

A. I. N - **000.759.737-1/95**
AUTUADO - **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COABITA CONSTRUÇÕES S/A)**
AUTUANTE - **JOSÉ ANTONIO DA SILVA**
ORIGEM - **IFMT SIMÕES FILHO**
INTERNET - **13.02.04**

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0019-03/04

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 30/06/95, para exigir o ICMS no valor de R\$193,80, acrescido da multa de 50%, por falta de destaque do imposto nas Notas Fiscais n°s 006.818 a 006.821, que acobertavam o transporte de 38 toneladas de concreto asfalto, as quais foram apreendidas por meio dos Termos de Apreensão acostados aos autos.

O autuado apresentou defesa (fls. 18 a 25), alegando que é uma empresa de construção civil e que as atividades por ele desenvolvidas estão amparadas pela não incidência ou pela isenção do ICMS, estando obrigado apenas a se inscrever na Secretaria da Fazenda e a manter os livros fiscais.

Prosegue dizendo que o autuante ignorou o fato de que, em princípio, as empresas de construção civil prestam serviços sujeitos à tributação pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), cuja área de incidência está delimitada pelo artigo 8º do Decreto-Lei n° 406/68, e somente excepcionalmente é que o imposto estadual incidirá sobre as mercadorias produzidas pelo construtor em local situado fora da obra.

Discorre sobre a legislação atinente à matéria, acrescentando que a Constituição Federal de 1988 em nada modificou a situação anterior, e alega que, no caso de venda do concreto asfáltico, apenas realiza prestação de um serviço técnico. Explica que adquire o cimento asfáltico (CAP), areia e o *filler* (calcário fino) e os processa em sua usina, juntamente com a brita fornecida pelo cliente, e, logo em seguida, o concreto asfáltico “quente” é despejado em caçambas e levado para o local da obra. Entende que o resultado final se caracteriza como uma simples mistura de componentes e não um produto industrializado, pois a mistura asfáltica é aplicada diretamente na obra onde, após a imprimação e a compactação, se solidifica.

Ressalta que, mesmo quando o concreto asfáltico não pode ser processado, em sua inteireza, no local da obra, não há que se falar em venda de mercadorias, pois o acabamento final é sempre feito no canteiro de obras.

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, mas do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 32), 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. 34) manifestando o entendimento de que efetivamente a operação, objeto deste Auto de Infração, se insere no campo de incidência do ICMS, sendo assegurando, entretanto, o direito ao crédito fiscal referente aos insumos utilizados no processo de fabricação do produto, face à regra de não cumulatividade do tributo.

As fls. 39 a 46 e 53 a 64, 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. 63 a 65).

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 nas Notas Fiscais nos 006.818 a 006.821, que acobertavam o transporte de 38 toneladas de concreto asfáltico, as quais foram apreendidas 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 **000.759.737-1/95**, 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 GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA