



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA

RESOLUÇÃO Nº 314/2010
145ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08 DE SETEMBRO DE 2010
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1355/2007
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2006.27395
AUTUANTE: ERIVELTON CARTAXO PINTO
RECORRENTE: CPV BRASIL LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA: CONSELHEIRA SILVANA CARVALHO LIMA PETELINKAR

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. IMPROCEDÊNCIA, tendo em vista que o serviço de concretagem não está sujeito à incidência do ICMS e sim do ISS, a teor do item 7.2 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 e da Súmula 167 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso voluntário conhecido e provido. Reformada, por unanimidade de votos, a decisão de 1ª Instância.

RELATÓRIO

A peça inicial acusa o contribuinte de "Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte deixou de recolher parte do ICMS referente às vendas realizadas para prestadores de serviços, conforme informações complementares anexas. Valores constantes nas planilhas e informações".

Dispositivos infringidos: Art. 73, 74, ambos do Decreto 24.569/97. Penalidade: Art. 123, I, c, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/2003.

Crédito Tributário: ICMS R\$ 91.504,27 MULTA R\$ 91.504,27

Instruem os autos: Termo de Intimação nº 2006.29188 (fls. 03); Ordem de Serviço nº 2006.35568 (fls. 04), Aviso de Recebimento (fls. 06), Cópia de Lei Complementar nº 116/2003 (fls. 07 a 18), Planilha Demonstrativa do ICMS a recolher (fls. 19 a 27), Cópia de Nota Fiscal (fls. 28), Informação Complementar (fls. 29 a 30), Cópia do Livro Registro de Saídas (fls. 33 a 119), Conta Corrente dos exercícios 2004, 2005 e 2006 (fls. 122 e 123), 4ªs vias das Notas Fiscais emitidas pela autuada (fls. 125 a 1.695), Cópia do Livro Registro de Entradas (fls. 1.696 a 1.821).

O contribuinte apresentou tempestivamente impugnação ao feito fiscal, conforme fls. 1.107 a 1.117 dos autos alegando basicamente que as operações realizadas estão sujeitas à incidência do ISSQN, posto que se trata de serviços de concretagem.

Em primeira Instância, a Julgadora Singular declarou a **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, conforme fls. 1.124 a 1.130.

O contribuinte inconformado com a decisão singular interpôs recurso voluntário (fls. 1137 a 1148) alegando, basicamente, que as operações devem ser tributadas pelo ISSQN e não pelo ICMS, posto que se trata de serviço de concretagem.

Por meio do Parecer nº. 11/2010, a Consultoria Tributária opinou no sentido de confirmar a decisão Condenatória proferida em 1ª Instância, em conformidade com entendimento do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

O processo foi colocado em julgamento no dia 1º de junho de 2010, contudo não foi julgado em razão do pedido de adiamento formalizado pelo Advogado da parte em face de audiência no fórum anteriormente marcada para a mesma data e horário.

Os autos do processo voltaram a julgamento no dia 09 de julho de 2010, contudo, não foi prolatada nenhuma decisão em face do pedido de vista formulado pelo Conselheiro Sebastião Almeida Araújo, cuja manifestação repousa às fls. 1.166 a 1.169.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Versa o presente processo sobre a acusação de que a empresa, acima nominada, deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS incidente sobre as prestações de concretagem no montante de R\$ 91.504,27 (noventa e um mil quinhentos e quatro reais e vinte e sete centavos).

De acordo com o agente fiscal, a empresa atuada adquire cimento, brita e outros componentes necessários ao preparo de argamassa. O produto resultante da mistura em betoneiras atreladas a caminhões é vendido para construtoras, quem efetivamente presta os serviços, razão pela qual entende que há a comercialização do produto, estando no campo de incidência do ICMS e não do ISSQN.

Considerando que o Processo ora em julgamento foi apreciado e julgado na mesma sessão que tivemos em pauta o processo de n. 1/1354/2007, referente ao Auto de Infração n. 1/2006.27397-6.

Considerando que as preliminares argüidas pela parte são as mesmas em ambos os processos.

Considerando que por fim mantenho perfeita sintonia com o voto do Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva, lanço mão de seu voto, nos termos abaixo expostos:



Prima facie, parece que assiste razão ao agente fiscal tendo em vista que não se trata de uma construtora, mas de uma empresa de preparação de massa e argamassa para construção civil, inscrita no Cadastro Geral da Fazenda – CGF sob o CNAE 2330305. Contudo, o simples fato de a empresa encontrar-se inscrita no cadastro da Fazenda não quer significar que as operações ou prestações realizadas estejam sujeitas à incidência do imposto estadual.

Vejamus então o disciplinamento contido na Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal.

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

7.2 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Dessa forma, indaga-se: Concretagem: mercadoria ou serviço?

O concreto é insumo da construção civil composto por uma mistura de cimento, areia, pedras britadas e água, além de outros materiais eventuais, os aditivos.

Concretagem é a atividade de fornecimento de concreto dosado em central, decorrente basicamente do resultado da mistura de cimento, água, pedra e areia, sendo que o cimento ao ser hidratado pela água, forma uma pasta resistente e aderente aos fragmentos de agregados (pedra e areia), formando um bloco monolítico. Esta atividade é executada por meio de caminhões conhecidos como betoneiras, podendo estar incluídos os que prestam serviços de bombeamento de concreto (concretagem-bomba).



Pelas definições acima, vê que a concretagem é uma atividade de prestação de serviço que tem como objetivo o fornecimento de um produto que é o concreto dosado em central, isto é, fora do local da obra.

Destaca-se que caso o concreto seja dosado no local da obra pelo seu próprio executor, o mesmo será considerado insumo da obra de construção civil e não serviço de concretagem.

É relevante ser observado ainda, que é indiferente para fins da tributação do imposto, se está sendo vendido um produto ou um serviço, haja vista que o legislador definiu a atividade como uma prestação de serviço sujeita a incidência do imposto. Mas, como já foi exposto acima, a atividade de concretagem trata-se de um serviço e não de um produto pronto e acabado que o comprador vai a um estabelecimento industrial ou comercial e o compra pronto para ser usado.

Com relação a tributação do serviço de concretagem, os Tribunais Superiores vem decidindo, reiteradamente, que incide o ISS sobre a prestação deste serviço e que a base de cálculo do imposto deste serviço é o valor total cobrado pelo serviço, ou seja, sem nenhuma dedução. Este entendimento dos tribunais parte do pressuposto de que consta expressamente no subitem da Lista que trata do serviço, uma regra específica de que somente é admitida como dedução da base de cálculo do imposto, os valores correspondentes às mercadorias expressamente consignadas, sobre as quais recai a incidência do ICMS quando forem produzidas pelo prestador de serviços fora do local da execução da obra.

Este entendimento pode ser comprovado por meio extraídos da decisão da Segunda Turma do STJ no REsp 622385/MG, que teve como relatora a Ministra ELIANA CALMON, publicado no Diário da Justiça de 28/06/2006:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ART. 535 DO CPC - VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - CONSTRUÇÃO CIVIL - ISS - BASE DE CÁLCULO - DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS - IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se vislumbra ofensa ao art. 535 do CPC se a recorrente, em sua petição de interposição dos embargos declaratórios, não precisa com clareza e objetividade as teses jurídicas a respeito das quais o Tribunal a quo, segundo seu entendimento, estava obrigado a emitir pronunciamento.

2. Não se conhece das teses em relação às quais o Tribunal a quo não emitiu qualquer juízo de valor, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF

3. A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Precedentes.

4. A mudança de disposição, na lista do ISS, do serviço de execução de

obras de construção civil – do item 19 para o 32, conforme a redação da LC 56/87 – é circunstância inteiramente desinfluyente.

Isso porque tanto ao tempo da vigência do DL 834/69 quanto da LC 56/87 a dedução dos materiais empregados, por prescrição dos itens 19 e 32, respectivamente, restringia-se ao fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação de serviço.

5. Os referidos itens criaram, em relação ao § 2º do art. 9º do DL 406/68, uma regra de dedução ainda mais específica, que não admitia o abatimento de outros valores que não aqueles correspondentes aos materiais expressamente consignados, sobre os quais se fez recair a incidência do ICMS.

6. Tal orientação não sofreu abalo nem mesmo com a vinda da LC 116/2003, porque os serviços discutidos, agora definidos no item 7.02 da lista mais recente, mantiveram-se submetidos à mesma sistemática outrora imposta.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

Ademais, a matéria já está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifestou:

Súmula 167 - O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se à incidência do ISS.

Pelo exposto, por considerar que não resta nenhuma dúvida quanto a tributação, tão somente, do serviço de concretagem pelo ISS, **VOTO** pelo conhecimento do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e declarar a IMPROCEDÊNCIA da autuação, nos termos da manifestação verbal do Procurador do Estado, abaixo reproduzida:

“Consultando os autos detectamos que a matéria-prima relacionada nas notas fiscais que consubstanciam o Auto de Infração tem como finalidade o serviço de concretagem. Além do mais, o próprio Agente Fiscal afirma em sua Informação Complementar: 'Constatamos que o produto é fabricado em betoneiras atreladas a caminhões...'. Assim, o erro na emissão das notas fiscais não teve o condão de descaracterizar a prestação de serviço de concretagem no local da obra, e, nessa condição, tal operação não se sujeita à incidência do ICMS, mas tão somente ao ISS”.

É como voto.

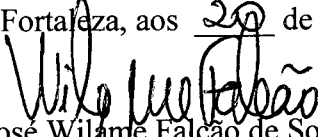


DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **CPV BRASIL LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

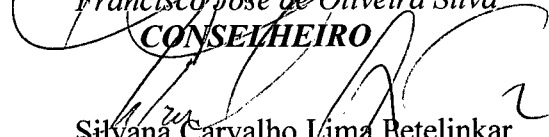
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar **improcedente** a acusação, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado em sessão, nos seguintes termos: *"Consultando os autos detectamos que a matéria-prima relacionada nas notas fiscais que consubstanciam o Auto de Infração tem como finalidade o serviço de concretagem. Além do mais, o próprio Agente Fiscal afirma em sua Informação Complementar: 'Constatamos que o produto é fabricado em betoneiras atreladas a caminhões...'. Assim, o erro na emissão das notas fiscais não teve o condão de descaracterizar a prestação de serviço de concretagem no local da obra, e, nessa condição, tal operação não se sujeita à incidência do ICMS, mas tão somente ao ISS"*.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de outubro de 2010.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA-RELATORA

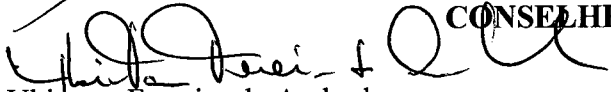

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


João Carlos Carneiro Moreira
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Marcos Antônio Brasil
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO