

A. I. Nº - 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 Nº 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 nºs 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 nº 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 nº 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 nº 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 4^a 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