

A. I. Nº - 07473001/95  
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO ROCHA  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)  
INTERNET - 16.02.04

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0018-02/04**

**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 foi lavrado em 21/06/1995 para exigência do ICMS no valor de R\$316,20, mais multa de 50%, em razão da realização de operação tributada como não tributada, através das notas fiscais de nºs: 6788, 6795, 6797, 6799, 6807, 6808, emitidas pelo autuado em 20/06/95, relativas a 62 ton. de concreto asfáltico, tido como não incidente do ICMS. Tudo conforme Termos de Apreensão e documentos às fls. 3 a 21 dos autos.

No prazo legal, o sujeito passivo apresenta recurso, às fls. 24 a 28, insurgindo-se contra a autuação, sob a alegação de que, assim como ela, 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, nos exatos termos do art. 1º, §1º, III, “a”, do RICMS. Aduz que, em princípio, as empresas de construção civil estão sujeitas a incidência tributária do ISS, conforme art. 8º do Decreto-Lei 406/68. Assim, conclui que só excepcionalmente o ICMS incidirá sobre as mercadorias produzidas pelo próprio construtor em estabelecimentos situados fora do local da obra. Neste sentido, cita decisão por unanimidade do STJ em recurso de mandado de segurança n.º 3.456-9/DF(93/0023149-9). Por fim, aduz que não há de se cogitar de fato gerador do tributo, pois a imunidade que alcança o recorrente por força de preceito constitucional, é uma forma qualificada de não incidência, que se verifica pela supressão da competência impositiva para tributar, por não se tratar de contribuinte do ICMS as empresas com atividade de construção civil, do que espera que o Auto de Infração seja arquivado por falta de amparo legal.

O autuante em sua informação fiscal, às fls. 35 e 36, mantém a autuação, ressaltando que nos termos do art. 1º, §1º, XI, “a”, itens 1 e 2, do RICMS-BA, é devido o ICMS pelo fornecimento de mercadorias por ele produzidas fora do local da prestação do serviço.

A PROFAZ, através de Parecer, à fl. 38 do PAF, entende que a operação está sujeita ao pagamento do ICMS, uma vez que o concreto foi produzido fora do local da obra, ocorrência prevista como sujeita a incidência do imposto face a ressalva feita no item 31 da Lista de Serviços do Decreto-Lei 406.

Às fls. 41 a 49 dos autos, o autuado informa à PROFAZ que o presente Auto de Infração encontra-se relacionado no Anexo I dos autos do Mandado de Segurança, tombado sob o processo de n.º 394784-0/94, não podendo assim ser objeto de qualquer ação judicial.

Por sua vez, a PROFAZ, à fl. 55, esclarece que o recorrente logrou êxito no referido Mandado de Segurança, como também no Mandado de Segurança n.º 4041221/94, com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça, consoante fls. 56 a 68, no qual desconhece ao autuado a condição de contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland. Nesta oportunidade, a PROFAZ reporta-se também ao Ato Declaratório n.º 03/2003, onde 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”. Assim, considerando a existência de pendência de julgamento, os autos foram encaminhados ao CONSEF.

## VOTO

Da análise das peças processuais, constata-se que o sujeito passivo impetrhou Mandado de Segurança contra a exigência fiscal, cuja decisão foi transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça da Bahia, no sentido de que o autuado não é contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland.

Assim, considerando que a matéria foi objeto de Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, referindo-se aos fatos objeto do procedimento fiscal, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Portanto, nos termos do art. 122 do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal em decorrência do 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 07473001/95, lavrado contra MKS CONSTRUÇÕES S/A (**GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A**).

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR