



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 530/2013
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
163ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 02/09/2013
PROCESSO Nº: 1/162/2009
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200816463
AUTUANTE: FRANCISCO MÁRIO R. MACHADO
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: ENGEMIX S/A
RELATORA: MARIA LUCINEIDE SERPA GOMES

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO. 1. Acusação versa sobre falta de recolhimento do ICMS nas operações de fornecimento de concreto transportado por caminhões betoneira para o local da concretagem contratada. 2. Auto de Infração julgado **IMPROCEDENTE**, haja vista que tal serviço está enquadrado na Lei Complementar nº 116/2003 como serviço sujeito exclusivamente à incidência do ISS. 3. Reformada a decisão de nulidade proferida em 1ª Instância, para improcedência do Auto de Infração. 4. Decisão unânime, nos termos deste voto e de acordo com o Parecer da consultoria Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

A peça inicial descreve que no período de janeiro a dezembro de 2005, o contribuinte deixou de recolher ICMS. O Agente Fiscal descreve em seu relato:

Falta de recolhimento do Imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por Substituição Tributária, na forma e nos prazos regulamentares.

Após exame acurado de livros e notas fiscais de entrada e saída e estudo do processo industrial da autuada, constatamos que houve falta de recolhimento do ICMS no exercício de 2005 consoante se detalha nas Informações Complementares e documentos a elas acostados.

- **Período da Infração:** 01/2005 a 12/2005.
- **Crédito Tributário:**
 - Base de Cálculo: R\$ 8.558.057,62 (oito milhões quinhentos e cinquenta e oito mil cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos);
 - Principal: R\$ 1.454.869,79 (hum milhão quatrocentos e cinquenta e quatro mil oitocentos e sessenta e nove reais e setenta e nove centavos);
 - Multa: R\$ 1.454.869,79 (hum milhão quatrocentos e cinquenta e quatro mil oitocentos e sessenta e nove reais e setenta e nove centavos).
- **Dispositivos Infringidos:** Artigos 73 e 74 do Dec. nº 24.569/97.
- **Penalidade:** Art. 123, I, c, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares o Autuante informa ter juntado aos autos documento que detalha o embasamento técnico e jurídico para a lavratura do Auto de Infração. Esclarecendo:

1. A ENGEMIX usava em 2005 a Razão Social GERAL DE CONCRETO S/A;
2. Comprava cimento, brita, aditivos químicos e usava água da rede para produção de mercadoria (CONCRETO), no seu estabelecimento;
3. Divulgava o seu produto inclusive na lista telefônica;
4. Nas vendas emitia nota fiscal constando como Natureza da Operação "Transferência para Utilização na Prestação de Serviço", sendo a própria ENGEMIX o destinatário e transportador do concreto. Na discriminação dos produtos constava: cimento, areia e brita; em outras notas constavam também: aditivo polifuncional e água;
5. Em todas as notas fiscais no campo DADOS ADICIONAIS, a empresa preenchia com a informação do volume de concreto vendido, sua resistência e sua consistência;

Two handwritten signatures in black ink are located in the bottom right corner of the page. The top signature is a large, stylized cursive mark, and the bottom signature is a smaller, more legible cursive mark.

6. Não há destaque de ICMS em nenhuma nota fiscal emitida;
7. Nas notas fiscais existem informações só decifráveis por alguém com conhecimento técnico no ramo de engenharia, que é o caso do Auditor atuante;
8. No rodapé das notas fiscais existe um Termo de Responsabilidade para ser Assinado pelo Comprador do Concreto;
9. Há também no rodapé das notas um termo de responsabilidade em forma de Recibo, a ser assinado pelo comprador ao receber a mercadoria;
10. Na escrituração do Livro Registro de Saídas a empresa atuada lança cada nota fiscal individualmente, por sequencia numérica crescente, o que não deixa dúvida quanto ao ICMS devido ao Estado do Ceará.

Instruem os autos: AI nº 2008.16463 (fls. 02); Informações Complementares (03/04); Ordem de Serviço 2008.31485 (fls. 05); Termo de Início de Fiscalização 2008.26771 (fls. 06); Termo de Conclusão de Fiscalização 2008.31683 (fls. 07); Anexo I - Parte Integrante das Informações Complementares (fls. 08/13); Cópia do Livro Registro de Saídas de 2005 (fls. 14/282); Cópias de notas fiscais (fls. 283/306); Termo de Juntada (fls. 307); Cópia do AR de entrega do AI, Informações Complementares com o Anexo I, e Termo de Conclusão (fls. 308); Termo de Revelia (fls. 309).

O atuado, após requerer dilação de prazo, apresenta Impugnação ao feito fiscal alegando:

1. A atividade fim da empresa é a prestação de serviço de concretagem e não tem como objetivo a produção de concreto como produto final para venda a varejo;
2. O referido serviço faz parte da Lei complementar nº 116/2003, incidindo sobre o mesmo apenas o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISSQN.

7.01 - Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres.

7.02 - 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).

3. A Súmula nº 167 do STJ põe por terra as alegações da autoridade fiscal

STJ Súmula nº 167 - 11/09/1996 - DJ 19.09.1996

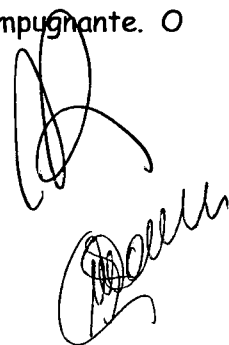


Betoneiras Acopladas a Caminhões - ISS

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.

4. O Auditor fiscal desconhece as normas e recomendações da Associação Brasileira das Empresas de Serviço de Concretagem - ABESC, à qual a Impetrante é filiada;
5. A ENGEMIX opera como uma central dosadora, fazendo a dosagem do concreto por meio de instalações e equipamentos responsáveis pela granulometria dos materiais. Após a dosagem o material é despejado no caminhão betoneira. O caminhão betoneira é base da prestação do serviço, sendo responsável não só pelo transporte, mas sim por toda a mistura e homogeneização dos materiais componentes do concreto;
6. Irregularidade do Termo de Conclusão de Fiscalização: ausência de indicação da Legislação, base de cálculo e alíquotas. Afronta ao Art. 30 c/c Art. 33, ambos do Dec. nº 25.468/99. Sem saber exatamente do que está sendo acusado, não é possível a sua defesa de forma efetiva, completa. Pede a NULIDADE do Termo;
7. NULIDADE absoluta: a infração alegada não corresponde à verdade material, Art. 30 do Dec. nº 25.468/99. Vício insanável;
8. NULIDADE absoluta: dever da autoridade administrativa provar suas alegações. O dever da prova da ocorrência do fato gerador pertence à autoridade fiscal lançadora por lhe competir o dever de constituir o crédito tributário (Art. 142 do CTN);
9. Do mérito: prestação de serviços sujeita à Súmula nº 167, à Lei Complementar nº 116/2003, e Art. 3º, VI, a, do RICMS/Ce;
10. Não é cabível os argumentos de que os contratos de empreitada ou subempreitada seriam na realidade contratos de compra e venda;
11. Os materiais adquiridos com essa finalidade entram na base de cálculo do ISS;
12. Resolução nº 496/2002. 1ª Câmara do CRT/CONAT/SEFAZ-CE. Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO - NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. IMPROCEDÊNCIA. SÚMULA 167 DO STJ
13. Requer Perícia para provar que o concreto é produzido dentro dos caminhões betoneira, até a obra.

O nobre Julgador Singular julgou o Processo como **NULO**, por ausência do pressuposto jurídico ou motivo legal que de outra forma lhe exigiria, haja vista não se aplicar a hipótese de incidência do ICMSS à preparação de concreto com destinação a obras de concretagem, restando prejudicadas as demais questões aduzidas pela Impugnante. O Processo é remetido de Ofício ao Conselho de Recursos Tributários.



O Parecer nº 452/2012 da Consultoria Tributária, que foi adotado integralmente pelo Procurador do Estado, decide pela **IMPROCEDÊNCIA**, trazendo em sua fundamentação os seguintes pontos:

1. A empresa tem como CNAE Principal e Secundário é 429599 - Outras obras de engenharia civil não especificada. Regime de Recolhimento OUTROS;
2. A acusação fiscal está amparada na venda de mercadorias sem o destaque do ICMS efetuada pela autuada para empresas prestadoras de serviços;
3. A atividade desempenhada pela ENGEMIX S/A se encontra na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Não há ressalva da incidência do ICMS, por conseguinte, é tributação exclusiva do ISS, de competência municipal;
4. É entendimento pacífico do STJ que o fornecimento de concreto para construção civil que vai sendo preparado em betoneiras acopladas a caminhões, no trajeto até a obra, não está sujeito ao ICMS;
5. Entendimento comprovado por meio das decisões das Câmaras de Julgamento do CONAT/CE;
6. Não ocorreu infração alguma à Legislação Tributária do Estado do Ceará.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa sob a acusação de no período de janeiro a dezembro de 2005, após exame acurado nos livros fiscais, notas fiscais de entrada e de saída e estudo do processo industrial da autuada, no valor de R\$ 8.558.057,62 (oito milhões quinhentos e cinquenta e oito mil cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos).

O Julgador Singular decidiu pela nulidade do auto de Infração com o argumento de ausência de pressuposto jurídico ou motivo legal que de outra forma lhe exigiria, haja vista não se aplicar a hipótese de incidência do ICMS à preparação de concreto com destinação a obras de concretagem, restando prejudicadas demais questões aduzidas pela impugnante.

Entretanto, entendo haver nos autos razão para que seja declarada a improcedência da ação fiscal, senão vejamos.

A empresa ENGEMIX S/A está inscrita no Cadastro Geral da Fazenda com o CNAE 429599 - Outras obras de Engenharia Civil não Especificada, tendo como Regime de Recolhimento OUTROS.



Destaca-se que a atividade desempenhada pela autuada se encontra na Lista de Serviços anexa à Lei complementar nº 116/2003, onde figura dentre serviços sujeitos exclusivamente ao ISS (item 7.02), sem a ressalva da incidência do ICMS.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou através da Súmula nº 167, que 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 a incidência do ISS, que o caso da empresa autuada.

Salienta-se também que este entendimento tem sido comprovado por meio das decisões de ambas as Câmaras de Julgamento deste Contencioso.

Assim, entendo não ter ocorrido infração alguma à Legislação Tributária do Estado do Ceará.

Desta forma, nos moldes do Art. 53, §11, do Decreto nº 25.468/99, que determina que quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade, voto pelo conhecimento do Recurso Oficial, dando-lhe provimento, para seja reformada a decisão de nulidade proferida em 1ª Instância, para **IMPROCEDÊNCIA**, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DECISÃO

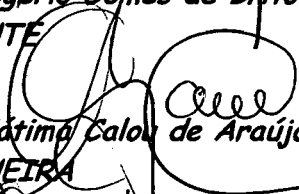
Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, Recorrido **ENGEMIX S/A**,

A Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, dar-lhe provimento para, com esteio no Art. 53, §11, do Dec. Nº 25.468/99, modificar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância e julgar improcedente o feito fiscal, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Ausentes à votação os Conselheiros Samuel Aragão e Lúcia de Fátima Calou de Araújo.

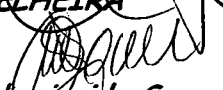
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 03 de setembro de 2013.



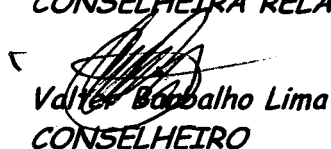
Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE



Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA



Maria Lucineide Serpa Gomes
CONSELHEIRA RELATORA



Valtér Barbosa Lima
CONSELHEIRO

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRA



Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO



Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO

Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO



Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA



Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO