

Acórdão: 3.121/06/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050108860-56
Recorrente: Ral Engenharia Ltda.
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Flávio Almeida de Lima/Outros
PTA/AI: 01.000134225-19
Inscr. Estadual: 712.969958.0070
Origem: DF/Pedro Leopoldo

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - MASSA ASFÁLTICA - Acusação fiscal de saídas de massa asfáltica do estabelecimento da Autuada desacobertas de documento fiscal hábil e sem recolhimento de ICMS, uma vez que a fabricação de tal produto se deu fora do local da obra, sujeitando-se, portanto, à tributação pelo referido imposto, conforme ressalva contida no Item 32 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar n.º 56/87. Exclusão das exigências de ICMS e MR, tendo em vista a publicação da Lei n.º 15.956, de 29/12/05, que alterou a redação do inciso XXIV, do artigo 7º, da Lei n.º 6.763/75 c/c artigo 106, inciso I, do CTN. Correta a exigência da Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75. Recurso de Revista conhecido, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, parcialmente provido, por maioria de votos. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, §3º, da Lei nº 6763/75, para cancelar a Multa Isolada. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as exigências de ICMS, MR e MI (art. 55, II, a, da Lei 6763/75), relativamente ao período de dezembro de 1996 a junho de 1999, por ter a autuada promovido saída de mercadorias (CBUQ) desacobertas de documentação fiscal, fato comprovado pela emissão de notas fiscais de serviço vinculadas às operações, conforme planilhas anexas.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.707/02/3ª, por unanimidade de votos, manteve parcialmente as exigências fiscais, de acordo com a reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 1727/1728.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 1825/1849, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 13.056/98/3ª, 11.337/95/3ª e 1.907/98/CS. Requer o conhecimento e o provimento de seu recurso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 1895/1899, a Auditoria Fiscal opina pelo conhecimento do recurso com base no Acórdão 13.056/98/3ª e no mérito pelo provimento parcial para que sejam excluídas as exigências de ICMS e MR, mantendo-se a MI, que deve ser adequada o § 2º do art. 55, da Lei 6763/75.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

Registre-se que somente o Acórdão n.º 13.056/98/3ª presta-se como paradigma, pois comprova a aplicação divergente da legislação tributária. Mencionado Acórdão diz respeito a saídas desacobertas de Concreto Betuminoso Usinado Quente (CBUQ), tendo em vista a utilização de Notas Fiscais de Prestação de Serviços, sem o pagamento do ICMS devido. Por unanimidade de votos, julgou-se pelo cancelamento das exigências fiscais de ICMS, MR e MI, ao argumento de que *“É entendimento pacífico que na pavimentação de rodovias, se o prestador de serviços instalar ou arrendar usina de asfalto, para produzir e fornecer massa asfáltica em obra específica sob sua responsabilidade, deve-se entender, para efeitos de tributação de ICMS, que a usina e qualquer ponto no trecho da obra por ela abastecida encontram-se no mesmo local, sendo irrelevante a distância entre os mesmos. No caso dos autos, restou comprovado que a empresa ora Impugnante celebrou contratos para pavimentação de vias urbanas e rodovias, ficando entendido que a mercadoria objeto da autuação (massa asfáltica) foi produzida no local da obra, não incidindo portanto o ICMS sobre a mesma.”* (G.N.). Nesse caso, embora a DRCT/SRF/Metropolitana tenha manifestado que a Autuada produz o CBUQ fora do local da obra, a decisão entendeu que a mercadoria objeto da autuação foi produzida “no local da obra”.

Importante ressaltar que, na presente autuação, a usina não se localiza no canteiro de obras e de que em nenhum dos contratos anexados aos autos (fls. 734/849 e 938/1.116) o objeto é a pavimentação de rodovias e, sim pavimentação em vias urbanas.

Porém, como o Acórdão indicado estendeu o conceito de “local da obra”, entendendo que, para os contratos de pavimentação de vias urbanas, a massa asfáltica foi produzida no local da obra, o mesmo presta-se como paradigma.

No mérito, importante observar que com a alteração da redação do inciso XXIV, do artigo 7º, da Lei n.º 6.763/75, encontra-se ao abrigo da não-incidência do ICMS a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil, independente do local de preparo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Antes do advento da Lei n.º 14.052, de 20/11/01, consideravam-se tributadas as operações com mercadorias a serem empregadas em obra de construção civil, sempre que tais mercadorias tivessem sido produzidas fora do local da obra. Com a publicação da citada Lei, houve indicação expressa da não-incidência nos casos de operações de saída de concreto cimento ou asfáltico para emprego em obra de construção civil, quando preparado por construtor no trajeto até a obra. Portanto, o que importava, em termos tributários, era o local do preparo do concreto cimento ou asfáltico.

No caso vertente, conforme informação da própria Autuada (fls. 869), “... é difícil efetuar a mistura no local de aplicação, nas vias urbanas, razão pela qual a usina é instalada nas periferias das cidades, distantes, no máximo, duas horas do local de aplicação, de modo a evitar o endurecimento da massa. A usina da autuada está instalada no bairro Nova Pampulha, em Vespasiano, permitindo o atendimento de várias obras próximas ao local do aquecimento da massa.”, percebe-se, claramente, que o processo de fabricação da massa asfáltica ocorre na usina, ou seja, fora do local da obra, enquadrando-se na ressalva contida no art. 32 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n.º 56/87. Nesse sentido, julgou-se pela incidência do ICMS no presente caso.

Dos documentos anexados aos autos, verifica-se que a Autuada emitiu “Nota Fiscal Fatura de Serviço” (fls. 72/729), constando, geralmente, como discriminação “Fornecimento de CBUQ p/sua obra....”, e posteriormente com a discriminação “Valor referente à serviços de CBUQ em sua obra.....” (especifica a obra). Os Contratos firmados (fls. 734/849 e 938/1.116), que se referem à matéria dos autos, têm como objetos, em síntese, execuções de obras de pavimentação asfáltica com fornecimento de material (fornecimento e aplicação de CBUQ), à exceção do Contrato (subempreitada) celebrado entre as empresas *Ral Engenharia Ltda.* (Contratante) e *Eminge Empresa Mineira de Engenharia Ltda.* (Contratada) de fls. 1786/1790, que tem como objeto “a prestação de serviços para a aplicação e transporte de CBUQ das obras de pavimentação asfáltica no Município de Santa Luzia/MG”.

No que se refere ao contrato supra, vê-se que o CBUQ, vinculado ao emprego em obra especificamente contratada, fornecido pela Empreiteira (Autuada), para aplicação pela empresa subcontratada, aplica-se também a não-incidência. Isto porque a *Ral Engenharia Ltda.* (Empreiteira), apesar de ter firmado Contrato de subempreitada para execução somente da prestação de serviço (subempreitada parcial), não se exime das responsabilidades contratuais e legais (art. 72 da Lei n.º 8.666/93). Nessa situação, não se pode falar em comercialização de CBUQ.

O Fisco menciona a existência de diferenças de preços com e sem aplicação de CBUQ, que além de discriminados nas notas fiscais, foram objeto de cláusulas contratuais, citando os Contratos de fls. 825/827, 952/955 e 957/960. Acrescenta, ainda, que em alguns subcontratos a Autuada vende a mercadoria para terceiros, marcando o hiato entre produção e aplicação. Porém, com base nos documentos anexados aos autos, não se pode afirmar com certeza a comercialização de CBUQ.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O fato de constar, nas notas fiscais de serviço da Autuada, a discriminação de *“Fornecimento de CBUQ p/sua obra....”* (G.N.); na Cláusula Quarta dos Contratos de fls. 957/960 e 952/955 (cujo objeto é o fornecimento e aplicação de CBUQ para Recapeamento e Asfalto de ruas no Município de Santa Luzia), que o Valor Unidade, estabelecido pelo contrato de prestação de serviço é, dentre outros, o “Fornecimento de CBUQ na Usina” e o “Fornecimento e Aplicação de CBUQ – Faixa “C” em ruas diversas”; e na Cláusula Quinta do Contrato de fls. 825/827 (cujo objeto é a prestação de serviços de tapa buraco no Município de Santa Luzia com CBUQ para um total aproximado de 2.300 toneladas), que o Valor Unidade, estabelecido pelo contrato de prestação de serviço é, dentre outros, o “Fornecimento de CBUQ”, não significa, obrigatoriamente, que houve fornecimento de mercadoria (CBUQ) para outras empresas efetuarem aplicações.

Os Contratos de Subempreitadas, anexados aos autos (fls. 1.110/1.116), têm como objeto a realização de obras civis e serviços de pavimentação asfáltica em obras da Contratante, não podendo concluir que houve venda de mercadoria para terceiros.

Dúvida não haveria se a legislação desse Estado não sofresse a dita alteração com a publicação da **Lei n.º 15.959/05**. Porém, com a referida alteração, faz-se necessário analisar seus efeitos.

O Parecer DOET/SUTRI N.º 033/2004 sobre os “EFEITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DA NORMA DECLARATÓRIA DE NÃO-INCIDÊNCIA, A QUE SE REFERE A LEI N.º 14.062/01” trata especificamente do inciso XXIV do artigo 7º da Lei n.º 6.763/75, acrescentado pela Lei n.º 14.062, de 20/11/01, que desonerou do ICMS a *“saída de concreto cimento ou asfáltico para emprego em obra de construção civil, quando preparado por construtor no trajeto até a obra.”*

De acordo com esse parecer, não haveria a necessidade de indicação expressa, na legislação tributária, dos fatos situados fora dos limites alcançados pela norma legal de regência do tributo, *“posto que, sob o conceito de não-incidência, encontram-se albergados todos os fatos inábeis a acarretar o nascimento da obrigação”*. Porém, sem a pretensão de esgotar o rol de tais fatos, houve a previsão legal de algumas destas hipóteses, o que se explica à vista de objetivos meramente didáticos. Acrescenta que *“... por se reportar à Lei instituidora do tributo (Lei n.º 6.763/75) com fito a aclará-lo no tocante ao seu aspecto nuclear (ou material), resta caracterizado o caráter interpretativo da norma veiculada pela citada Lei n.º 14.062/01. Daí decorre que o comando legal de que se cuida, a teor do disposto no artigo 106, inciso I do Código Tributário Nacional, opera efeitos “ex tunc”, retroagindo à data da edição da norma a que se refere.”* Conclui que a norma veiculada pela Lei n.º 14.062/01 cuidou de explicitar uma hipótese de mera não-incidência simples do ICMS, implicando *“... considerar indevido o imposto pago relativamente às mencionadas operações, tanto no que respeita aos recolhimentos realizados pelos contribuintes, quanto no que se refere aos lançamentos efetuados de ofício.”*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dentro deste contexto, aplica-se, também, o caráter interpretativo à referida alteração trazida pela Lei n.º 15.956/05. Assim, aplicável à espécie o disposto no artigo 106, inciso I, do CTN que impõe a retroatividade das leis ditas interpretativas, desde o momento da entrada em vigor da lei interpretada, devendo, portanto, ser excluídas as exigências de ICMS e MR.

Correta a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 6.763/75, uma vez que a Autuada não emitiu os documentos fiscais necessários.

Importante destacar que o valor da multa isolada prevista no artigo 55, inciso II, da Lei n.º 6.763/75, deve ser adequado ao limite estabelecido pelo § 2º, do artigo 55 do mesmo diploma legal (nova redação dada Lei 15.956 de 29/12/2.005).

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso, para excluir o ICMS e a MR. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), que lhe dava provimento. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6763/75, para cancelar a multa isolada. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Flávio Almeida de Lima e pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Participaram do julgamento, além dos signatários e do retro citado, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão, José Eymard Costa e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 28/04/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora

Acórdão: 3.121/06/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050108860-56
Recorrente: Ral Engenharia Ltda.
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Flávio Almeida de Lima/Outros
PTA/AI: 01.000134225-19
Inscr. Estadual: 712.969958.0070
Origem: DF/Pedro Leopoldo

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

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Na realidade, a divergência é tão somente no que diz respeito à Multa Isolada, já que, à unanimidade, as exigências de ICMS e MR foram canceladas.

Com a devida “*venia*”, inaplicável a exigência da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75.

Ora, a própria decisão majoritária enxergou como inaplicável a exigência do ICMS e da MR, tendo em vista as alterações advindas com a edição da Lei 15.956/05, aplicando, por força desta alteração, o disposto no artigo 106, inciso I, do CTN.

Sendo assim, reputo que a tese de defesa resta convalidada, no sentido de que as notas de prestação de serviços mostram-se corretas para as operações autuadas.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso aviado.

Sala das Sessões, 28/04/06.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**