

**A. I. N°** - 07431597/95  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A.)  
**AUTUANTE** - CERES LOPES FARIA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO (IFMT SIMÕES FILHO)  
**INTERNET** - 17.02.04

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0031-02/04

**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 foi lavrado em 20/01/1995 para exigência do ICMS de R\$1.729,20, mais multa de 150%, em razão da realização de operação tributada como não tributada, através das notas fiscais de n.º: 6232, 6241 e 6242, emitidas pelo autuado em 13/01/95, relativas a 30 ton. de concreto asfáltico, tido como não incidente do ICMS. Tudo conforme Termos de Apreensão e documentos às fls. 3/8 do PAF.

No prazo legal, o sujeito passivo apresenta recurso, às fls. 13 a 18, insurgindo-se contra a autuação, sob a alegação de que o STF já se posicionou no sentido de que o gênero concreto não configura mercadoria quer na preparação da massa, quer na sua colocação na obra, havendo apenas a prestação de serviço, sob a forma de empreitada, com material fornecido pelo empreiteiro ou dono da obra, sendo que a prestação de serviço não se desvirtua pela circunstância da preparação da massa ser feita no local da obra, manualmente, ou em betoneiras colocadas em caminhões, nos quais preparam a mistura no trajeto até a obra. Assim, conclui que a atividade de fornecimento do concreto não está no campo de incidência do ICMS, sendo a autuação flagrante ilegalidade.

O autuante em sua informação fiscal, às fls. 25 e 26, mantém a autuação, ressaltando que nos termos do art. 1º, §1º, XI, “a”, do RICMS-BA, é devido o ICMS pelo fornecimento de mercadorias por ele produzidas fora do local da prestação do serviço. Aduz que o concreto se constitui de mercadoria industrializada, produzida fora do local da prestação do serviço, na forma do art. 2º e 3º do Regulamento do IPI e sob classificação fiscal n.º 381600 da TIPI.

A PROFAZ, através de Parecer, à fl. 28 do PAF, entende que a operação está sujeita ao pagamento do ICMS, contudo, do exame do processo verifica-se que o autuante utilizou-se de base de cálculo arbitrada, diferente da constante dos documentos fiscais, sem qualquer justificativa. Assim, por não atender as regras de arbitramento do imposto, opina pela nulidade do Auto de Infração.

Em razão dos Mandados de Segurança n.º 394784-0/94 e 4041221/94, este com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça, consoante fls. 38 a 50, a PROFAZ, à fl. 37

dos autos, ressalta que a sentença, através da qual fora concedido o mandamus, reconhece ao autuado não ser 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 encaminhado ao CONSEF.

### VOTO

Da análise das peças processuais, constata-se que o sujeito passivo impetrou 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 07431597/95, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR