

A. I. Nº - 07432224/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - LIANE RAMOS SAMPAIO
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)
INTERNET - 26. 02. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-04/04

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 17/02/95, exige ICMS no valor de R\$ 1.431,79, em decorrência da realização de operação tributada declarada como não tributada. Refere-se a concreto asfáltico, consignado nas Notas Fiscais n^{os} 6508 e 6510, produzido fora do local da obra, que transitava como se fosse mercadoria não tributada, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n^{os} 124052 e 124053 (fls. 04 e 06).

O autuado apresentou defesa, às folhas 11 a 18, impugnando o lançamento tributário alegando que não são todas as empresas de construção civil que se inserem na qualificação do imposto, mas apenas e tão somente aquelas que, promoverem o fornecimento de mercadorias, 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.

Sustenta que, em relação ao concreto asfáltico, realiza 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. 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, fls. 25 e 26, a 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 Tabela do IPI sob o número 3816.00.

Assevera que a decisão do STJ citada pela defesa é referente a operação interestadual, ao passo que a operação objeto do presente lançamento era interna.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A PROFAZ, à fl. 28, afirma que a operação está sujeita ao pagamento do ICMS assegurado o direito ao crédito fiscal do imposto referente ao insumo empregados no processo dito fiscal do imposto

referente ao insumo empregados no processo de fabricação do produto face a regra de não cumulatividade do ICMS.

Este CONSEF, à fl. 30, 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. 31 a 39).

A Procuradoria do Estado, mediante parecer, à fl. 45, encaminhou ao CONSEF o presente processo, considerado a existência de pendência de julgamento e, 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 fora reconhecido judicialmente não ser a mesma contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portian. De igual maneira, informou que o impugnante 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.

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 portian. 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, 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 presente 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 07432224/95, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR