

A. I. N° - 000.758.960-3/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - JORGE LUIZ V GONZAGA
ORIGEM - IFMT SIMÕES FILHO
INTERNET - 01.03.2004

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0029-03/04

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 15/02/95, para exigir o ICMS no valor de R\$3.519,85, acrescido da multa de 150%, por falta de destaque do imposto e subfaturamento de preços em diversas notas fiscais de saídas, que acobertavam o transporte de 59 toneladas de concreto asfáltico, as quais foram apreendidas por meio dos Termos de Apreensão acostados aos autos.

O autuado apresentou defesa (fls. 21 a 28), 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.

Prossegue 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 nº 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.

Quanto ao suposto subfaturamento de preços, alega que “são indiscutíveis por tratarem-se, como já dito, de preços de serviços e não venda pura e simples, sujeita à incidência do ICMS”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 32 a 34), 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. 37) manifestando o entendimento de que, como foi utilizado preço constante em nota fiscal emitida em data muito anterior à ação fiscal, houve o arbitramento da base de cálculo do imposto efetuado de forma equivocada. Finalmente, opina pela nulidade do Auto de Infração.

Às fls. 48 a 56, foram acostadas fotocópias da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública no Mandado de Segurança nº 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. 57 e 58).

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 do imposto e subfaturamento de preços em diversas notas fiscais de saídas, que acobertavam o transporte de 59 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, anexo, 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 000.758.960-3/95, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA