

A. I. Nº - 07431783/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT SIMÕES FILHO
INTERNET - 13.02.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0018-03/04

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO PRODUZIDO PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DA OBRA. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo. Decisão transitada em julgado no âmbito do poder judiciário. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 23/01/95, para exigir o ICMS no valor de R\$2.190,32, acrescido da multa de 150%, por falta de destaque do imposto em diversas Notas Fiscais de saída, que acobertavam o transporte de concreto asfalto, apreendido por meio dos Termos de Apreensão acostados aos autos.

O autuado apresentou defesa (fls. 15 a 20) alegando que é uma empresa de construção civil e que as atividades por ele desenvolvidas não estão incluídas no campo de incidência do ICMS, mas do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, acorde o item 19 da Lista de Serviços prevista na legislação própria.

Esclarece que existem dois tipos de concreto: o *Portland* e o Betuminoso (asfalto), diferenciando-se apenas num componente da mistura – a água no primeiro e o ligante CAP (ligante – pinche), no segundo.

Acrescenta que o concreto *Portland* é transportado em betoneiras porque se solidifica imediatamente se a massa não estiver em movimento e o concreto Betuminoso é transportado em caminhões comuns, pois somente se solidifica após seis horas.

Diz que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a não incidência do ICM no tocante ao concreto *Portland*, no Recurso Extraordinário nº 82.501 e que, por analogia, o entendimento daquela Corte Constitucional deve ser estendido ao concreto Betuminoso, pois também é uma mistura que varia para cada obra e somente pode ser executada por profissional habilitado, segundo a Lei nº 5.194/65.

Salienta, ainda, que diversas empresas, inconformadas com a cobrança do ICMS por diferença de alíquotas, ingressaram com mandado de segurança preventivo e o Superior Tribunal de Justiça, por fim, decidiu de modo favorável aos impetrantes, de acordo com a Ementa da Decisão que transcreveu.

Finalmente, pede a improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que não é contribuinte do ICMS.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 26), argumenta que a operação referida nesta autuação está sujeita ao imposto estadual e não ao ISS, uma vez que a mercadoria foi produzida fora do local da obra. Pede a procedência do lançamento.

A PROFAZ emitiu Parecer (fl. 28) manifestando o entendimento de que, como foi utilizada nota fiscal emitida por outra empresa, em data muito anterior à ação fiscal, houve o arbitramento da base de cálculo do imposto efetuado de forma equivocada. Finalmente, opina pela nulidade do Auto de Infração.

Às fls. 33 a 40 e 46 a 54, foram acostadas fotocópias de sentenças proferidas pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública nos Mandados de Segurança nºs 394784-0/94 e 4041221/94, com a concessão da segurança pleiteada pelo impetrante, ora autuado, e do Acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, negando provimento ao Recurso de Apelação nº 27221-3, interposto pela Fazenda Pública Estadual, e confirmando a decisão *a quo* favorável ao contribuinte.

A Procuradoria da Fazenda Estadual, posteriormente, interpôs Recurso Extraordinário da decisão, na Apelação mencionada, mas não logrou êxito, uma vez que o Recurso teve seu seguimento denegado pelo Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia (fls. 55 a 56).

A PGE/PROFI, em 29/12/03, emitiu Parecer informando que o autuado logrou êxito nos Mandados de Segurança adredemente aludidos, tendo sido reconhecido judicialmente que seu estabelecimento não é contribuinte do ICMS, quando presta serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou *Portland*.

Ressaltou aquele órgão, ainda, que o Ato Declaratório nº 03/2003 emitido pelo Procurador-Chefe da Fazenda Estadual determina “a não inscrição em Dívida Ativa, e o não ajuizamento da respectiva execução judicial, dos créditos tributários que tenham como fundamento a exigência do ICMS – impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviço de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões” e, por fim, encaminhou o presente PAF a este CONSEF para julgamento.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por falta de destaque do imposto em diversas notas fiscais de saída, que acobertavam o transporte de concreto asfáltico, apreendido por meio dos Termos de Apreensão acostados aos autos.

A Procuradoria do Estado anexou aos autos fotocópia da decisão judicial, transitada em julgado, no Mandado de Segurança nº 394784-0/94, impetrado pelo sujeito passivo. Informou, ainda, que, em sede de apelação, o impugnante havia logrado êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual foi reconhecido judicialmente não ser o autuado contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou *Portland*. De igual maneira, informou que o sujeito passivo havia obtido êxito no Mandado de Segurança nº 4041221/94, com Decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Cível.

Acrescentou que o Ato Declaratório nº 03/2003, anexado, estabelece que "fica determinada a não inscrição em dívida ativa, e não ajuizamento da respectiva execução fiscal, dos créditos tributários que tenham como fundamento a exigência do ICMS - impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviço de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões".

Dessa forma, nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, o processo administrativo extingue-se com a decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal, razão pela qual a impugnação do lançamento fica **PREJUDICADA**, cancelando-se, contudo, o lançamento, objeto do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a Defesa apresentada por força de decisão judicial transitada em julgado, cancelando-se, contudo, o lançamento, objeto do Auto de Infração nº 07431783/95, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA