

PROCESSO - A.I. Nº 156743.0003/99-2
RECORRENTE - CONCRETO REDMIX DO BRASIL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 2190-02/01
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 21.05.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0163-11/02

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. LISTA DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operação com concreto fornecido pelo prestador de serviço e produzido fora do local da obra. O autuado considera-se, apenas, contribuinte do imposto sobre serviços de competência municipal. Cabível a cobrança do ICMS. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/04/99, exige o ICMS de R\$115.564,74, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apurado através da diferença entre os débitos das notas fiscais de saídas e os créditos das notas fiscais de entradas, relativas ao exercício de 1998, de concreto pré-misturado ou concreto fresco, fornecidos para clientes diversos e produzidos fora do local da prestação do serviço, conforme documentos às fls. 7 a 187 dos autos. Foram dados como infringidos os artigos 2º, inciso IX, alínea “a”, item “1”; 50; 111, inciso I, e 124, inciso I, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, sendo a multa aplicada nos termos do art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, em sua impugnação às fls. 191 a 196, aduz que a jurisprudência e o próprio Fisco do Estado da Bahia entendem que a venda de concreto não é fato gerador do ICMS. Diz ser tal discussão ultrapassada, com decisões pacíficas dos tribunais do País, inclusive da Câmara Especializada do Tribunal deste Estado, do Superior Tribunal de Justiça, em especial a Súmula 167 e precedentes do Supremo Tribunal Federal, do que reproduz diversas decisões judiciais no sentido de que os serviços de concreto pré-misturado estão apenas sujeitos ao pagamento do ISS. Por fim, espera que seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 200, aduz que o recorrente não trouxe qualquer fundamento que possa sustentar a sua argüição, nem qualquer argumento que contrarie a legislação estadual, no sentido de que trata-se de fato gerador do ISS, conforme amplamente apreciado em julgamentos anteriores, cujo lançamento respalda-se na legislação vigente, a qual fundamenta-se em normas e princípios legais. Finaliza pretendendo a procedência da ação fiscal.

A 2ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS nas operações de fornecimento de concreto, produzidos fora do local da obra, apurado no exercício de 1998, através da diferença entre os débitos das notas fiscais de saídas e os créditos das notas fiscais de entradas.

O autuado, impugna o lançamento do crédito tributário trazendo jurisprudência no sentido de que a venda de concreto não é fato gerador do ICMS, do que reproduz diversas decisões judiciais.

O autuante, rechaça as alegações de defesa, citando a previsão deste fato gerador do ICMS na legislação estadual e a existência de uma série de outros lançamentos no mesmo teor que foram julgados procedentes.

Da análise das peças processuais, observa-se que as operações, objeto do Auto de Infração, situa-se no campo de incidência do ICMS, pois tratam-se de fornecimento, pelo prestador de serviço, de mercadoria produzida fora do local da obra, enquadrando-se na excepcionalidade do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o Anexo I, do RICMS/97, oriunda dos Decretos Leis nºs 406/68 e 834/69, com alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56/87.

Neste sentido tem decidido o CONSEF, reiteradamente, julgando procedentes todos os autos de infração lavrados nesta condição. Por sua vez, a PROFAZ, em diversos Pareceres, se pronunciou no sentido de que a operação está sujeita ao pagamento do ICMS.

É válido ressaltar que das decisões citadas pelo recorrente nos autos, apenas uma refere-se ao autuado, cuja Apelação de Embargo à Execução junto ao Tribunal de Justiça da Bahia, não se caracteriza como impeditivo ao Auto de Infração, ora em julgamento, por ser uma ação específica ao lançamento a qual está vinculada, além de que não possui o caráter definitivo de transitado em julgado, por não se tratar de Decisão em última instância pelo Poder Judiciário.

Assim, é cabível a cobrança do ICMS de acordo com o disposto na alínea “a-1” do inc. IX do art. 2º do RICMS/97, além do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Decreto Lei nº 406/68, alterado pelo Decreto Lei nº 834/69 e Lei Complementar nº 56/87.

Diante do exposto, sigo o posicionamento adotado reiteradas vezes por este Colegiado e voto o Auto de Infração **PROCEDENTE**.

O autuado inconformado com o julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 2190-02/01.

Repete basicamente os argumentos apresentados na sua defesa anterior.

Descreve a sua atividade específica para afirmar que, não comercializa mercadorias, e sim, presta serviços de concretagem.

Cita que a atividade de fornecimento de concreto pré-ministrado para a construção civil, está prevista no item 31 da Lista de Serviços, anexa a Lei nº 4279/90, tributada pelo ISS.

Transcreve o artigo 31 da citada lei, o entendimento da Doutrina e da Jurisprudência sobre o assunto, e apresenta inúmeros julgados de Tribunais de outros Estados, Tribunais Superiores, inclusive do Tribunal de Justiça da Bahia,

Pede o provimento do Recurso para que se julgue **Improcedente** este Auto de Infração.

A PROFAZ analisa o Recurso, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de alterar o julgado, pois, a infração fiscal imputada à recorrente, está de acordo com o previsto pela alínea “a-i”, do inciso IX, do artigo 2º, do RICMS/97, além do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto Lei nº 834/96 e Lei complementar nº 56/57.

Afirma que as decisões judiciais só produzem efeito “*erga omnes*” quando proferidas em ADIN, que não é o presente caso.

Opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

VOTO VENCIDO

O assunto trazido por este Recurso Voluntário, é por demais conhecido neste CONSEF, “Incidência ou não de ICMS sobre fornecimento de concreto”.

Existem inúmeras decisões de Tribunais Superiores, inclusive do Tribunal de Justiça da Bahia, considerando concreto sujeito apenas à incidência do ISS, pois como sendo prestação de serviço.

Estas decisões foram anexadas ao processo conforme consta das folhas de nºs 218 a 223. Ignorá-las para decidir em sentido contrário, é uma desobediência hierárquica aos julgados, e gerar apenas honorários de sucumbência para o Estado da Bahia.

Por conseguinte, adotando integralmente os fundamentos e entendimentos esposados nestas decisões superiores, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 1567430003/99-2.

VOTO VENCEDOR

Peço a devida vénia para divergir do entendimento esposado em seu Voto pelo ilustre Conselheiro/Relator Dr. Max Rodriguez Muniz, entendimento este que não guarda pertinência com inúmeros votos já proferidos em outros processos pelo mesmo Conselheiro aqui referido, nos quais, decidiu pela Procedência da autuação.

O assunto enfocado neste PAF é semelhante a centenas de processos que já transitaram neste Conselho, cujas decisões, em todos eles, foram pela procedência da exigência fiscal, o que prova a existência de jurisprudência firmada a este respeito pelo CONSEF, em todas as Juntas e Câmaras de Julgamento, inclusive a Câmara Superior.

A propósito, recentemente, esta mesma 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, procedeu ao julgamento do Processo Administrativo Fiscal pertinente ao Auto de Infração nº 0302542-9/97, lavrado contra o mesmo recorrente e sob a mesma acusação, onde o seu ilustre e competente Relator Dr. Max Rodriguez Muniz proferiu o voto abaixo, o qual, com a devida *venia*, faço aqui sua transcrição:

“O assunto inerente a este Recurso Voluntário e por demais conhecido deste CONSEF, “Incidência ou não de ICMS sobre fornecimento de concreto”.

Entendo que os Tribunais Superiores já firmaram jurisprudência sobre a questão, porém, o resultado ainda não se fez valer no âmbito da SEFAZ/BA.

Pelas peças processuais e fundamentos jurídicos que se fazem presentes neste processo, me obrigam a concordar e adotar o Parecer nº 38/02 da PROFAZ, para votar pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso”.

Nesse PAF, o opinativo da Douta PROFAZ referido no voto acima transcrito assim se apresenta no respectivo relatório: “*A PROFAZ analisa o Recurso, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de alterar o julgado, pois, a infração fiscal imputada a recorrente, está de acordo com o previsto pela alínea “a-1” do inciso IX do artigo 2º do RICMS/97, além do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o artigo 8º do Dec. Lei nº 834/96 e lei Complementar nº 56/87 Opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário*”.

Também entendo, nesta mesma ótica acima apresentada, que as operações objeto da presente autuação enquadraram-se no campo da incidência do ICMS, entendimento este que tenho manifestado em outros pronunciamentos, a exemplo do contido no PAF referente ao Auto de Infração nº 02547347/96, o qual aqui, também transcrevo :

“*Da análise das razões recursais, observo que o recorrente, meritoriamente, lança mão dos mesmos argumentos da defesa, sustentando não ser devedor do imposto porque não é contribuinte do ICMS e sim prestador de serviço de concretagem, às obras de construção civil.*

Este Conselho de Fazenda, há muito, tem entendido e decidido, em diversos casos idênticos ao que ora se analisa, não havendo dúvidas acerca da condição do recorrente ser contribuinte do imposto estadual, já que suas manifestações nos autos dão conta de que entrega concreto fresco na obra do encomendante, fixando o entendimento de que há a “produção” dessa mercadoria no percurso da sede da contratada para a do contratante. Vejo nesta atividade, claramente, a execução de uma prestação de serviço por empreitada ou subempreitada de construção civil, com fornecimento de material por ela confeccionado fora do local da prestação.

Conforme já acima me referi, os argumentos de mérito, são os mesmos inseridos nas Razões de Defesa inicial, os quais, entendo, foram analisados e apreciados corretamente pela 4ª Câmara, baseada no que consta na legislação tributária estadual, a qual somos obrigados a seguir e aplicar. De fato, analisando os argumentos apresentados na peça recursal, entendo que estes não são suficientes para alterar o julgado na medida em que, a decisão está respaldada na lei e em regulamento quando, donde se conclui pela leitura dos artigos 2º, VII, “b” da Lei nº 4.825/89 e 1º, XI, “b” do RICMS/89, onde depreende-se que o ICMS incide sobre o fornecimento, pelo prestador do serviço, de mercadorias por ele produzidas fora do local onde o serviço for prestado. Da mesma forma, vislumbra-se do Anexo I do RICMS/89 – Lista de Serviços (prevista no art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68), em seu item 32, que a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, inclusive serviços auxiliares ou complementares, que fica sujeito ao ICMS o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços”.

Do exposto, por entender que a infração fiscal imputada ao recorrente está de acordo com o previsto na alínea “a-1”, do inciso IX, do artigo 2º, do RICMS/97, além do item 32 da Lista de Serviços a que se refere o artigo 8º, do Decreto Lei nº 834/96 e Lei Complementar nº 56/87, é que, embora respeitando as decisões judiciais trazidas pelo recorrente, vejo que estas, realmente, “apenas produzem efeitos *erga omnes* quando proferidas em ADIN, o que não é o caso, logo a legislação estadual deve prevalecer para a referida cobrança” consoante destacou muito bem a Douta PROFAZ em seu parecer opinativo, o qual acolho e sirvo-me para consubstanciar o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 156743.0003/99-2, lavrado contra **CONCRETO REDIMIX DO BRASIL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$115.564,74**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ