

Acórdão: 3.120/06/CE Rito: Ordinário  
Recurso de Revisão: 40.060109408-17  
Recorrente: RECPAV-Reciclagem de Pavimentos e Pavimentação Ltda.  
Recorrida: Fazenda Pública Estadual  
Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios/Outros  
PTA/AI: 02.000115222-00  
Inscr. Estadual: 062.798546.00-38  
Origem: DF/ BH-5

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COOBRIGADO - EXCLUSÃO.** Exclusão das empresas Coobrigadas do pólo passivo da obrigação tributária, tendo em vista a inexistência de previsão legal na legislação tributária mineira, vigente na ocasião, que justifique o enquadramento das mesmas como responsáveis solidárias. A matéria não foi objeto de recurso.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL.** Constatada a existência de empresa em funcionamento sem inscrição estadual, contrariando, assim, o disposto no art. 110, § 1º e art. 661 do RICMS/91. Correta a aplicação da MI prevista nos art. 54, inciso I, da Lei nº 6.763/75. A matéria não foi objeto de recurso.

**MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - MASSA ASFÁLTICA -** Acusação fiscal de saídas de massa asfáltica do estabelecimento da Autuada desacobertadas de documento fiscal, apuradas através de documentação extrafiscal, 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 nº 56/87. A base de cálculo deve ser alterada, para considerar os valores da “Bonificação e Despesas Indiretas”, demonstradas pela Autuada, já que o Fisco arbitrou tais valores sem apresentar os parâmetros utilizados. Alterada a decisão *a quo* para excluir as exigências de ICMS e MR em relação ao fornecimento de massa asfáltica quando aplicado em obras em que a Autuada atua como subcontratada, devendo a Multa Isolada, em relação a essa parcela, ser adequada ao percentual de 15% (quinze por cento), nos termos do § 2º do artigo 55, da Lei nº 6.763/75.

Recurso de Revisão conhecido, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, por maioria de votos, parcialmente provido. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, §3º, da Lei nº 6763/75, para cancelar a Multa Isolada relativa a saída de massa asfáltica quando aplicada em obras em que a Recorrente atua como subcontratada.

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a imputação fiscal de que a Autuada mantinha em funcionamento o estabelecimento situado à Rua Alice Terrayana, nº 1330, Bairro Olhos D'água, em Belo Horizonte, não inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais; bem como, teria dado saída em 167.616,25 toneladas de concreto asfáltico betuminoso usinado a quente (CBUQ), para canteiros de obras situados em locais diversos do endereço da Autuada, desacombertadas de documentação fiscal, sendo exigidos ICMS, MR (50%) e MI prevista nos artigos 54, inciso I, e 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.783/02/3ª, pelo voto de qualidade, excluiu as Coobrigadas do pólo passivo da obrigação tributária e, ainda, manteve parcialmente as exigências fiscais, adequando a base de cálculo aos valores constantes dos quadros de fls. 446/447, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Tal adequação consiste na exclusão da base de cálculo, dos valores referentes à “BDI – Bonificação e Despesas Indiretas” arbitrados pelo Fisco, por falta de indicação dos parâmetros adotados, prevalecendo os valores indicados pela Autuada às fls. 202/205.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 467 a 480, requerendo, ao final, o seu provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 491 a 495, opina pelo provimento parcial do Recurso de Revisão, para excluir as exigências de ICMS e MR para o fornecimento de massa asfáltica quando aplicado em obras em que a Autuada atua como subcontratada.

**DECISÃO**

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Com 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 para: “ a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra.”, faz-se necessário uma nova análise da irregularidade do item 2 do Auto de Infração (fls. 164/165).

Com a referida 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. 192), "... é impossível 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 Olhos D'água, permitindo o atendimento de várias obras na região metropolitana de Belo Horizonte. Vale repetir que é absolutamente inviável montar uma usina na Av. Afonso Pena, ...", 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.

Importante esclarecer que os sócios da RECPAV – Reciclagem de Pavimentos e Pavimentação Limitada são as empresas Marajó Engenharia Limitada e Construtora Terrayama Limitada (Contrato Social de fls. 137/141). Cada sócia possui Contrato de Subempreitada com a RECPAV – Reciclagem de Pavimentos e Pavimentação Limitada, tendo como objeto: "a execução dos serviços de pavimentação asfáltica em locais diversos determinados pelo órgão público CONTRATANTE da obra, num raio de, aproximadamente, 100 Km em torno de Belo Horizonte"; forma de pagamento: "A EMPREITEIRA pagará à SUBEMPREITEIRA o valor por ela recebido junto aos Órgãos Contratantes de Serviços e os preços unitários serão os constantes das planilhas da EMPREITEIRA junto àqueles Órgãos, deduzidos os adiantamentos e os gastos contidos na cláusula quarta."; prazo de duração do contrato: "O prazo para execução das obras e serviços do presente contrato é indeterminado" (fls. 206/208 e 282/284).

Todos os Contratos firmados anexados aos autos (Empreitada ou Subempreitada - fls. 210/281 e 286/348) constam como Contratada a Marajó Engenharia Limitada ou a Construtora Terrayama Limitada. Ressalte-se que para cada um desses Contratos as Contratadas fazem um "Comunicado de início de obra" para a RECPAV – Reciclagem de Pavimentos e Pavimentação Limitada, mencionando que em complementação à cláusula primeira do contrato firmado entre as partes (subempreitada) informa o "início de nossa obra .....".

Saliente-se que, analisando os referidos Contratos, verifica-se que os objetos dos mesmos são, em síntese, execuções de obras de pavimentação asfáltica com fornecimento de material (fornecimento e aplicação de CBUQ), à exceção do Contrato de fls. 278/281 (fornecimento de CBUQ pela empresa Norte Sul Construção e Pavimentação Ltda.).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada emitiu “Nota Fiscal Prestação de Serviços” (fls. 351/417), constando como destinatária a Marajó Engenharia Limitada ou a Construtora Terrayama Limitada, com a seguinte discriminação dos serviços “Valor correspondente aos n/ serviços executados no período de ..... a ....., cf. medição”.

Verifica-se, através de diversos documentos (fls. 24/122) apreendidos pelo TADO n.º 02.115216.23, que a RECPAV – Reciclagem de Pavimentos e Pavimentação Limitada produz CBUQ. As duas empresas fornecem à Usina da RECPAV os seguintes materiais: brita, pó, CAP e areia. O documento denominado “Acerto de Agregados Entregue na Usina da RECPAV” discrimina a responsabilidade e destino do CBUQ, relacionando as obras e a quantidade de CBUQ utilizados pelas três empresas, inclusive, em alguns documentos constata-se o fornecimento de CBUQ para outras empresas (Construtora Marins, Etros Engenharia, Erkal Engenharia, Construtora Apia Ltda, Heta Engenharia, Apia Engenharia, Navaz Engenharia).

Conclui-se, assim, que a RECPAV – Reciclagem de Pavimentos e Pavimentação Limitada, além de fornecer e aplicar o CBUQ nas obras em que é subcontratada, também comercializa o produto. Isto porque não constam nos autos nenhum Contrato firmado com as empresas citadas acima e o documento denominado “Acerto de Agregados Entregue na Usina da RECPAV”, que sempre menciona a obra destinatária do CBUQ, para o CBUQ destinado às referidas empresas, menciona apenas o nome da empresa e a expressão “fornecimento” (ex: fls. 28, 30, 35).

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 “...

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

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 para o fornecimento de mercadoria (CBUQ) quando aplicado em obras em que a Autuada atua como subcontratada; e mantidas as exigências para as operações de saídas para terceiros (comercialização).

Correta a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II, da Lei n.º 6.763/75, não havendo motivos para aplicação da redução prevista na alínea “a” do mencionado dispositivo legal, uma vez que as infrações não foram apuradas com base em lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do Contribuinte. Ao contrário, as infrações foram apuradas através de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada, conforme TADO de fls. 02/03.

Cumprir a adequação da base de cálculo, conforme constante do Acórdão recorrido.

Importante destacar que o valor da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II, da Lei n.º 6.763/75, em relação ao fornecimento de massa asfáltica quando aplicada em obras em que a Autuada atua como subcontratada, deve ser adequado ao limite estabelecido pelo § 2º, do artigo 55 do mesmo diploma legal (nova redação dada Lei 15.956 de 29/12/2005).

No entanto, estabelece o artigo 53, §3º da Lei n.º 6.763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados §§ 5º e 6º de tal artigo.

Com base no dispositivo legal supra citado e tendo em vista os elementos dos autos aliados a inexistência de efetiva lesão ao Erário Público Mineiro e a não comprovação de ter o Contribuinte agido com dolo, fraude ou má-fé, temos por cabível a aplicação do permissivo legal para cancelar a penalidade isolada relativa à saída de massa asfáltica quando aplicada em obras em que a Autuada atua como subcontratada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir as exigências de ICMS e MR em relação ao fornecimento de massa asfáltica quando aplicada em obras em que a Autuada atua como subcontratada, devendo a MI, em relação a essa parcela, ser adequada ao percentual de 15% (quinze por cento), nos termos do § 2º do artigo 55, da Lei n.º 6763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que lhe dava provimento, nos termos do voto vencido de fls. 464/465. Vencida, também em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe dava provimento parcial, para

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

excluir integralmente as exigências de ICMS e MR, nos termos do recurso (itens 03 a 31 de fls. 467/477). Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para cancelar a Multa Isolada relativa a saída de massa asfáltica quando aplicada em obras em que a Autuada atua como subcontratada. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A Nogueira da Fonseca. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros supracitados, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

**Sala das Sessões, 28/04/06.**

**Roberto Nogueira Lima**  
**Presidente**

**Windson Luiz da Silva**  
**Relator**

WLS/EJ

CC/CMG