

A. I. Nº - 0742955-0/94
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES LTDA.)
AUTUANTES - CERES LOPES FARIA
ORIGEM - IFMT SIMÕES FILHO
INTERNET - 11.02.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024/01-04

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 19/12/94, cobra ICMS no valor de R\$2.869,43 acrescido da multa de 150%, 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 119049, 119050, 119116 e 120276. Foi observado no corpo dos Termos de Apreensão de Mercadorias que os valores constantes das notas fiscais encontravam-se subfaturados.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 15/20), salientando, preliminarmente, que era empresa do ramo da construção civil e que vinha cumprindo regularmente a sua função social, na geração de empregos e riquezas, e recolhendo regularmente aos Cofres Públicos suas obrigações tributárias. Não obstante tais fatos, vinha, sistemática e injustamente, sendo autuada pelo fisco estadual deste Estado, inclusive com a apreensão de suas caminhões “betoneiras”, pelo entendimento de “forma oblíqua” do ICMS.

Prosseguindo em sua argumentação, afirmou que o fisco estadual insistia em colocar o “concreto betuminoso” no campo de incidência do ICMS, ao arrepio do Decreto-Lei 406, de 31/12/68 e do próprio Regulamento do ICMS (Dec. nº 2.460). Entendeu que a confusão criada pelo fisco decorreu de erro conceitual, quiçá, proposital, ao não diferenciar prestação de serviço de venda de mercadoria, conceituando o fornecimento de “concreto betuminoso” como mercadoria, portanto no campo de incidência do ICMS.

Salientou que no mundo existiam dois tipos de Concreto: o PORTLAND e o Betuminoso (também conhecido por asfalto), que se diferenciavam apenas em um componente da mistura - a água - que é substituído no segundo, pelo ligante CAP (ligante - pinche). No mais, possuíam os mesmos componentes: areia, brita, fíllen e cimento. Que o segundo é transportado em “betoneiras”, porque o ligante solidifica a mistura imediatamente se ela não estiver em movimento. No primeiro não existia a necessidade da “betoneira”, já que o prazo de sua solidificação é de aproximadamente seis horas, podendo ser transportado em caminhão comum.

Observou que descrevia os dois tipos de cimento para melhor fundamentar da sua defesa, vez que o Supremo Tribunal Federal havia se pronunciado sobre a não incidência do ICM no tocante ao concreto Portland, em Recurso Extraordinário de nº 82.501, em que figurou como partes o Estado de São Paulo e a Concretex - Engenharia de Concreto S.A.

Em sendo assim e por analogia, do ponto de vista jurídico ambos são serviços e não mercadorias, o que o levou a afirmar que a autuação e as ameaças de prisão dos motoristas dos caminhões configuravam, ainda, uma invasão de competência, na medida em que a legislação reservou ao Município a cobrança dos serviços, "ex-vi" do art. 8º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 406.

Em seguida, transcreveu o Item 19 da Lista de Serviços inserta no Regulamento para demonstrar que a venda do "concreto betuminoso" não se encontrava no campo de incidência do ICMS.

Por todas estas evidências, ratificou a posição de que a situação em discussão não estava no campo de incidência do ICMS, sendo a autuação e/ou prisão do material flagrante ilegalidade, violando o seu direito líquido e certo de não pagar o ICMS. Acrescentou, ainda, que vindo a ocorrer a prisão do material por prazo superior a seis horas, verificar-se-ia a solidificação do mesmo, com sua perda total ocasionando grave prejuízo para a empresa requerente.

Destacou, também, a peculiaridade da situação fática, uma vez que, como o "concreto betuminoso" era transportado diariamente, várias vezes por dia, a empresa, a persistir o atual entendimento dos fiscais, seria autuada tantas vezes quantas passasse pelo posto fiscal, visto que o posto fiscal está situado em Simões Filho entre a Usina e suas obras, não havendo alternativa para a situação.

Requeru a nulidade da ação fiscal.

A autuante ao prestar informação (fl. 27/28), ratificou o lançamento fiscal com base no art. 1, § 1º, XI, "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).

Informou que não existia dúvida de que o concreto asfáltico havia sido encontrado no trânsito de mercadorias.

Quanto à base de cálculo, informou que foi apurada conforme determinações do art. 70, XIII, combinado como o art. 91, VIII, "b", do RICMS.

A PROFAZ emitiu parecer jurídico (fl. 30) entendendo nula a ação fiscal sem prejuízo da renovação do seu procedimento. Ressaltou que do exame do processo, ficou constatado que houve arbitramento do cálculo do imposto devido, vez que a autuante não acatou o valor do produto lançado na nota fiscal. Como o documento apresentado referia-se ao valor do produto dado em nota fiscal emitida por outra empresa em data muito anterior a presente ação fiscal, este valor, apesar de atualizado pelos índices de inflação, não podia corresponder ao valor da operação. Assim, não podendo se ter segurança em relação ao valor médio do produto na data da lavratura do Auto de Infração, em face da norma do art 148, do CTN, o processo não estava regular.

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. 32).

Consta à fl. 34 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. 48) 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 é 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 1^a 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 **0.742955-0/94**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES LTDA.)**, por força de decisão judicial transitada em julgado com base no art. 156, X, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de fevereiro de 2004

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR