

A. I. Nº - 07430574/94  
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
AUTUANTE - WAGNER MASCARENHAS  
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 17.02.04

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0032-02/04**

**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, lavrado em 30/12/1994, refere-se à exigência de R\$9,325,63 de imposto, mais multa, em decorrência de transporte de 65 toneladas de concreto asfáltico, operação considerada tributável realizada como não tributável, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Notas Fiscais, fls. 03 a 13 dos autos.

O autuado apresentou defesa às fls. 18 a 23, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando que a empresa atua no ramo da construção civil, cumpre regularmente sua função social, recolhe os impostos aos cofres públicos, e apesar de tudo isso, a fiscalização autuou a empresa, sob o argumento de que não foi recolhido o ICMS sobre o material transportado (concreto betuminoso). Disse que a fiscalização não fez distinção entre prestação de serviço e venda de mercadoria, conceituando o fornecimento de concreto betuminoso, também conhecido como asfalto, como mercadoria. Ressaltou que existem dois tipos de concreto: o PORTLAND e o BETUMINOSO, sendo que o primeiro é transportado em betoneiras, e o segundo, é desnecessária a betoneira, porque tem prazo de aproximadamente seis horas para a mistura se solidificar, podendo ser transportada em caminhão comum. Comentou sobre o art. 8º da Lei nº 406/68 e a lista de serviço, apresentando o entendimento de acordo com posicionamento do STF, de que o concreto betuminoso não configura mercadoria, e para suas próprias obras o produto não está no campo de incidência do ICMS. Por fim, requer pela nulidade da autuação fiscal.

O autuante apresentou informação fiscal mantendo o Auto de Infração, dizendo que em relação às alegações defensivas, a operação realizada pelo autuado é tributável, está prevista no RICMS/89, e não procedem os argumentos do autuado, uma vez que a lista de serviços estabelecida no Decreto-Lei 406/68 está definida a não incidência do ISS no fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador de serviço fora do local da prestação, sendo claro que as operações estão sujeitas ao ICMS. Ressaltou que as mercadorias objeto da autuação fiscal encontram-se sob a responsabilidade do autuado.

No parecer da PROFAZ à fl. 32 dos autos foi apresentado o entendimento de que não foram atendidas as regras de arbitramento do imposto, por isso, opinou-se pela nulidade do Auto de Infração.

Em novo Parecer da Procuradoria Fiscal datado de 29/11/2003, à fl. 41 do PAF, foi informado que através de Mandado de Segurança, processo nº 394784-0/94, o recorrente logrou êxito, tendo sido

prolatada sentença na qual ficou reconhecido não ser o autuado contribuinte do ICMS, quando da prestação dos serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland. Consta ainda, que ficou determinada a não inscrição em dívida ativa e não ajuizamento da respectiva execução fiscal de créditos tributários que tenham como fundamento a exigência do ICMS sobre o fornecimento de concreto por empreitada para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas em caminhões.

## VOTO

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo constata-se que a exigência fiscal é decorrente do transporte de dez toneladas de concreto asfáltico, operação considerada tributável realizada como não tributável, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Notas Fiscais, fls. 03 a 13 dos autos.

De acordo com o Parecer à fl. 41 dos autos, o autuado logrou êxito em Mandado de Segurança, sendo concedido o “mandamus” reconhecendo não ser o mesmo contribuinte do ICMS quando da prestação dos serviços de elaboração e entrega de concreto betuminoso ou portland.

Observo que sendo a matéria objeto de Mandado de Segurança, com resultado favorável ao autuado, ficando determinada a não inscrição do débito em dívida ativa e não ajuizamento da respectiva execução fiscal, conforme Parecer da Procuradoria Fiscal à fl. 41 do PAF, considera-se 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.

Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV 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, voto no sentido de considerar prejudicada a defesa referente ao Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 07430574/94, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A.)**.

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

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR