

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.707/02/3^a
Impugnação: 40.0100057300-74
Agravo Retido: 40.030002533-77
Impugnante/Agravante: Ral Engenharia Ltda.
Coobrigado: Erege Participações Ltda.
Proc. S. Passivo: Flávio Almeida de Lima/Outro(s)
PTA/AI: 01.000134225-19
Inscrição Estadual: 712.969958.00-70(Autuada)
CGC: 01115348/0001-97
Origem: AF/Pedro Leopoldo
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Os elementos constantes dos autos são suficientes para solucionar o caso, o que dispensa a realização de prova pericial. Recurso não provido. Decisão unânime.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – MASSA ASFÁLTICA. Evidenciado que a Autuada promoveu saídas de massa asfáltica desacobertas de documentos fiscais, comprovadas pela emissão de notas fiscais de serviço vinculadas às operações. Infração caracterizada. Exigências parcialmente mantidas nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o Contribuinte, no período de dezembro de 1996 a junho de 1999, promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais autorizados pela repartição fazendária, comprovada pela emissão de notas fiscais de serviço vinculadas às operações.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.857/873), por intermédio de procurador regularmente constituído, protestando pela realização de prova pericial, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 1.732 a 1738, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal conforme Despacho de fls. 1.793, indefere o requerimento de prova pericial.

A Impugnante, insurgindo-se contra esta decisão, interpõe o Recurso de Agravo de fls. 1796/1797.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão supra e, em consequência, o referido Recurso de Agravo fica retido nos presentes autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1808/1816, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção deste tipo de prova, vez que os quesitos propostos não auxiliam no julgamento da lide.

A Impugnante requer a análise da sua documentação contábil, com o fito de averiguar sua regularidade. Esta teria efeito sobre o direito aos créditos de ICMS indicados por ela. Porém, não houve necessidade dessa análise para que o Fisco reconhecesse o direito ao crédito de alguns documentos acostados pela Impugnante, após a apresentação de sua peça defensiva.

Em relação ao terceiro quesito, observa-se que sua resposta é bastante óbvia, vez que em alguns casos o Fisco adotou valor superior ao percentual de 46,5% para a apuração da base de cálculo da operação, pelos motivos que serão discutidos no mérito.

Isto posto, confirma-se a tese anterior da Auditoria Fiscal que indeferiu o requerimento de prova pericial, de que o trabalho fiscal encontra-se plenamente alicerçado em farta documentação acostada aos autos, o que torna prescindível a realização do procedimento pericial.

Em tempo, a produção de prova pericial é direito do Contribuinte sim, desde que não estejam nos autos elementos suficientes para dirimir o litígio.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e II, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

O presente Auto de Infração trata da imputação fiscal de saída de mercadoria – massa asfáltica – desacobertada de documentos fiscais, comprovada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

através da emissão, pela Impugnante, de notas fiscais de serviço vinculadas às operações. A presente peça fiscal traz em seu bojo a exigência do ICMS devido no lapso compreendido entre dezembro de 1996 a junho de 1999, a respectiva multa de revalidação, e a multa isolada prevista na alínea “a”, inciso II, do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, de 20% sobre a base de cálculo do imposto.

Conforme indica a alínea “b”, do inciso II, do artigo 1º do RICMS/96, o ICMS é um tributo que incide também sobre o fornecimento de mercadoria com prestação de serviço compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar.

O item 32 da lista de serviços, a que se refere a Lei Complementar n.º 56/87, que deu nova redação à lista anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, inclui na competência do município, e por conseguinte, como fato gerador do ISSQN, a 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 sujeito ao ICMS.

Esta exceção é o ponto chave da lide. A Impugnante alega que a usinagem é parte da prestação de serviço, e que a preparação da massa asfáltica, apesar de ser realizada em usinas instaladas na periferia das cidades, não se completa ali, e sim nos canteiros de obra localizados nos municípios da região da Grande BH.

O Fisco afirma, em seu relatório anexo ao AI, que para averiguar se a Contribuinte enquadrava-se na excepcionalidade do item 32, diligenciou junto ao seu estabelecimento industrial, onde é preparada a massa asfáltica, constatando, *in loco*, que este localizava-se fora do canteiro de serviços. A fim de comprovar a sua constatação, abordou três veículos transportando o produto na divisa entre dois municípios da Grande BH, sendo que estes estavam sem documentação fiscal da operação, o que ensejou a emissão de DAF e de nota fiscal avulsa.

Embora a alegação de que seja impraticável a produção da mistura no local da obra, isto não ilide a cobrança do imposto, eis que o fato gerador do ICMS – saída de mercadoria, a qualquer título – ocorreu conforme aponta o levantamento fiscal, fazendo incidir o imposto.

O inciso VII, do artigo 7º da Lei n.º 6.763/75 assim dispõe:

art. 7º O imposto não incide sobre:

omisses

VII - a saída de estabelecimento prestador de serviço alcançado por tributação municipal, de mercadoria para utilização ou emprego na prestação de serviço listado em lei complementar, ressalvados os casos expressos de incidência do imposto de competência estadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A lei complementar define a incidência do ICMS no fornecimento de mercadoria com prestação de serviço pelas construtoras, conforme já mencionado, quando o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços ocorrer fora do local da prestação dos serviços.

Verifica-se os autos, constata-se que a hipótese de incidência do imposto estadual, descrita no *caput* do artigo 5º, da Lei n.º 6.763/75 – operações relativas à circulação de mercadorias – de fato ocorreu. Uma porque houve, de maneira incontável, circulação de massa asfáltica entre a usina e os locais de pavimentação, e outra porque a definição de mercadoria prevista no *caput* do artigo 222 do RICMS/96 se enquadra perfeitamente à massa asfáltica. Mesmo que esta mercadoria não se destinasse à revenda, seria suscetível de circulação econômica, o que já é suficiente para caracterizá-la como tal, nos termos regulamentares.

A fabricação de massa asfáltica em estabelecimento próprio e permanente, fora do canteiro de serviços está sujeita à tributação normal do ICMS. Ressalta-se que a própria Impugnante, ao descrever o processo de fabricação deste produto, implicitamente admite que ele ocorre fora do local da obra, confirmando mais uma vez a pertinência em se tributar a sua circulação.

A Impugnante alega que ao calcular os créditos gerados pela aquisição de insumos da massa asfáltica, o Fisco não considerou inúmeras notas de aquisição, e na oportunidade, anexa estes documentos nos autos. Este argumento gerou uma reformulação no trabalho fiscal, tendo em vista o seu acatamento, porém apenas de maneira parcial.

É que boa parte dos documentos, como demonstrou o Autuante, refere-se a material de uso e consumo, remessas de mercadorias com diferimento, remessas de empresas inscritas no Micro Geraes, além de notas fiscais com imposto incorretamente destacado. Desse modo, o direito aos créditos não foi pleno, haja vista a vedação imposta pela legislação nos casos detectados.

Cabe ressaltar que a Autuada não demonstrou discordância quanto à retificação parcial, abrindo mão de argumentar a respeito quando lhe foi aberta vista dos autos.

Com relação à base de cálculo, o Fisco arbitrou-a para determinadas notas fiscais, por se tratarem de prestação de serviço com fornecimento de mercadoria, sem a possibilidade de se identificar as quantidades saídas. Este arbitramento foi realizado com base nas notas fiscais de fls. 177 e 178, onde estão discriminados os valores da tonelada de massa asfáltica e o valor da aplicação desta. A relação média obtida entre uma e outra foi de 46,5%, percentual utilizado na determinação da base de cálculo das operações realizadas com o produto.

Para os demais documentos o Fisco não arbitrou a base de cálculo pois estão discriminados nestes simplesmente o fornecimento de CBQU, do que se infere que a Impugnante apenas fornecia o produto para seus clientes aplicá-los às suas obras. Foram adotados como valor da operação, nos casos em que havia discriminação do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor do fornecimento e da aplicação, os preços ali lançados, ou seja, a tonelagem utilizada vezes o valor unitário da tonelagem, excluído, quando era necessário, o valor da aplicação.

Outro argumento da Impugnante em relação à determinação da base de cálculo diz respeito à inclusão do valor do frete. Conforme o disposto no inciso I, do artigo 50 do RICMS/96, integram a base de cálculo do imposto nas operações todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como o frete. Não se nota dos documentos arrolados que o transporte ocorreu em veículo próprio da Impugnante. Pelo contrário, o que se tem são recibos de pagamento a autônomo – RPA, referentes a prestação de serviços de terceiros à Autuada, sendo esta, por conseguinte, responsável pelo recolhimento do imposto devido pela prestação de serviço, conforme o disposto no *caput* do artigo 37 do RICMS/96.

A Impugnante alega que emitiu a documentação correta para a “operação” de prestação de serviço. Aí desponta uma interessante questão, pois ao se referir à operação, a Impugnante admite implicitamente que realizou circulação de mercadorias, fato gerador do imposto.

Como já mencionado, as saídas de mercadorias ocorreram, e a Autuada não emitiu os documentos fiscais necessários. Assim, correta a exigência da MI capitulada no inciso II, alínea “a”, do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, por dar saída a mercadoria desacobertada de documento fiscal, reduzida a 20%, pois a infração foi apurada pelo Fisco com base em documentos fiscais da Contribuinte.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para considerar a reformulação do crédito tributário feita pelo Fisco, constante de fls. 1727/1728, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 31/10/02.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Revisor

Antônio César Ribeiro
Relator