

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.783/02/3^a
Impugnação: 40.010057047-40 (Aut.)
40.010058486-36 Marajó Engenharia Ltda (Coob.)
40.010058487-17 Construtora Terrayama Ltda (Coob.)
Impugnantes: Recpav - Reciclagem de Solos e Pavimentos Ltda
Marajó Engenharia Ltda (Coob.)
Construtora Terrayama Ltda (Coob.)
Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios (Aut. e Coob.)/Outros
PTA/AI: 02.000115222-00
Inscrição Estadual: 062.798.546.00-38 (Aut.)
062.615926.00-80 Marajó Engenharia limitada (Coob.)
062.505250.00-67 Construtora Terrayama Ltda (Coob.)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGADO - EXCLUSÃO. Exclusão das empresas Coobrigadas do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista a inexistência de previsão legal na legislação tributária mineira, vigente na ocasião, que justifique o enquadramento das mesmas como responsáveis solidárias.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Constatada a existência de empresa em funcionamento sem inscrição estadual, contrariando, assim, o disposto no art. 110, § 1º e art. 661 do RICMS/91. Correta a aplicação da MI prevista nos art. 54, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - MASSA ASFÁLTICA. Evidenciada a saída de mercadoria (CBUQ) desacobertada de documentação fiscal, apurada através de documentação extrafiscal. Parcialmente corretas as exigências de ICMS, MR e MI capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, posto que deve ser alterada a base de cálculo, para considerar os valores da “Bonificação e Despesas Indiretas”, demonstradas pela Autuada, já que o Fisco arbitrou tais valores sem apresentar os parâmetros utilizados.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação foi motivada pelas seguintes irregularidades:

- estabelecimento situado à Rua Alice Terrayana, nº 1330, Bairro Olhos D'água, não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais;

- saída de 167.616,25 toneladas de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), para canteiros de obras situados em locais diversos do endereço da Autuada, desacobertas de documentação fiscal.

Exigência de ICMS, MR (50%), MI prevista nos arts. 54, inciso I, e 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformadas, Autuada e Coobrigadas apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 181/196, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 433/434, sendo esta ratificada às fls. 437.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 440/448, opina, em preliminar, pela exclusão das empresas Coobrigadas do pólo passivo da obrigação tributária, e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, para que seja acatada a reformulação do crédito tributário proposta, com adoção da base de cálculo apurada pelo Contribuinte, conforme quadro de fls. 200.

DECISÃO

Primeiramente, é importante destacar que não há previsão na legislação tributária para a inclusão dos sujeitos passivos “Marajó Engenharia Ltda” e “Construtora Terrayama Ltda”, conforme o disposto no art. 124, inciso II, do CTN.

Ademais, os mesmos não respondem integralmente pelo crédito tributário.

Versa o trabalho fiscal sobre a apuração das seguintes irregularidades:

- estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, à Rua Alice Terrayana, nº 1300, Bairro Olhos D'água, município de Belo Horizonte-MG;

- saídas de 167.616,25 ton. de CBUQ desacobertos de notas fiscais, apuradas através da documentação extrafiscal apreendida mediante o Termo de Apreensão anexo ao TADO nº 02.115216.23, de 27/09/96 (fls. 02/03).

O Fisco procedeu inicialmente à apuração do custo mensal (Anexos 1 e 2), conforme quadros de fls. 11/12, levando-se em consideração para tal os valores referentes à aquisição de areia/frete, brita/frete, pedrisco/frete, cimento asfáltico petróleo/frete, óleo diesel e “BDI - Bonificação de Despesas Indiretas”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em seguida, foi procedida à apuração do custo mensal por tonelada, de CBUQ (Anexo 3), conforme quadro de fl. 13, levando-se em consideração para tal o consumo percentual de cada componente por ton. e o BDI por ton. (Anexos 7 e 8), conforme quadro de fl. 18.

Foi procedida, ainda, a apuração dos valores das saídas desacobertadas (Anexo 4), conforme quadro de fl. 14, levando-se em consideração para tal a quantidade apurada através da documentação extrafiscal apreendida e os valores apurados por tonelada.

As exigências fiscais de ICMS, MR e MI encontram-se demonstradas, conforme quadros de fls. 15/17 (Anexos 5 e 6).

O cerne da questão consiste na tributação ou não do fornecimento do CBUQ (massa asfáltica) pelo imposto de competência estadual – ICMS.

Os dispositivos legais do RICMS/91 que regem a matéria, vigentes à época das aquisições, são:

Do Fato Gerador:

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

IX – no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

b – compreendidos na competência tributária dos municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar”.

Da Base de Cálculo:

“Art. 60 – Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento, a base de cálculo do imposto é:

VIII – no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos municípios e com indicação de incidência do imposto de competência estadual, prevista em lei complementar, o preço da mercadoria fornecida ou empregada”.

A atividade da Contribuinte encontra-se de fato enquadrada no item 32 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87.

“ 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 pelo prestador de**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

serviços, fora do local da prestação de serviços, que fica sujeito ao ICMS”.

Assim sendo, o local efetivo da produção é de fundamental importância para a determinação da incidência do ICMS. Se produzida a mercadoria no local da prestação, não ocorre a incidência. Se não, ocorre a incidência.

Encontra-se caracterizado, no presente caso, que a mercadoria foi, de fato, produzida no estabelecimento (usina) da Contribuinte localizado fora do local da prestação de serviço.

O próprio Contribuinte confirmou tal fato, ao afirmar, quando de sua Impugnação, (fl. 192), que “a usina da Autuada está instalada no Bairro Olhos D’água, permitindo o atendimento de várias obras na região metropolitana de Belo Horizonte” e que “é absolutamente inviável montar uma usina na Av. Afonso Pena”.

Correto, portanto, o procedimento fiscal em exigir o ICMS e respectiva MR, em decorrência do fornecimento de CBUQ (massa asfáltica) produzido fora do local da obra.

Correta a exigência da MI capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, “por dar saída a mercadoria desacobertada de documentos fiscal”, em face do disposto no parágrafo único do art. 39 da citada lei. As infrações não foram apuradas com base em lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do Contribuinte, motivo pelo qual não se aplica a redução prevista na alínea “a” do inciso II.

Legítima, também, a exigência da MI prevista no art. 54, inciso I, do RICMS/91, (falta de inscrição estadual), em face do disposto no art. 110, § 1º, e art. 661, do RICMS/91.

Entretanto, o Fisco não trouxe aos autos os parâmetros adotados para arbitramento dos valores referentes à “BDI – Bonificação e Despesas Indiretas”, nos termos do disposto no art. 79 do RICMS/91.

Além disso, os quadros trazidos aos autos pela Impugnante, às fls. 198/202, encontram-se em conformidade com os valores considerados pelo Fisco, no tocante às aquisições de areia/frete, brita/frete, pedrisco/frete, cimento asfáltico petróleo/frete, óleo diesel e de conformidade com as quantidades produzidas.

Os valores diferem apenas em relação à “BDI – Bonificação e Despesas Indiretas”.

Portanto, em razão do Fisco não ter carreado aos autos o parâmetro utilizado para o arbitramento de tais valores, legitima-se a reformulação do crédito tributário, no sentido de se considerar os valores (BDI) demonstrados pela Contribuinte às fls. 202/205 dos autos.

Neste sentido, a base de cálculo do ICMS e da MI capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, passa a consistir nos valores discriminados na coluna

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Saídas” do quadro de fl. 197 e/ou na coluna “Valor da Produção Mensal” do quadro de fl. 200.

Quanto aos créditos de ICMS, se existentes as notas fiscais, é facultado à Contribuinte a apropriação extemporânea, desde que proceda de conformidade com o disposto no art. 67, §§ 2º, 3º e 4º do RICMS/96.

Assim, deve ser adequada a base de cálculo dos valores de ICMS e MR, conforme proposto pela Auditoria Fiscal, nos quadros de fls. 446/447 dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir os Coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária e, ainda, para adequar a base de cálculo aos valores constantes dos quadros de fls. 446/447, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencidos, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Relator), que o julgava improcedente. Vencido, ainda, em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões que acolhia, ainda, a redução da MI no percentual previsto no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75. O Conselheiro Antônio César Ribeiro apresentará voto em separado, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG. Designado Relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Elcio Reis.

Sala das Sessões, 19/12/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.783/02/3ª
Impugnações: 40.010057047-40 (Aut.)
40.010058486-36 Marajó Engenharia Ltda (Coob.)
40.010058487-17 Construtora Terrayama Ltda (Coob.)
Impugnantes: Recpav - Reciclagem de Solos e Pavimentos Ltda
Marajó Engenharia Ltda (Coob.)
Construtora Terrayama Ltda (Coob.)
Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios (Aut. e Coob.)/Outros
PTA/AI: 02.000115222-00
Inscrição Estadual: 062.798.546.00-38 (Aut.)
062.615926.00-80 Marajó Engenharia limitada (Coob.)
062.505250.00-67 Construtora Terrayama Ltda (Coob.)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A acusação fiscal posta em discussão versa sobre o entendimento de que a saída de Concreto Betuminoso Usinado a Quente - CBUQ, destinado à pavimentação em canteiros de obras situados em locais diversos do endereço do remetente, é uma operação sujeita à incidência do ICMS.

De outro lado, sustenta a Autuada que se trata de prestação de serviços e não de operação afeta ao ICMS.

Como se verifica, a questão versada nestes autos não pode ser vista somente pelo lado legal exclusivamente, há que ser feita também uma análise técnica.

Dentro desse contexto, entendo que o posicionamento dos votos majoritários e da Auditoria Fiscal estão equivocados, “data venia”, pois prestigiaram a nosso sentir um único jargão: o de que a mercadoria fora produzida fora do local da prestação de serviço.

“Permissa venia”, repita-se, não é bem assim a questão dos autos, principalmente do produto CBUQ, já que a sua aplicação requer inclusive um beneficiamento **ITINERANTE**.

Isso mesmo, nos autos o **ÚNICO** elemento técnico que existe e que não foi contestado por ninguém até então é o Parecer do Sindicato da Indústria da Construção Pesada, transcrito no autos a fls. 183 e seguintes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em citado parecer, resta evidente que o início da produção se dá mesmo na usina quando é feita a **MISTURA** a uma temperatura de 180°, porém, quando da aplicação do produto **NO LOCAL DA OBRA**, enxerga-se pelo entendimento técnico ofertado, que o produto está a uma temperatura **MÍNIMA DE 120°**.

Ora, se o produto sai da usina a uma temperatura de 180° e aplicado a uma temperatura mínima de 120°, de plano é percebido que há uma diminuição da temperatura no itinerário havido entre a usina e a aplicação, o que mostra, em nosso entendimento, haver uma **CONTINUIDADE NA PRODUÇÃO**.

Não bastasse isso, ou seja, essa diminuição da temperatura, o estado intermediário do produto no transporte se consagra também pela própria estrutura que o caminhão detém, já que se tratam de caminhões que basculam sobre a vibroacabadora que nada mais é que um equipamento especial e autopropulsor “para a distribuição vibrada da massa asfáltica, com largura e espessura “pré-determinada”.

E mais, quando da fixação do produto asfáltico, é ainda aplicado e aderido ao produto uma camada impermeabilizante e fixadora para aí sim espalhar a massa asfáltica sobre a via.

Não há como enxergar a produção desse produto de maneira como feito pelo Fisco, pois até mesmo a diminuição e compactação do produto se dá no itinerário havido entre a usina e a sua aplicação.

Ademais de tudo, não se pode deixar de esclarecer que essas obras são feitas também em vias públicas, de movimento contínuo e diário, não sendo possível instalar uma usina em cada local de aplicação asfáltica. É a questão da razoabilidade também, pois, se for levado a ferro e fogo a rubrica “local da obra”, como será enxergado do ponto de vista tributário, a construção de uma “PONTE” ?

Muitas vezes é instalado um canteiro de obras na construção de uma ponte, em local até mesmo diverso daquele onde ela é construída, pois não há como fazer de maneira diferente pela égide da possibilidade material de execução.

Isso também precisa ser levado em consideração no caso vertente.

Diante desse fato e, sobretudo, pela inexistência de elementos técnicos refutando a realidade posta em discussão pela Autuada, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 19/12/02

Antônio César Ribeiro
Conselheiro