

A. I. N° - 07431872/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT –DAT/METRO (IFMT SIMÕES FILHOS)
INTERNET - 30. 06. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0228-04/04

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 presente Auto de Infração, lavrado em 24/01/95, exige ICMS no valor de R\$2.420,81 por operação tributada como não tributada, referente a 42 toneladas de concreto asfáltico e que foram objeto dos Termos de Apreensão n^{os} 105338, 105339 e 105340.

O contribuinte ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 13 a 18 dos autos, disse, inicialmente, ser uma empresa que cumpre regularmente a sua função social há mais de trinta anos gerando empregos e riqueza neste Estado e em outras unidades da Federação, além de recolher aos cofres públicos às suas contribuições através de impostos, taxas, etc.

Em seguida, aduziu que a fiscalização estadual vem autuando regularmente a empresa, além de ameaçar “prender” os caminhões que transportam o concreto betuminoso para aplicar em suas obras.

À fl. 15, o autuado descreveu sobre os dois tipos de concreto existentes no mercado, qual seja, o PORTLAND e o betuminoso e de como é feito o seu transporte até o local da obra.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado disse que utilizará a analogia para melhor fundamentar a sua defesa.

Alega que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a não incidência do ICM no tocante ao concreto PORTLAND, no Recurso Extraordinário de n° 82.501, tendo como partes as pessoas que indicou, oportunidade em que transcreveu trecho do relatório de autoria do ministro relator.

Argumenta que o concreto betuminoso, por analogia, é uma mistura, que varia para cada obra, só podendo ser executado por profissional habilitado, conforme dispõe a Lei Federal n° 5194/65.

Assevera que a autuação configura uma invasão de competência, na medida em que a legislação reservou aos municípios para casos tais a titularidade da cobrança dos serviços, “ex vi” do art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei n° 406, oportunidade em que transcreveu os seus teores, além do item 19, da lista de serviços, em apoio ao seu argumento.

Ao concluir, requer que a autuação seja declarada nula.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 25 dos autos, fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas.

Com referência a defesa formulada, assim se manifestou para refutá-la:

1. Que a operação referida neste processo é fato gerador do ICMS, a qual tem previsão legal no § 1º, XI, “a”, do art. 1º, do RICMS/89;
2. Sobre a alegação defensiva de bi-tributação diz não proceder, já que lista de serviços a que se refere o art. 8º, do Decreto-Lei nº 406/68, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56/87, nos itens 31 e 33, definem claramente a não incidência do ISS no fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço fora do local da prestação do serviço, indicando que ficam expressamente sujeitas à incidência do ICMS.

Ao concluir, diz esperar que o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

A Procuradoria da Fazenda, à fl. 27, emitiu parecer jurídico opinando pela nulidade do Auto de Infração, sem prejuízo da renovação da ação fiscal devidamente fundamentada.

O CONSEF em despacho à fl. 29, 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.

Foi juntada aos autos às fls. 30 a 38, cópias de um requerimento do autuado ao Procurador da Fazenda Estadual do Estado da Bahia e de uma sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública no Processo nº 394784-0/94 (Mandado de Segurança).

A Procuradoria do Estado, mediante parecer à fl. 44, encaminhou ao CONSEF o presente processo, considerando 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 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 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

Da análise do PAF, constata-se que a Procuradoria do Estado em Parecer à fl. 44, informou 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.

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 **07431872/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVERA – JULGADOR