

A. I. N° - 07589964/95  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
**AUTUANTE** - HEITOR PERRELLA  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)  
**INTERNET** - 26. 02. 2004

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0035-04/04**

**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 31/03/95 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 1.173,65, em decorrência da realização de operação tributada declarada como não tributada. Refere-se a concreto asfáltico, consignado nas Notas Fiscais n<sup>o</sup>s 006578 e 006577, produzido fora do local da obra, que transitava como se fosse mercadoria não tributada, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 5 e 8).

O autuado apresentou defesa, às folhas 12 a 19, impugnando o lançamento tributário alegando que não são todas as empresas de construção civil que se inserem na qualificação do imposto, mas apenas e tão somente aquelas que, por promoverem o fornecimento de mercadorias, em princípio, as operações realizadas pelas empresas de construção civil estão amparadas pela não-incidência ou pela isenção do ICMS, embora, estejam obrigadas a possuir inscrição cadastral e a cumprir as obrigações acessórias previstas na legislação. Explica que as empresas de construção civil estão sujeitas à incidência do ISS, e que o ICMS incidirá, excepcionalmente, sobre as mercadorias produzidas pelo próprio construtor em estabelecimento situado fora do local da obra.

Sustenta que, em relação ao concreto asfáltico, realiza a prestação de serviço, e não a venda de mercadoria. Diz que os seus clientes obtêm apenas um serviço técnico, não intencionando adquirir os materiais que são empregados nesses serviços. Frisa que o concreto asfáltico é um produto que, por detalhes técnicos, não poderia ser processado em toda a sua inteireza no local da obra, portanto, o mesmo é processado fora do local e em seguida aplicado na obra. Diz que é indiscutível o subfaturamento de preço, uma vez que se trata de prestação de serviço e não de venda. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça, para embasar a sua alegação. Ao final, solicita o arquivamento do Auto de Infração por falta de amparo legal.

Na informação fiscal, fls. 27 a 29, o autuante afirma que o fato gerador do ICMS exigido na autuação está previsto no art. 1º, § 1º, XI, “a”, do RICMS-BA/89, cujo teor transcreveu. Assevera que o concreto asfáltico é uma mercadoria industrializada produzida fora do local da prestação do serviço, classificada na Tabela do IPI sob o número 3816.00.

Assevera que a decisão do STJ citada pela defesa é referente a operação interestadual, ao passo que a operação objeto do presente lançamento era interna.

Esclarece que a base de cálculo do imposto foi apurada em conformidade com os artigos 70, XIII, e 91, VIII, “b”, do RICMS-BA/89.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A PROFAZ, à fl. 31, afirma que a base de cálculo do imposto foi arbitrada, uma vez que o autuante não acatou o valor do produto lançado no documento fiscal e não apresentou no processo fundamentação para o valor encontrado. Diz que esse fato nulifica o lançamento. Ao final, opina pela nulidade da autuação, devendo ser renovada a ação fiscal.

Este CONSEF, à fl. 33, enviou os autos à Procuradoria da Fazenda, tendo em vista processo em Mandado de Segurança nº 394.784.0/94, o que impedia o julgamento por este órgão.

A Procuradoria do Estado, mediante parecer, à fl. 40, encaminhou ao CONSEF o presente processo, considerando a existência de pendência de julgamento e, informando que em sede de Mandado de Segurança, processo nº 394784-0/94, o autuado 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 portian. De igual maneira, informou que o impugnante 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.

## VOTO

A Procuradoria do Estado anexou aos autos cópia reprodutiva 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 portian. 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, anexo, 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 presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<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 07589964/95, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

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

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR