

A. I. Nº - 0.747.503-9/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S.A.)
AUTUANTES - ASCÂNIO JOSÉ SANTO
ORIGEM - IFMT SIMÕES FILHO
INTERNET - 11.02.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023/01-04

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO PRODUZIDA 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, lavrado em 29/07/95, cobra ICMS no valor de R\$223,00 acrescido da multa de 50%, pela constatação de que o sujeito passivo não ofereceu à tributação do ICMS suas operações de venda de concreto para a construção civil, produzida fora do local da obra, emitindo, para tanto, Notas Fiscais sem destaque do imposto, conforme Termos de Apreensão nº 131794 a 131799.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 22/29), entendendo equivocado o posicionamento da fiscalização. Advogou que não eram todas as empresas de construção civil que se inseriam no campo de incidência do ICMS, somente com aquelas que promoviam o fornecimento de mercadorias, nos termos do art. 1º, § 1º, III, “a”, 1 e 2 do RICMS.

Continuando, disse que a sua atividade comercial estava submetida a regime de tributação que variava em conformidade com a atividade que poderia desempenhar para consecução dos seus objetivos. Neste contexto algumas de suas operações eram realizadas com a não-incidência ou mesmo isenção do ICMS, embora estivesse obrigado a se inscrever no cadastro de contribuintes e de cumprir todas as obrigações acessórias inerentes ao referido imposto.

Afirmou que o autuante, ao lavrar o presente Auto de Infração, não levou em consideração o fato de que, a princípio, as construtoras estão sujeitas a incidência tributária do ISS (art. 8º, do Decreto nº 406/68), sendo que o ICMS somente incide em suas atividades, única e exclusivamente, nos casos previstos na Lista de Serviços. Nesta linha de raciocínio, discorreu sobre a legislação pertinente à matéria, concluindo que, de forma inquestionável e expressa, as empresas de construção civil somente excepcionalmente são contribuintes do ICMS.

Prosseguindo em suas argumentações de defesa, observou que poderia haver, no caso em discussão, uma obrigação de cunho acessório caso não houvesse emitido nota fiscal ou mesmo nota fiscal de prestação de serviço. Porém isto não ocorreu.

E, no particular da massa asfáltica, apenas realiza a prestação de serviço, ou seja, a venda de um

serviço e não de mercadoria, conforme caracterizado pela fiscalização, vez que seus clientes contratam um serviço técnico sem a intensão de adquirir os materiais que são empregados nesses serviços. Neste sentido descreveu a composição da massa asfáltica e o motivo técnico de ser processada fora do local da obra, o que, a seu ver, não descaracterizava a prestação de serviço.

Informou que diante de toda a argumentação exposta, as empresas de construção de Brasília entraram com Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal de Justiça, que em grau de recurso, obtiveram, por unanimidade de votos, decisão favorável ao seu pleito.

Concluiu que a autuação não poderia subsistir.

Como ressalva final, disse que quanto à alegação de subfaturamento de preços, estes eram indiscutíveis, vez que a questão não se encontrava no âmbito do ICMS e sim do ISS.

Foi apensada aos autos (fls. 35/42) nova cópia de defesa com o mesmo teor da anterior.

O autuante ao prestar informação (fl. 49/50), ratificou o lançamento fiscal com base no art. 1, § 1º, “a” e art. 15, do RICMS/89, que transcreveu.

Entendeu que o concreto tratava-se de mercadoria industrializada e produzida fora do local da prestação de serviço (Classificação Fiscal – 3816.00 da tabela do IPI – Dec nº 97419/88 e arts 2º e 3º do Regulamento do citado imposto federal).

Com relação à decisão do Superior Tribunal de Justiça, informou que a ação se referia às operações interestaduais e a autuação, em discussão, deu-se no trânsito de mercadorias dentro do Estado da Bahia.

A PROFAZ emitiu parecer jurídico ratificando o procedimento fiscal, com base no item 31 da lista de Serviços do Decreto Lei nº 406 (alterada) e constante do Anexo 1 do RICMS. Observou, ainda, que a Portaria nº 149/91 no inciso VI do item 5 esclarecia no mesmo sentido, fundamentando a cobrança com base no § 1º, III, “a”, do art. 1º, do RICMS.

Este CONSEF enviou os autos à Procuradoria da Fazenda tendo em vista processo em Mandado de Segurança nº 394.784.0/94, o que impedia o julgamento do Conselho (fl. 54).

Consta à fl. 55 do PAF requerimento do autuado, dirigido ao Procurador da Fazenda Estadual, para que sustasse qualquer cobrança do imposto em lide, pois havia entrado com Mandado de Segurança, tombado sob o nº 394784-0/94.

A Procuradoria do Estado emitiu novo parecer (fl. 69) informando que em sede de Mandado de Segurança, processo nº 394784-0/94, o autuado havia logrado êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual foi reconhecido judicialmente que o autuado não era 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 impugnante havia obtido êxito no Mandado de Segurança nº 4041221/94, que anexou aos autos, com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Cível.

Por sua vez, 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".

Pelo exposto, encaminhou o processo ao CONSEF, considerado a existência de pendência de

julgamento.

VOTO

Em inúmeras decisões sobre a matéria em discussão, este CONSEF, foro administrativo, havia se manifestado pelo cabimento da cobrança do ICMS, considerando que o concreto fresco constitui mercadoria, produzida fora do canteiro da obra, consoante art. 2º, VIII, “b” do Artigo da Lei nº 4825/89 que se reporta à Lei Complementar, “*in casu*”, o Decreto Lei nº 406/68, que em sua Lista de Serviços contem o Item 19, cujo texto correspondia aos dispositivos regulamentares.

Como a questão se encontrava em discussão, no desenrolar dos acontecimentos a extinta Procuradoria da Fazenda já havia baixado Ato Declaratório nº 03/2003, estabelecendo que ficava "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".

Em 29/12/03, a Procuradoria do Estado trouxe aos autos decisão judicial, transitada em julgado, a respeito do Mandado de Segurança impetrado pelo impugnante contra a matéria ora em discussão. Em todos os níveis de apelação o impugnante logrou êxito, sendo judicialmente reconhecido que o autuado não é contribuinte do ICMS e sim do ISS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou Portland (Apelação Cível nº 27221-3, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia – fl. 77).

Desta 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 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa, por força de decisão judicial transitada em julgado, cancelando-se, contudo, o lançamento, objeto do Auto de Infração nº, **0.747.503-9/95** lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S.A.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 fevereiro de 2004

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR