

**A. I. N°** - 0742986-0/94  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES LTDA.)  
**AUTUANTES** - JOSÉ GUILHERME CORREIA  
**ORIGEM** - IFMT SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 03.03.04

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0025/01.04**

**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, lavrado em 30/12/94 exige ICMS no valor de R\$ 11.764,66, por operação tributada como não tributada, referente a 205 toneladas de concreto asfáltico acobertadas pelas notas fiscais n°s 006072 a 006082 e 006084 a 006090, produzidas fora do canteiro de obras. Termos de Apreensão n° 120355, 90961, 120351, 118900, 119148, 118898, 119137, 119139, 119141, 119147, 90959, 90960, 109670, 120353, 118899, 119140, 119136 e 120352.

O autuado às fls. 42/47, impugnou o lançamento argumentando que atua no ramo da construção civil, com mais de 30 anos de atividade não só no Estado da Bahia, como em outras unidades da Federação.

Que o fisco exige imposto sob o argumento de que a empresa não recolheu ICMS, sobre o material transportado nos Caminhões - Concreto Betuminoso - a fiscalização estadual tem autuado a empresa e ameaçado prender os caminhões, já que estes não pertencem à mesma e seus motoristas não fazem parte do quadro de funcionários da Requerente, portanto, não podem firmar o compromisso de "depositário fiel" da mercadoria autuada.

Alegou que a fiscalização insiste em colocar o "Concreto Betuminoso" no campo de incidência do ICMS, ao arrepio do Decreto-Lei 406/68 e do RICMS/89.

Que não se pode olvidar que existe, no mundo, dois tipos de Concreto: o PORTLAND e o Betuminoso (também conhecido por asfalto), diferenciado-se apenas em um componente da mistura - a água - que é substituído no segundo, pelo ligante CAP (ligante - pinche), no mais têm os mesmos componentes: areia, brita, fiillen e cimento. O primeiro é transportado em Betoneiras, porque o ligante solidifica a mistura imediatamente se esta não estiver em movimento. À segunda, é desnecessária a Betoneira, porque tem prazo de aproximadamente seis horas para a mistura se solidificar. Podendo ser transportado em caminhão comum.

Asseverou que, enquanto empresa do ramo da construção civil, tem atividades a construção, terraplenagem e pavimentação de ruas, estradas e serviços auxiliares. Assim, a luz do Dec. Lei 406/68 e do RICMS não está sujeita ao ICMS, e, ainda, que não fosse, a usinagem e preparação, de "per si", já caracteriza a natureza de construção civil.

Requeru, seja a mesma declarada nula de pleno direito, bem como ordenado aos fiscais dessa Secretaria que, em futuro, se abstenham da ilegal e abusiva autuação dos caminhões transportadores de concreto Betuminoso de Propriedade da requerente, por, como demonstrado, não incidir sobre o mesmo o ICMS.

O autuante, à fl. 54, ratificou o lançamento fiscal com base no art. 1º, § 1º, II e III, do RICMS/89, afirmou que inexistia a bitributação alegada, vez que a 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 a não incidência de ISS no fornecimento de mercadoria produzida pelo prestador do serviço fora do local da prestação do serviço, indicando expressamente que ficam sujeitas à incidência do ICMS.

A Procuradoria da Fazenda, à fl. 56, emitiu parecer jurídico entendendo nula a ação fiscal sem prejuízo da renovação do seu procedimento. Ressaltou que do exame do processo, ficou constatado que houve arbitramento para cálculo do imposto devido, vez que o autuante não acatou o valor do produto lançado na nota fiscal. Como o documento apresentado referia-se ao valor do produto dado em nota fiscal emitida por outra empresa em data muito anterior a presente ação fiscal, este valor, apesar de atualizado pelos índices de inflação, não podia corresponder ao valor da operação. Assim, não podendo se ter segurança em relação ao valor médio do produto na data da lavratura do Auto de Infração, em face da norma do art 148, do CTN, o processo não estava regular.

Este CONSEF, à fl. 58, 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 do Conselho (fls. 59/66).

A Procuradoria do Estado, mediante parecer, à fl. 71, 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 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

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 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.

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 Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª 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 0742.986-0/94, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S.A.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2004

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE/RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA