

A. I. N° - 07948298/95
AUTUADO - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)
AUTUANTE - JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)
INTERNET - 22. 06. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0213-04/04

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 28/08/1995 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS, no valor de R\$ 550,80, mais multa de 50%, em razão da realização de operação tributada como não tributada, através das notas fiscais de n^{os} 201, 203, 209, 200, 206, 215, 216, 217, 218, 219, 222, 198, 208 e 211, emitidas pelo autuado em 25/08/95, relativas a 108 toneladas de concreto asfáltico, tido como não incidente do ICMS. Tudo conforme Termos de Apreensão e documentos às fls. 3 a 31 dos autos.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 34 a 38) e, inicialmente, explicou que é uma empresa do ramo da construção civil e que vem sendo sistemática e injustamente autuada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Afirmou que, na autuação, o fornecimento de concreto betuminoso foi erroneamente considerado como sendo fornecimento de mercadoria. Em seguida, teceu considerações sobre os tipos de concreto, afirmou que é uma prestadora de serviços e disse que as empresas de construção civil estão sujeitas à incidência do ISS. Para embasar as suas alegações, transcreveu o art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68 e citou decisão do Supremo Tribunal Federal. Ao final, solicita a nulidade do lançamento.

Na informação fiscal, fls. 45 e 46, 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. Ao final, solicita a manutenção do Auto de Infração.

A PROFAZ, através de Parecer, à fl. 48, 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.

Conforme despacho à fl. 50, 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 n.º 394784-0/94, impedindo o julgamento por parte deste CONSEF.

Por sua vez, a PROFAZ, à fl. 56, esclarece que o recorrente logrou êxito no referido Mandado de Segurança, como também no Mandado de Segurança n.º 4041221/94, com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça. Nesta oportunidade, a PROFAZ reporta-se também ao Ato Declaratório n.º 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 n.º **07948298/95**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÔES 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