

**A. I. N°** - 07473648/95  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
**AUTUANTE** - CERES LOPES FARIA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)  
**INTERNET** - 22. 06. 2004

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0212-04/04

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO PRODUZIDO 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 10/08/1995 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS, no valor de R\$193,80, mais multa de 50%, em razão da realização de operação tributada como não tributada, através das notas fiscais de n<sup>os</sup> 3599, 3598, 3597 e 3596, emitidas pelo autuado em 09/08/95, relativas a 38 toneladas de concreto asfáltico, tido como não incidente do ICMS. Tudo conforme Termos de Apreensão e documentos às fls. 3 a 9 dos autos.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 12 a 19), alegando que, 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.

Assevera que, em relação ao concreto asfáltico, realiza apenas 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. 26 e 27, 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 TIPI sob o número 3816. Alega que a decisão do STJ citada pela defesa é referente a operação interestadual, ao passo que a operação objeto do presente lançamento era interna. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A PROFAZ, através de Parecer, à fl. 29, entende que a operação está sujeita ao pagamento do ICMS, pois o concreto foi produzido fora do local da obra, ocorrência prevista como sujeita a incidência do imposto em face da ressalva feita no item 31 da Lista de Serviços do Decreto-Lei nº 406/68.

Conforme despacho à fl. 31, o processo foi encaminhado à PROFAZ, tendo em vista que o presente Auto de Infração encontra-se relacionado no Mandado de Segurança, tombado sob o Processo de nº 394784-0/94, impedindo o julgamento por parte deste CONSEF.

Por sua vez, a PROFAZ, à fl. 37, esclarece que o recorrente logrou êxito no referido Mandado de Segurança, como também no Mandado de Segurança nº 4041221/94, com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça. Nesta oportunidade, a PROFAZ reporta-se também ao Ato Declaratório nº 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 encaminhados ao CONSEF.

## VOTO

Da análise das peças e comprovações que integram o processo, 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 4ª 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 **07473648/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR