

**A. I. N°** - 07431775/95  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES-COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
**AUTUANTE** - LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)  
**INTERNET** - 13. 02. 2004

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0028-04/04

**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 em lide, lavrado em 25/01/95 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 2.075,04, em decorrência da realização de operação tributada declarada como não tributada. Refere-se a concreto asfáltico, consignado nas Notas Fiscais n°s 6382 (fl. 4), 6379 (fl. 6) e 6380 (fl. 8), produzido fora do local da obra, que transitava como se fosse mercadoria não tributada, conforme os Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos n°s 105333, 105331 e 105332 (fls. 3, 5 e 7).

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 13 a 18) e, inicialmente, explicou que é uma empresa do ramo da construção civil e que vem sendo sistemática e injustamente autuada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Afirmou que, na autuação, o fornecimento de concreto betuminoso foi erroneamente considerado como sendo fornecimento de mercadoria. Em seguida, teceu considerações sobre os tipos de concreto, afirmou que é uma prestadora de serviços e disse que as empresas de construção civil estão sujeitas à incidência do ISS. Para embasar as suas alegações, transcreveu o art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei n° 406/68 e citou decisão do Supremo Tribunal Federal.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que o fato gerador do ICMS exigido na autuação está previsto no art. 1º, § 1º, XI, “a”, do RICMS-BA/89. Disse que não procede a alegação defensiva de que houve bitributação. Ao final, solicitou que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

A PROFAZ, à fl. 27, afirmou que a base de cálculo do imposto foi arbitrada, uma vez que o autuante não acatou o valor do produto lançado no documento fiscal. Disse que esse fato nulifica o lançamento. Ao final, opinou pela nulidade da autuação, devendo ser renovada a ação fiscal.

O CONSEF em despacho à fl. 29, enviou os autos à Procuradoria da Fazenda, tendo em vista processo em Mandado de Segurança n° 394.784.0/94, o que impedia o julgamento por este órgão (fls. 30/38).

A Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal, à fl. 44, afirma que o autuado logrou êxito no Mandado de Segurança n° 394784-0/94, tendo sido prolatada sentença através da qual foi concedido o “mandamus” reconhecendo não ser o mesmo contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou “portland”. Diz que o autuado também logrou êxito no Mandado de Segurança n° 4041221/94, tendo a decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Civil (fls. 46 a 57v). Em seguida, a Procuradoria Fiscal faz referência ao Ato Declaratório n° 03/2003 (fl. 45), cujo teor transcreveu parcialmente, e encaminhou o processo ao CONSEF, considerando a existência de pendência de julgamento.

## 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 portiand. 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 à fl. 45, 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 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 07431775/95, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE ARAUJO - JULGADOR