

A. I. N° - 000.759.022-9/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - LIANE RAMOS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 17.02.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0035-02/04

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO PRODUZIDA PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DA OBRA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo fiscal. Decisão tramitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 23/02/95, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$ 1.133,50 mais multa de 150%, sob acusação da realização de operação tributável como não tributável e com preço declarado notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria, relativamente a 19 toneladas de concreto asfáltico, produzido fora do canteiro de obras, acobertado pelas notas fiscais nºs 006558 e 006560, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 120923 e 120924 de 22/02/95 (docs. fls. 04 e 06).

No prazo legal, o sujeito passivo por seu representante legal, em seu recurso às fls. 11 a 18, analisando os fatos que originaram o lançamento tributário, alegou que, não obstante possuírem inscrição estadual, de modo geral não são todas as empresas de construção civil que estão submetidas à incidência no ICMS.

O defendente informa que a atividade desenvolvida pela empresa é de construção civil, e nessa condição está submetida a regime de tributação que varia de acordo com a atividade ou atividades que venha a desempenhar, mantendo todos os livros fiscais exigidos na legislação tributária.

Ressalta que as atividades de construção civil estão sujeitas à incidência tributária do ISS, e excepcionalmente ao ICMS no caso em que as mercadorias forem produzidas pelo próprio construtor, em estabelecimento situado fora do local da obra, e que ao ser promovida a autuação foi ignorado pela fiscalização que as empresa de construção civil estão sujeitas à incidência do ISS delimitada no artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68.

Comentou sobre a competência dos Estados à luz do § 8º do art.34 da CF/88, entendendo que qualquer norma por eles editada fere a Constituição Federal. Fez referência ao Convênio ICMS nº 71/89 com o fito de destacar que foi reconhecido que as empresas de construção civil são contribuintes do ICMS em situações excepcionais.

Esclareceu que o concreto asfáltico é um produto que por detalhes técnicos não poderia ser processado em toda a sua inteireza no local da obra, pois o mesmo é processado fora do local e posteriormente a mistura asfáltica é aplicada diretamente na obra, e argumentou que o mesmo é objeto material da prestação de serviços, não devendo ser confundido como venda de mercadoria.

Salientou que as empresas de construção civil vem se insurgindo contra a cobrança do ICMS pelo diferencial de alíquotas junto ao Superior Tribunal de Justiça mediante Mandado de Segurança preventivo, já tendo sido decidido em grau de recursos, com base no que dispõe o item 32 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, que é devido submeter as empresas de construção civil ao tratamento tributário previsto no artigo 155, VII, “a”, da Constituição Federal.

Quanto a alegação de subfaturamento de preços alega serem indiscutíveis por se tratarem de prestação de serviços e não venda de mercadoria.

Por fim, requer o arquivamento do Auto de Infração por falta de amparo legal.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 35 a 38, mantém a autuação, esclarecendo que a operação referida neste processo se constitui como fato gerador do ICMS, e está prevista no artigo 1º, § 1º, inciso XI, alínea “a”, nº 1 e nº 2 do RICMS/89, e que o autuado se enquadra na condição de contribuinte do imposto conforme artigo 15, § 1º, inciso X, do citado diploma legal.

Argumenta que o “concreto” é uma mercadoria produzida fora do local da prestação de serviço, e com classificação fiscal no código 3816.00 da Tabela do IPI aprovado pelo Decreto nº 97.410/88, e industrializado na forma dos artigos 2º e 3º, inciso I e II do RIPI/82.

Sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o autuante informou que tal decisão faz referência a operações interestaduais, e a autuação ocorreu no trânsito da mercadoria, não podendo ser confundido com diferencial de alíquotas.

Quanto ao alegado subfaturamento, o preposto fiscal concordou que houve equívoco no cálculo do débito, e que é devido o imposto sobre os valores destacados nos documentos fiscais, quais sejam: NF 6558, valor R\$ 360,00, ICMS R\$ 61,20; NF 6560 valor R\$210,00, ICMS R\$ 35,70, total do imposto devido R\$ 96,90.

Conclui pela procedência da autuação.

No parecer constante à fl. 28 a PROFAZ opina pela nulidade da autuação por entender que foi utilizada base de cálculo arbitrada sem atendimento às regras de arbitramento do imposto previstas na legislação tributária, sem prejuízo da lavratura de outro Auto devidamente fundamentado.

Tendo em vista a existência o Mandado de Segurança nº 394.784.0/94 acostado aos autos pelo autuado (docs. fls. 31 a 39), foi exarado pela PROFAZ o Parecer constante à fl. 45 com base nos documentos às fls. 47 a 58, sendo informado que foi prolatada sentença favorável ao autuado, na qual foi reconhecido que a empresa não é contribuinte do ICMS, quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland.

Por conta disso, conclui o parecerista que ficou determinada no mandamus a não inscrição em dívida ativa e não ajuizamento da respectiva execução fiscal de créditos tributários que tenham como fundamento a exigência do ICMS sobre o fornecimento de concreto por empreitada para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas em caminhões.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigência de ICMS em decorrência do transporte de 19 toneladas de concreto asfáltico, produzido fora do canteiro de obras, acobertado pelas notas fiscais nº 006558 e 006560, cuja operação foi considerada pela fiscalização de mercadorias em trânsito como operação tributável realizada pelo autuado como não tributável, e com preço declarado notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria, conforme documentos às fls. 04 e 06.

Conforme Parecer exarado pela PROFAZ à fl. 45, o autuado logrou êxito em Mandado de Segurança, no qual foi reconhecido não ser a empresa autuada contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços de elaboração e entrega de concreto betuminoso ou portland.

Nestes termos, sendo a matéria em questão objeto de Mandado de Segurança, com resultado favorável ao autuado, e tendo em vista que ficou determinada a não inscrição do débito em dívida ativa e não ajuizamento da respectiva execução fiscal, conforme Parecer da PGE/Procuradoria Fiscal datado de 29/12/2003 (doc. fl. 45), considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme previsto no artigo 117 do RPAF/99.

Assim nos termos do artigo 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Face ao exposto, resta PREJUDICADA a defesa referente ao presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **000.759.022-9/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A.)**.

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

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR