



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO N.º: 315 / 99

SESSÃO DE 06/05/99

PROCESSO DE RECURSO N.º: 01969/95

A.I. N.º: 363614/95

RECORRENTE/RECORRIDO: R. FURLANI ENGENHARIA LTDA. e
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ PAIVA DE FREITAS

EMENTA:

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MASSA ASFÁLTICA. Decisão pela **IMPROCEDÊNCIA** do feito fiscal em apreciação, posto que a operação em questão não está sujeita à incidência do ICMS, e sim do ISS, imposto de competência municipal. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO:

Reporta-se o presente processo à constatação, por parte dos autuantes, de que a empresa acima epigrafada, quando do serviço de pavimentação de ruas e avenidas da Capital do estado do Ceará, fabricou massa asfáltica em usina própria, distribuindo em seguida para o canteiro de obras sem o devido recolhimento do ICMS. A base de cálculo da operação foi arbitrada pelos agentes autuantes no montante de CR\$ 10.121.164,57 (dez milhões, cento e vinte e um mil, cento e sessenta e quatro cruzeiros reais e cinquenta e sete centavos).

Os representantes do Fisco consideraram como dispositivos legais infringidos os arts. 1.º, 2.º, VII, "a", 120, I, 761 e 762 do Decreto n.º 21.219/91; propondo a penalidade consubstanciada no art. 767, inciso III, alínea "b", do referido Diploma legal.

Constam em fls. 05 a 15 dos autos xerocópias dos Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização, das Informações Complementares ao A.I., da Portaria n.º

142/95 (Ato Designatório), da Autorização de Prorrogação do Termo de Início de Fiscalização, e das Notas Fiscais de aquisição de cimento asfáltico junto à PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.

O contribuinte autuado, inconformado com a lavratura do A.I., ingressa com impugnação em fls. 17 a 24 dos autos, na qual requer, em síntese, o que se segue:

- a) que seja reconhecida a não incidência do ICMS na prestação de serviço de massa asfáltica, pois que tal prestação está na égide do ISS, imposto estritamente municipal;
- b) a fabricação da massa asfáltica não se deu, em sua plenitude, fora do local da obra, posto que a massa era transportada em estado pastoso para a obra, onde ocorrerá o endurecimento definitivo do asfalto;
- c) ao final, que o A.I. em epígrafe seja julgado IMPROCEDENTE.

O nobre Julgador monocrático decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do A.I. em epígrafe, por ter reduzido a composição do crédito tributário em virtude de novo enquadramento da penalidade, substituindo a sugerida pelos autuantes por aquela prevista no art. 767, I, "c", do Decreto n.º 21.219/91.

Intimada da decisão parcialmente condenatória proferida pela Primeira Instância por carta, com A.R., a empresa autuada dela recorre em fls. 34 e 35 dos autos, através de advogado regularmente constituído, apresentando, em linhas gerais, os mesmos argumentos da impugnação, requerendo, ao final, a improcedência da ação fiscal.

O insigne Consultor Tributário, em seu Parecer de n.º 174/99 anexo em fls. 74/75, sugeriu a reforma decisório singular, de parcial procedência do feito fiscal, para total improcedência, por entender que o fornecimento de concreto asfáltico está sujeito à incidência do ISS, de competência do município de Fortaleza, e não do ICMS.

A douta Procuradoria Geral do Estado, por seu representante, concorda com o posicionamento adotado pela Consultoria Tributária, conforme fls. 76.

É o Relatório.

J. P. F.

VOTO DO RELATOR:

A decisão exarada pelo eminente Julgador singular, de Parcial Procedência do Auto de Infração em questão, com a aplicação da penalidade consubstanciada no art. 767, I, "c", do Decreto n.º 21.219/91, merece ser reformada, consoante demonstraremos a seguir.

A propósito da infração especificada no relato da peça exordial, de que o contribuinte autuado deixara de emitir Notas Fiscais relativamente às suas vendas de massa asfáltica, a ser empregada na pavimentação de ruas e avenidas da cidade de Fortaleza, Capital do estado do Ceará, os agentes autuantes fundamentaram-se no art. 2.º, inciso VII, alínea "a", do Decreto n.º 21.219/91, que dispõe o seguinte, **in verbis**:

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

.....

VII – no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos municípios com indicação expressa de incidência do ICMS, como definida em lei complementar a saber:

a) fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço, fora do local da prestação do serviço, nos casos de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares;

No caso em apreço, o contribuinte autuado, quando do preparo do concreto asfáltico, adiciona aos resíduos de petróleo bruto, fornecidos gratuitamente pela prefeitura de Fortaleza, areia, brita e água, colocando-os em misturadores, inclusive betoneiras, conduzindo esse concreto asfáltico, tecnicamente denominado Cimento Asfáltico de Petróleo-CAP, até o local das obras, procedendo a aplicação e compactação, resultando daí a manta asfáltica que recobre as vias pavimentadas. Essa mistura, em estado pastoso, reclama a sua imediata aplicação, sob pena de resfriamento e conseqüentemente endurecimento, tornado-a inaproveitável.

Assim, verifica-se que a fabricação da massa asfáltica é impossível de se realizar, em sua plenitude, fora local da obra, na medida em que a aplicação, compactação e resfriamento do concreto asfáltico ocorrerá, necessariamente, quando da colocação deste nas vias pavimentadas.

VOTO DO RELATOR (continuação):

Ressalte-se, por oportuno, que atualmente, como asseverou com rara propriedade o insigne Consultor Tributário em seu Parecer de fls. 74 e 75, corroborado pelo digno representante da douta Procuradoria Geral do Estado, é pacífico na doutrina (e também na jurisprudência, infirmamos) a tese de que o fornecimento de mercadorias juntamente com a prestação de serviço de construção civil, quando as mercadorias incorporam-se profundamente à obra, sem que possam ser retiradas, ou podendo sê-las, ficando inservíveis para a sua finalidade inicial, sobre elas incidirá somente o ISS, tributo de competência municipal.

Ora, o fornecimento do concreto asfáltico na pavimentação de ruas e avenidas da Loira Esposada do Sol está, por conseguinte, sujeito ao ISS, posto que incorpora-se, profundamente, à obra, e a sua eventual retirada torna-se impraticável sem perder as suas características essenciais.

Ante todo o exposto, sou porque se conheça do recurso oficial interposto, dar-lhe provimento, no sentido de modificar a decisão parcialmente condenatória exarada pela Instância Monocrática, para decidir pela **IMPROCEDÊNCIA** da ação fiscal, em acorde com o Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

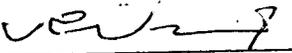
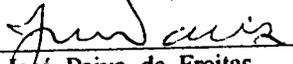
J.P.F.

DECISÃO:

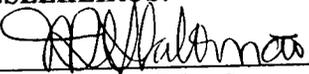
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente e recorrida: a **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS** e a empresa **R. FURLANI ENGENHARIA LTDA.**,

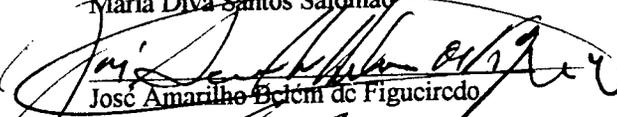
RESOLVEM, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos oficial e voluntário interpostos, dar-lhes provimento, no sentido de modificar a decisão exarada pela Instância singular, de parcial procedência, para decidir pela **IMPROCEDÊNCIA** do feito fiscal, nos termos propostos pelo Conselheiro Relator e de conformidade com o Parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

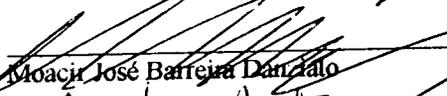
SALA DAS SESSÕES DA 2.ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de maio de 1999.

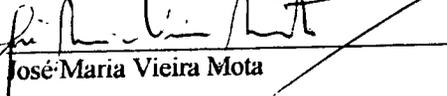

José Ribeiro Neto
Presidente da 2ª Câmara

José Paiva de Freitas
Relator

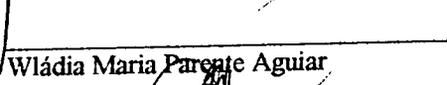
CONSELHEIROS:


Maria Diva Santos Salomão

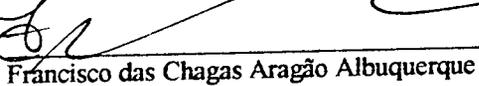

José Amarillo Belém de Figueiredo


Moacyr José Barreira Dandalo

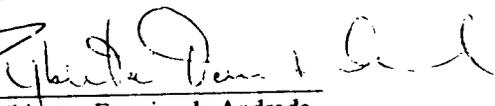

José Maria Vieira Mota


Wlândia Maria Parente Aguiar


Alberto Cardoso Moreno Maia


Francisco das Chagas Aragão Albuquerque

FOMOS RESENTES:


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

Consultor Tributário