
Acórdão:	16.399/03/1 ^a	Rito: Sumário
Impugnação:	40.010111060-18	
Impugnante:	Somix Concreto Ltda	
Proc. S. Passivo:	Ricardo Luiz Lobato Morato/Outros	
PTA/AI:	02.000206242-86	
CNPJ:	35.273.697/0006-63 (Autuada)	
Origem:	DF/Governador Valadares	

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA – ITINERÁRIO – Constatado pelo Fisco o transporte de concreto fresco acobertado por notas fiscais consignando o próprio remetente como destinatário do produto, ensejando a desclassificação dos documentos fiscais. Exclusão do ICMS e MR em face de reiteradas decisões administrativas e judiciais, mantendo-se, no entanto, a penalidade acessória capitulada no art. 55, II, da Lei nº 6763/75, por se tratar de documentos inábeis para o transporte. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre desclassificação de documentos fiscais que acobertavam o transporte de concreto fresco, uma vez que tais documentos indicavam como destinatário o próprio remetente do produto. Exigência de ICMS, MR (50%) e MI, capitulada no art. 55, II, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/20, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 44.

Posteriormente, após encerramento da instrução processual, a Impugnante apresenta novos documentos, com o Fisco manifestando-se em seguida.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão de 02/12/2003, defere a juntada dos documentos retro mencionados.

DECISÃO

“O tema, em questão, reflete conflito de competência entre Estado e Municípios e tem por origem o item 32 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei n.º 406/68, lista esta com redação dada pela Lei Complementar n.º 56/87, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"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 sujeita ao ICM**)."

(Destacamos).

Em conformidade com a ressalva do dispositivo acima, onde se determina a hipótese de cobrança de ICMS (anteriormente ICM), Minas Gerais considera tributadas as operações com mercadorias a serem empregadas em obra de construção civil, sempre que tais mercadorias tenham sido produzidas fora do local da obra.

O Estado de Minas Gerais adotava tal entendimento em relação ao concreto cimento fresco (concreto fresco). Porém, em razão de Súmula 167 do STJ, passou a adotar o entendimento de incidir, quanto a tal produto, somente o ISSQN, mesmo que produzido fora do local da obra.

Visto não estarmos presos a um possível efeito vinculante daquela Súmula, parece-nos que a decisão do Estado, no que se refere ao concreto fresco, deu-se por questões de conveniência, à medida em que, caso persistíssemos no entendimento anterior, daríamos origem a diversas ações judiciais nas quais dificilmente obteríamos sucesso, arcando com o ônus da sucumbência.

De qualquer forma, parece-nos oportuno buscar os fundamentos da decisão do STJ, de forma a compreender melhor aquela decisão.

Tais fundamentos extraímos do voto do Ministro Antônio de Pádua, relator do Recurso Especial n.º 29.858-RJ. Resumidamente, são eles:

1 - O preparo do concreto, seja no local da obra, como ainda se faz em pequenas construções, seja fora do local da obra, por meio de betoneira, é prestação de serviço. E, caso envolva o fornecimento do material, é prestação de serviço com fornecimento de material;

2 - A concretagem envolve duas fases, a prestação de serviço de preparo da massa e a prestação de serviço de sua aplicação na obra;

3 - Tais prestações somente podem ser efetuadas por profissionais devidamente habilitados e registrados no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), porque envolvem cálculos e técnicas próprios;

4 - Tais cálculos são específicos para cada obra;

5 - Concreto fresco não é mercadoria, mas, sim, resultado da prestação de serviço de preparo da massa, diferenciando-se, assim, de postes, lajotas, etc.;

Por consequência, podemos entender que o fundamento básico daquela decisão é estarmos, no caso da concretagem, diante de prestação de serviços, seja em

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relação à elaboração (cálculo e mistura) da massa, seja em relação à sua aplicação na obra, o que poderá ser realizada por pessoas distintas, sem que se perca a qualidade de prestação.

Entretanto, entendemos equivocada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, pelos seguintes motivos:

1 - Tanto o concreto fresco como a massa asfáltica são bens corpóreos considerados mercadorias e, como tal, classificados na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH;

2 - Como tantos outros bens não são produtos acabados, o que não lhes retira a qualidade de mercadoria;

3 - Quase a totalidade dos produtos industrializados necessitam da presença de profissional habilitado para a sua elaboração, incluídos os cálculos e a confecção do produto, o que não lhes retira a qualidade de mercadoria;

4 - Também os postes e pré-moldados, em geral, necessitam, para sua correta elaboração, de profissionais registrados no CREA, e nem por isso perdem a qualidade de mercadoria;

5 - O item 32 da Lista de Serviços vigente à época, trata de construção civil, conseqüentemente, é natural que a ressalva ali constante se refira a mercadorias vinculadas à construção e, mesmo sendo a ela vinculadas, determinou-se a incidência do ICMS quando elaboradas fora do local da obra;

6 - Não só o concreto fresco necessita de transporte especial para a sua conservação, diversas outras mercadorias também o necessitam (ex. produtos que necessitam de resfriamento, aquecimento, tanques especiais para o transporte, etc.);

7 - A Constituição determinou que a circulação de mercadorias fosse objeto de tributação relativa ao ICMS, e não ao ISS.

Pelos motivos acima, entendemos incidir o ICMS sobre o fornecimento de concreto fresco.

Compreendemos, no entanto, a decisão tomada pelo Estado em relação ao concreto fresco, tendo em vista a Súmula 167 do STJ, o que, como dissemos no início, parece-nos ter-se dado em função do temor de seguidas derrotas judiciais, que ocasionariam o ônus da sucumbência”¹, razão pela qual deve-se excluir o ICMS e a Multa de Revalidação.

De se destacar que a Autuada menciona em sua defesa a existência de contrato de empreitada, mas não faz a juntada de tal documento.

¹ Trecho adaptado de Parecer da SLT.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à obrigação acessória, temos que as notas fiscais emitidas pela Impugnante não se prestam para acobertamento do trânsito, uma vez que indicam destinatário idêntico ao remetente. A simples citação do contratante em espaço reservado para esta finalidade não alcança tornar tais documentos hábeis para o transporte do produto.

Neste caso, ainda que se considere a atividade como construção civil, os documentos emitidos não se prestam para o acobertamento do trânsito, sendo legítima a aplicação da Multa Isolada capitulada no art. 55, II, da Lei nº 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, deferir o requerimento de juntada de documentos apresentados pelo contribuinte e Manifestação Fiscal. No mérito, por maioria de votos, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento, para excluir o ICMS e a Multa de Revalidação. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que o julgava improcedente. Designado Relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor). Participaram do julgamento, além do signatário e já citada, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 02/12/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator Designado