

**A. I. N°** - 000.758.785-6/95  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
**AUTUANTE** - MARTA HELENA DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 13.02.04

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0020-03/04

**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 de 31/01/95, exige ICMS no valor de R\$2.132,68, e multa de 150%, decorrente de operação tributada como não tributada e subfaturamento, referente a 37 (trinta e sete) toneladas de concreto asfáltico.

O autuado ingressa com defesa, fls. 19/24, e aduz que é empresa do ramo da construção civil, sendo que em seus 30 anos de profícua atividade, vem cumprindo a sua função social. Não obstante o cumprimento de suas obrigações tributárias, a fiscalização estadual, vem autuando a empresa e ameaçando “prender” os caminhões que transportam o concreto Betuminoso que aplica em suas obras, todas elas do próprio governo Estadual, posto que a sua clientela é quase que exclusivamente constituída de órgãos públicos de todas as esferas do Governo.

É que os agentes fiscais, insistem, de forma inconsequente, em colocar o Concreto Betuminoso no campo de incidência do ICM, ao arripio do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e do próprio regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.460/89, não distinguindo prestação de serviço de venda de mercadorias.

Faz a distinção entre dois tipos de concreto: o Portland e o Betuminoso (também conhecido por asfalto), e informa que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a não incidência do ICM no tocante ao concreto Portland, em recurso extraordinário de nº 82.501, em que figurou como parte o Estado de São Paulo (recorrente) e a Concretex Engenharia de Concreto S.<sup>a</sup> (recorrida).

Relatando o Recurso, o Ministro Moreira Alves, assevera:

*“A preparação do concreto, seja feita da obra – como ainda se faz nas pequenas construções – seja feita em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviços técnicos, que consiste na mistura, em proporções que variam para cada obra, de cimento, areia, pedra britada e água, e mistura que segundo a Lei Federal, 5.194/65, só pode ser executada para fins profissionais, por quem for registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura pois demanda cálculos especializados técnicos para sua correta aplicação.....”*

*“O preparo do concreto e a sua aplicação na obra é uma fase da Construção Civil”.*

*“.....Quer na preparação da massa, quer na sua colocação na obra, o que há é prestação de serviço, feito, em geral, sob a forma de empreitada, com material fornecido pelo empreiteiro ou dono da obra, conforme a modalidade de empreitada que foi celebrada. A prestação de serviço não se desvirtua pela circunstância de a preparação da massa ser feita no local da obra, manualmente, ou em betoneiras colocadas em caminhões e que funcionam no lugar onde se constrói, ou já venham preparando a mistura no trajeto até a obra. Mistura meramente física, ajustada às necessidades da obra”....*

Sustenta a analogia que o Concreto Betuminoso também é uma mistura, que varia para cada obra, só podendo ser executada por profissional habilitado segundo a Lei Federal nº 5.194/65, logo segundo o ponto de vista jurídico, ambos são serviços e não mercadorias.

Assevera que no caso em exame, a requerente, enquanto empresa do ramo da Construção Civil, tem como atividades a construção, terraplenagem e pavimentação de ruas, estradas e serviços auxiliares, logo à luz do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e o regulamento do ICMS do Estado da Bahia, não está sujeita ao ICMS, e, ainda, que não fosse, a usinagem e preparação, de “per si”, já caracteriza a natureza de construção civil.

Afirma que há invasão de competência, na medida em que a legislação reservou ao município, para casos tais a titularidade para a cobrança dos serviços, “ex-vi” do art. 8º, parágrafo 1º do Decreto-Lei nº 406 e, a final, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 31/32, na qual rebate os argumentos da defesa e opina pela procedência do lançamento, pois o concreto asfáltico, de acordo com a Tabela do IPI é mercadoria industrializada, - Classificação Fiscal nº 2715.00 e 3816.00, produzido na usina, logo, fora do local da obra, e transportado em caçambas até o canteiro.

O douto Representante da PROFAZ, emite o Parecer de fl. 34, no qual manifesta o entendimento de que no mérito, nenhuma dúvida existe sobre a tributação do concreto. Entretanto, do exame do processo, verifica-se que o autuante na cobrança do imposto se utilizou de base de cálculo arbitrada diferente da constante do documento fiscal e não apresentou fundamentação para o valor encontrado. Lembra que Decisões reiteradas do CONSEF vem entendendo como Nulo o processo de arbitramento, nestas circunstâncias, por ferir o disposto no art. 148 do CTN, motivo pelo qual opina pela nulidade deste processo, sem prejuízo da lavratura de outro Auto de Infração, devidamente fundamentado.

O presente PAF retornou à PROFAZ, tendo em vista o Mandado de Segurança nº 394.784.0/94, impedindo julgamento do Conselho.

A Procuradoria Geral do Estado/PROFIS, por intermédio da Douta Procuradora Ana Cristina De Paula e Oliveira, manifesta-se à fl. 43, pois

*“Em sede de Mandado de Segurança, processo nº 394784-0/94 a Góes Cohabita Construções S/A, logrou êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual fora concedido o mandamus reconhecendo não ser a mesma contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland.*

*Logrou êxito também nos Mandados de Segurança nº 4041221/94, conforme cópias em anexo, com Decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo tribunal de Justiça com sede de Apelação Cível.*

*Não obstante o comando sentencial supra mencionado, o Ato Declaratório nº 03/2003, cópia inclusa, 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”.*”

## VOTO

Inicialmente ressalto que o Auto de Infração em lide foi lavrado obedecendo aos requisitos legais, previstos na legislação processual vigente à época.

Contudo, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança sob nº 394.784.0/94, e logrou êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual fora concedido o mandamus reconhecendo não ser o mesmo contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland.

Logrou êxito também no Mandado de Segurança nº 4041221/94, conforme cópia em anexo, com Decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça com sede de Apelação Cível.

Não obstante o comando sentencial supra mencionado, o Ato Declaratório nº 03/2003, do Procurador-Chefe da Procuradoria da Fazenda Estadual, cópia à fl. 53, 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 3ª 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 **000.758.785-6/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COABITA CONSTRUÇÕES S/A**.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR