

**A. I. N°** - 00743160-0/95  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
**AUTUANTE** - CERES LOPES FARIA  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 17.02.04

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0034-02/04

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO PRODUZIDA PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DA OBRA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo fiscal. Decisão tramitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/01/95, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$ 5.764,02 mais multa de 150%, sob acusação da realização de operação tributável como não tributável e com preço declarado notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria, relativamente a 100 toneladas de concreto asfáltico, produzido fora do canteiro de obras, acobertado pelas notas fiscais n<sup>os</sup> 006320; 006321; 006322; 006323; 006324; 006325; 006326 e 006327, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 120493 a 120499 (docs. fls. 034 e 018).

No prazo legal, o sujeito passivo por seu representante legal, em seu recurso às fls. 23 a 28, analisando os fatos que originaram o lançamento tributário, informou que a atividade desenvolvida pela empresa é de construção civil, e nessa condição está submetida a regime de tributação que varia de acordo com a atividade ou atividades que venha a desempenhar.

Fez algumas considerações sobre os tipos de concreto e o *modus procedendi*, destacando a existência do concreto Portland e o betuminoso, salientando que o primeiro é transportado em betoneiras, dada a sua especificidade técnica, enquanto que o outro tipo de concreto pode ser transportado em caminhão comum.

Assevera que o concreto asfáltico por ele elaborado não pode ser considerado mercadoria, e sim objeto de prestação de serviços de diversos materiais.

Informou que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a não incidência do ICMS no tocante ao concreto Portland, em recurso extraordinário de n° 82.501, em que figurou como parte o Estado da São Paulo (recorrente) e a Concretex – Engenharia de Concreto S/A (recorrida).

Invocou o artigo do 8º, § 1º do Decreto-Lei n° 406/68 e o item 19 da Lista de Serviço para fundamentar o seu argumento de que sendo a atividade da empresa de construção civil, o fornecimento do concreto betuminoso para suas obras, à luz da legislação citada e do RICMS/BA, não está sujeito ao ICMS.

Por fim, requer o arquivamento do Auto de Infração por falta de amparo legal.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 35 a 37, mantém a autuação, esclarecendo que a operação referida neste processo se constitui como fato gerador do ICMS, e está prevista no artigo

1º, § 1º, inciso XI, alínea “a”, nº 1 e nº 2 do RICMS/89, e que o autuado se enquadra na condição de contribuinte do imposto conforme artigo 15, § 1º, inciso X, do citado diploma legal.

Argumenta que o “concreto” é uma mercadoria produzida fora do local da prestação de serviço, e com classificação fiscal no código 3816.00 da Tabela do IPI aprovado pelo Decreto nº 97.410/88, e industrializado na forma dos artigos 2º e 3º, inciso I e II do RIPI/82, e que referida mercadoria foi encontrada no trânsito, não restando dúvida quanto a circulação da mesma.

Quanto a base de cálculo, o preposto fiscal esclareceu que a mesma foi apurada com base no artigo 70, inciso XIII, c/c com o artigo 91, inciso VIII, alínea “b”, do RICMS/89, mais precisamente com base em pesquisa de mercado junto a empresa da mesma atividade, conforme documento à fl. 19.

Conclui pela procedência da autuação.

No parecer constante à fl. 38 a PROFAZ opina pela nulidade da autuação por entender que foi utilizada base de cálculo arbitrada sem atendimento às regras de arbitramento do imposto previstas na legislação tributária, sem prejuízo da lavratura de outro Auto devidamente fundamentado.

Tendo em vista a existência o Mandado de Segurança nº 394.784.0/94 acostado aos autos pelo autuado (docs. fls. 41 a 49), foi exarado pela PROFAZ o Parecer constante à fl. 56 com base nos documentos às fls. 57 a 68, sendo informado que foi prolatada sentença favorável ao autuado, na qual foi reconhecido que a empresa não é contribuinte do ICMS, quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland.

Por conta disso, conclui o parecerista que ficou determinada no mandamus a não inscrição em dívida ativa e o 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**

Trata-se de Auto de Infração para exigência de ICMS em decorrência do transporte de 100 toneladas de concreto asfáltico, produzido fora do canteiro de obras, acobertado pelas notas fiscais nº 006320; 006321; 006322; 006323; 006324; 006325; 006326 e 006327, cuja operação foi considerada pela fiscalização de mercadorias em trânsito como operação tributável realizada pelo autuado como não tributável, e com preço declarado notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria, conforme documentos às fls. 34 e 18.

Conforme Parecer exarado pela PROFAZ à fl. 56, o autuado logrou êxito em Mandado de Segurança, no qual foi reconhecido não ser a empresa autuada contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços de elaboração e entrega de concreto betuminoso ou portland.

Nestes termos, sendo a matéria em questão objeto de Mandado de Segurança, com resultado favorável ao autuado, e tendo em vista que ficou determinada a não inscrição do débito em dívida ativa e não ajuizamento da respectiva execução fiscal, conforme Parecer da PGE/Procuradoria Fiscal datado de 29/12/2003 (doc. fl. 56), considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme previsto no artigo 117 do RPAF/99.

Assim nos termos do artigo 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal em decorrência de 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 **0743160-0/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GOES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A.)**.

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

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR