

A. I. Nº - 000.758.941-7/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 17.02.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033-02/04

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 16/02/1995, refere-se à exigência de R\$5.070,97 de imposto, mais multa, em decorrência do transporte de 85 toneladas de concreto asfáltico, operação considerada tributável realizada como não tributável, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Notas Fiscais constantes do demonstrativo de fls. 03 dos autos.

O autuado apresentou defesa às fls. 27 a 34, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando que a empresa atua no ramo da construção civil, está submetido ao regime de tributação que varia de acordo com a atividade que venha desempenhar, e como entidade obrigada à inscrição mantém todos os livros fiscais exigidos na legislação, e ao lavrar o Auto de Infração, o autuante ignorou que em princípio, as empresas de construção civil estão sujeitas à incidência tributária do ISS. 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 sendo destinado para suas próprias obras o produto não está no campo de incidência do ICMS. Disse que é inquestionável que as empresas de construção civil, somente excepcionalmente são contribuintes do ICMS, e apenas em certas circunstâncias se pode exigir o recolhimento do tributo. No caso, o defendant informou que realiza tão somente a prestação de serviço, tendo como objeto o concreto asfáltico e o mencionado concreto é aplicado diretamente na obra. Citou decisão do STJ. Argumentou ainda, que no Convênio ICM 66/68 não estão previstas como contribuintes as empresas de construção civil, exceto quando estão estabelecidas as hipóteses de pagamento do ICMS. Por fim, destacou que o fornecimento do concreto asfáltico não se constitui em venda de mercadorias, e sim, serviços.

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. Comentou sobre o art. 1º do RICMS-BA. a Lista de Serviços constante do Decreto 406/68, a Instrução Normativa 149/91 para demonstrar que não procedem os argumentos do autuado. Ressaltou ainda, que as mercadorias objeto da autuação fiscal encontram-se sob a responsabilidade do autuado.

No parecer da PROFAZ à fl. 43 dos autos foi apresentado o entendimento de que não foi determinado com segurança o valor médio do produto, na data da autuação, não foram atendidas as regras de arbitramento do imposto, e por isso, opinou-se pela nulidade do Auto de Infração, sem prejuízo da renovação da ação fiscal.

Em novo Parecer da Procuradoria Fiscal datado de 29/11/2003, à fl. 51 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 85 toneladas de concreto asfáltico, operação considerada tributável realizada como não tributável, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Notas Fiscais constantes do demonstrativo de fl. 03 dos autos.

De acordo com o Parecer à fl. 51 do presente processo, o defendant logrou êxito em Mandado de Segurança, sendo concedido o “mandamus”, reconhecendo não ser o autuado 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. 51 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 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 000.758.941-7/95, 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