezes, tem sido ela discutida e decidida, em casos concretos, pelo Colendo Conselho, retornando novamente à apreciação.

A matéria situa-se no limiar das competências do Estado e do Município.

A incidência do ICMS no fornecimento de mercadoria produzida pela empresa de construção civil fora do local da obra e para ela, ainda que executada por empreitada/subempreitada ou administração, tem previsão legal.

Quando a empresa de construção civil produz massa asfáltica em usina fora do local de obra que executa, mediante qualquer das modalidades contratuais acima mencionadas, está, na verdade, exercendo industrialização, cujo produto poderá, agora como mercadoria, ser vendido a terceiros ou consumido na obra. O fornecimento corresponde à venda ao contratante, mesmo que sem preço discriminado no total da obra.

Tanto afigura-se verdadeira a concepção que a massa asfáltica pode ser adquirida de outrem, hipótese em que (na entrada onerada pelo ICMS) não haveria que se falar em tributação no fornecimento para a obra contratada, considerando-se a inteligência do inciso II, artigo 179, RICMS/96 ou seu correspondente no RICMS/91:

Art. 179 - O imposto não incide sobre as operações relacionadas com:

I -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - o fornecimento de material adquirido de terceiros, quando efetuado em decorrência de contrato de empreitada ou de subempreitada;

A Lei 6.763/75 prevê a incidência do ICMS na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte.

Ainda que excepcionalmente, a empresa de construção civil, nos termos do artigo 14 da Lei 6.763/75 c/c artigo 178, II, Anexo IX ao RICMS/96, é contribuinte do ICMS:

Art. 14 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto

Art. 178 - O imposto incide quando a empresa de construção promover:

I -

II - a saída, de seu estabelecimento, de material de produção própria, produzido fora do local da prestação do serviço, inclusive de casas e edificações pré-fabricadas;

O artigo 44, XIX, RICMS/96, ao estabelecer a base de cálculo nas saídas de mercadorias produzidas fora do local da obra e a ela (obra) fornecidas, corrobora a previsão de incidência estatuída no artigo 6º, VI, Lei 6763/75. Ademais, o valor do material empregado, expressão do inciso, significa o da mercadoria fornecida, portanto, com agregação de seu processamento, como se a terceiro fosse alienada.

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

I - V -

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 44 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento e nos Anexos IV e XI, a base de cálculo do imposto é:

I - XVIII -

XIX - na execução, por administração ou empreitada, de obra hidráulica ou de construção civil contratada com pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, o valor do **material empregado**, quando de produção própria do executor, observado o disposto no § 5º; (Grifado)

Vale acrescer que a Lei Complementar 87/96 precisa a incidência desse tributo “no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual”(art. 2º, V).

A disposição combina exatamente com o item 32 da Lista de Serviços, integrante da Lei Complementar 56/87, que ora se transcreve, para consolidar a inquestionabilidade de previsão legal de incidência do ICMS no caso em exame:

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 ICM). (Grifado)

Se há previsão em lei instituidora dos impostos estaduais, sob amparo de duas leis complementares, não há, em foro administrativo, questionar a possibilidade jurídica da cobrança fiscal do ICMS não destacado nas saídas de massa asfáltica para fornecimento a obras contratadas.

Outro foco de análise consiste no arbitramento fiscal.

Sob a ótica legal, a possibilidade do arbitramento é inatacável, haja vista a regra do artigo 148 do CTN, bem assim as disposições da legislação estadual.

Vista dos autos, sobretudo comparando-se os preços por metro cúbico de massa asfáltica lançados nas notas fiscais da Autuada (demonstrativo de fls. 444 a 480) e aqueles nas notas fiscais de empresa similar (fls. 93 a 198), permite constatar notoriamente a inferioridade dos primeiros, donde o não merecimento de crédito e a correção do arbitramento.

Inobstante o arbitramento, não se afigura razoável o procedimento de conversão das quantidades em “m³” para tonelada, no modo como realizado.

Tendo acesso à quantidade total de metros cúbicos de massa asfáltica saída do estabelecimento, não parece justificar-se o arbitramento de se considerar que cada nota fiscal corresponda a 20(vinte) toneladas, vez que quantidades variadas nota a nota.

Muito embora no PTA 02.000008383-02 se tenha adotado tal conduta, ocasionalmente explicável ante a constatação fática do que ocorria no trânsito, ora não há como provar, ainda que por amostragem, se aplicada para as saídas efetuadas a partir de 1.995, um ano decorrido daquela autuação.

Vale lembrar, outrossim, que, para efeito de parâmetro, é mais convincente o total de 103(cento e três) notas fiscais apresentadas entre fls. 93 e 188, constando como unidade o “m³” e como preço R\$ 16,00 (dezesseis reais), da empresa similar, do que o procedimento adotado no PTA mencionado, que arbitra quantidade em unidade de peso (ton), fundado em constatação no trânsito, respaldado em apenas duas notas fiscais, conforme consta dos autos (fls. 91/92).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, deve-se adotar o preço de R\$16,00 (dezesesseis reais) como o preço corrente da mercadoria na praça do contribuinte fiscalizado, considerando-se o inciso III, artigo 78, e inciso I, artigo 79, ambos do RICMS/91, e seus correspondentes no RICMS/96, para a unidade de volume “m3” e não de peso (ton).

Art. 78 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo fisco quando:

I - II -

III for declarado em documento fiscal valor notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria ou da prestação do serviço;

Art. 79 - Para o efeito de arbitramento do valor da operação ou da prestação, o fisco adotará os seguintes parâmetros:

I - o preço corrente da mercadoria ou seu similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

Dessa forma, reconhecendo que resta comprovado o subfaturamento, propõe-se a procedência das exigências fiscais, mas fundadas em levantamento que tome por parâmetro o preço de mercado, então considerado de R\$16,00 por “m3” de massa asfáltica.

No que concerne à aplicação da Multa Isolada, capitulada no inciso VII, artigo 55, Lei 6763/75, algumas ponderações devem ser levadas a efeito.

Arrimando-se no Parecer exarado pela DOT/DLT (fls. 209/214), concebe-se legitimidade ao ato administrativo do arbitramento, até prova em contrário. Ora, se a base de cálculo arbitrada presta-se a legitimar a exigência de pagamento de tributo (obrigação principal), de igual forma valida-se para a da penalidade por correlata inadimplência de obrigação acessória.

Na eventualidade de prova em contrário do preço arbitrado, não apenas se estará provando a base de cálculo correta do imposto, quanto a exclusão de Multa Isolada correspondente à conexa infração de obrigação acessória.

Impende asseverar que nos autos não se encontra qualquer documento que ateste exatidão dos valores lançados nas notas fiscais como efetivos da massa asfáltica fornecida.

Isso posto, consoante entendimento quanto ao arbitramento, ratifica-se também a validade da exigência da Multa Isolada, nos mesmos termos propostos relativamente à base de cálculo.

Verifica-se, pois, de todo o acima exposto, que restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para considerar a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco às fls. 443/502 dos autos e adequar a base de cálculo das exigências fiscais ao parâmetro de R\$16,00 (dezesseis reais) por metro cúbico de massa asfáltica, considerando-se os volumes constantes dos documentos fiscais que serviram de base para o trabalho fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Vasconcelos e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Elcio Reis.

Sala das Sessões, 18/12/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

TAO