

A. I. N° - 07591349/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES-COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO QUIRINO
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)
INTERNET - 13.02.2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJ N° 0027-04/04

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 em lide, lavrado em 28/03/95 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 432,39, em decorrência da realização de operação tributada declarada como não tributada. Refere-se a concreto asfáltico, consignado na Nota Fiscal nº 6605 e produzido fora do local da obra, que transitava como se fosse mercadoria não tributada, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 124691 (fls. 3 e 4).

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 9 a 16), alegando que, em princípio, as operações realizadas pelas empresas de construção civil estão amparadas pela não-incidência ou pela isenção do ICMS, embora, estejam obrigadas a possuir inscrição cadastral e a cumprir as obrigações acessórias previstas na legislação. Explica que as empresas de construção civil estão sujeitas à incidência do ISS, e que o ICMS incidirá, excepcionalmente, sobre as mercadorias produzidas pelo próprio construtor em estabelecimento situado fora do local da obra.

Assevera que, em relação ao concreto asfáltico, realiza apenas a prestação de serviço, e não, a venda de mercadoria. Diz que os seus clientes obtêm apenas um serviço técnico, não intencionando adquirir os materiais que são empregados nesses serviços. Frisa que o concreto asfáltico é um produto que, por detalhes técnicos, não poderia ser processado em toda a sua inteireza no local da obra, portanto, o mesmo é processado fora do local e em seguida aplicado na obra. Diz que é indiscutível a subfaturamento de preço, uma vez que se trata de prestação de serviço e mão de venda. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça, para embasar a sua alegação. Ao final, solicita o arquivamento do Auto de Infração por falta de amparo legal.

Na informação fiscal, o autuante afirma que o fato gerador do ICMS exigido na autuação está previsto no art. 1º, § 1º, XI, “a”, do RICMS-BA/89, cujo teor transcreveu. Assevera que o concreto asfáltico é uma mercadoria industrializada produzida fora do local da prestação do serviço, classificada na TIPI sob o número 3816. Alega que a decisão do STJ citada pela defesa é referente a operação interestadual, ao passo que a operação objeto do presente lançamento era interna. Diz que a base de cálculo do imposto foi apurada em conformidade com os artigos 70, XIII, e 91, VIII, “b”, do RICMS-BA/89. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A PROFAZ, à fl. 26, afirma que a base de cálculo do imposto foi arbitrada, uma vez que o autuante não acatou o valor do produto lançado no documento fiscal. Diz que esse fato nulifica o lançamento. Ao final, opina pela nulidade da autuação, devendo ser renovada a ação fiscal.

O CONSEF em despacho à fl. 28, 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 por este órgão (fls. 30/38).

A Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal, à fl. 42, afirma que o autuado logrou êxito no Mandado de Segurança nº 394784-0/94, tendo sido prolatada sentença através da qual foi 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”. Diz que o autuado também logrou êxito no Mandado de Segurança nº 4041221/94, tendo a decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Civil (fls. 44 a 55v). Em seguida, a Procuradoria Fiscal faz referência ao Ato Declaratório nº 03/2003 (fl. 43), cujo teor transcreveu parcialmente, e encaminhou o processo ao CONSEF, considerando a existência de pendência de julgamento.

VOTO

A Procuradoria do Estado anexou aos autos cópia reprográfica da Decisão judicial, transitada em julgado, a respeito do Mandado de Segurança nº 394784-0/94, impetrado pelo sujeito passivo. Informou, ainda, que em todos os níveis de apelação o impugnante havia logrado êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual fora reconhecido judicialmente não ser o mesmo 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.

Que o Ato Declaratório nº 03/2003 anexado à fl. 42, 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".

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 4ª 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 **07591349/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE ARAUJO - JULGADOR