

A. I. N° - 232884.0011/00-8
AUTUADO - MCE ENGENHARIA LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU SANTANA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-01/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A penalidade por descumprimento de obrigação acessória é absorvida pela multa relativa ao inadimplemento da obrigação principal, objeto de outro item do procedimento fiscal. Autuação insubsistente. **b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** Não acatada a tese de que se trataria de prestação de serviços relacionados a engenharia civil, elétrica e mecânica, de modo que os fornecimentos de mercadorias adquiridas de terceiros para emprego nas obras não sofreriam a incidência de ICMS, tomando por fundamento o art. 542, II, do Regulamento. Nos termos da Lista de Serviços estabelecida pelo Decreto-lei n° 406/68, com as alterações feitas pela Lei Complementar n° 56/87, a montagem industrial somente se considera serviço quando os materiais a serem montados forem pertencentes ao usuário do serviço. Por interpretação *a contrario sensu*, se os materiais são fornecidos pelo prestador do serviço, não se trata de “serviço”, e sim de “industrialização”. Infração caracterizada. **2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA.** Descumprimento de obrigação acessória. Inexistência de dolo, fraude ou simulação. Caracterizada a infração, mas cancelada a multa, com fundamento no art. 42, § 7º, da Lei n° 7.014/96. **3. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. DIÁRIO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA.** Pelo teor da informação fiscal, o fisco teve acesso à contabilidade da empresa, tanto assim que concluiu que as Notas Fiscais analisadas não foram registradas na escrita fiscal, tendo sido lançadas apenas no sistema contábil. Assim, o contribuinte apresentou ao fisco a sua escrita contábil, embora o tenha feito extemporaneamente. A autuação está correta, cancelando-se, porém, a multa, com base nos mesmos fundamentos do tópico precedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/7/2000, diz respeito aos seguintes fatos:

1. Falta de registro, na escrita fiscal, de Notas Fiscais de compras de mercadorias tributáveis – descumprimento de obrigação acessória. Multa: R\$ 50.653,37 (10% do valor comercial das entradas não registradas).
2. Falta de recolhimento de ICMS relativo a saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, fato apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (1999). Imposto: R\$ 196.118,01. Multa de 70%.
3. Falta de escrituração de AIDFs no Registro de Utilização de Documentos Fiscais. Multa de 10 UPFs-BA.
4. Falta de apresentação do livro Diário – quatro intimações. Multa de 22 UPFs-BA.

O autuado apresentou defesa (fls. 699/708) destacando inicialmente, em bloco, as situações dos itens 1º e 2º do Auto de Infração. Explica que a sua empresa se dedica ao ramo de construção civil de montagem e manutenção de equipamentos industriais, tendo como clientela principal as indústrias do Pólo Petroquímico de Camaçari, há muitos anos. Para esse mister, adquire diversos materiais de vários fornecedores para a utilização e consumo nos canteiros de obras, principalmente em razão da natureza dos contratos de prestação de serviços e da espécie de empreitada global, em que se obriga a prestar os serviços e também a fornecer os materiais. Declara que não comercializa os materiais adquiridos, apenas utiliza tais bens para a realização dos seus serviços, quer dentro do seu estabelecimento, quer transportando-os para as empresas onde os serviços serão efetuados, posto que dependem, na maioria das vezes, de medições e análises no local da realização da obra ou da montagem.

Feitas essas considerações, o autuado aduz que os bens relacionados no Anexo I do Auto de Infração não são “mercadorias” ou qualquer outro bem sujeito à tributação, pois os mesmos não estão sujeitos à regra de incidência do ICMS, já que são destinados ao consumo na prestação dos serviços de construção-montagem.

O autuado transcreve em parte o art. 542 do RICMS, para demonstrar que, nos termos do seu inciso II, não incide o imposto nos fornecimento de material adquirido de terceiro pelo empreiteiro ou subempreiteiro para aplicação nas construções, obras ou serviços contratados. Em face disso, argumenta que não há por que se falar em falta de recolhimento de ICMS decorrente de saídas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal e muito menos em falta de registro de entrada de mercadorias para justificar a presente autuação, tendo em vista a natureza do seu estabelecimento como não contribuinte do ICMS, já que a empresa tem como objetivo social a prestação de serviços de construção civil e montagem.

Quanto à multa do 1º item, o autuado frisa, transcrevendo o art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 (que por equívoco a defesa chamou de RICMS), que a penalidade de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço não registrado na escrita fiscal diz respeito a situações em que o objeto considerado seja sujeito à tributação. Argumenta que, além de as mercadorias constantes no Anexo II do Auto de Infração não serem destinadas à comercialização, não estando, portanto, sujeitas à tributação, conforme estipulado pelo art. 542, II, do RICMS, o procedimento fiscal está em desacordo com a Portaria nº 445/98, cujo art. 8º, II, prescreve que, para fins de apuração do débito de ICMS com base na presunção de que cuida o inciso II do seu art. 7º, a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), sendo que não se aplicará a multa nela falta de lançamento das entradas na escrita fiscal, pois esta é absorvida pela penalidade correspondente à falta de cumprimento da obrigação principal.

Já no que se refere à infração 2ª, o autuado observa que o art. 5º, III, da aludida portaria determina que, verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque, no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à tributação,

deve ser aplicada a multa de 1 UPF-BA por descumprimento de obrigação acessória, conforme prevê o RICMS/97, art. 915, XXII.

O autuado protesta que a multa imposta no 1º caso por suposta falta de registro fiscal da entrada de mercadorias foi absorvida pela multa exigida no alegado descumprimento de obrigação principal, nos termos do art. 8º, II, da Portaria nº 445/98, não tendo como subsistir, devendo ser cancelada, conforme tem decidido esta Corte de Julgamento em situações semelhantes. Aponta como exemplos os Acórdãos JJF 2178/00 e CJF 1844/00 (transcreveu as respectivas ementas).

Voltando à 2ª infração, pede que, com base no art. 542, II, do RICMS, e no art. 5º, II, da Portaria nº 445/98, a multa seja reduzida para 1 UPF. Observa que o seu pleito tem amparo na jurisprudência do STJ, como no caso do Acórdão da 1ª Turma nos autos do RESP-247.595/MG, em julgamento de 11/4/2000, DJU de 15/5/2000, p. 145, sendo relator o min. José Delgado.

Segundo o autuado, esse entendimento é de fácil percepção quando se interpreta a regra-matriz do ICMS estipulada no art. 155, II, e § 2º, I, da Constituição Federal. Afirma que impor o pagamento de ICMS para quem não é contribuinte e não realiza operações de circulação de mercadorias viola a Constituição Federal no aspecto da não-cumulatividade do imposto em apreço.

Por não se considerar contribuinte do ICMS, pede que seja cancelada a multa do 1º item e que se reduza a multa do 2º item para 1 UPF-BA.

O autuado passa em seguida à abordagem dos itens 3º e 4º, que dizem respeito a descumprimento de obrigações acessórias. Sem adentrar no mérito dos fatos, destaca que não houve intuito de sonegação, dolo ou má-fé, a ponto de se justificar a aplicação de tais penalidades, que considera absurdas. Comenta que os tribunais administrativos costumam cancelar essas multas, quando não há intuito de sonegação. Transcreve trechos de decisões dos conselhos de contribuintes dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais. Pede que as penalidades em questão sejam canceladas.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 725-726) dizendo que, no exercício objeto da ação fiscal, o contribuinte adquiriu grandes quantidades de mercadorias. Tais mercadorias não constavam em seu estoque de 31 de dezembro de 1999. Não foram emitidas Notas Fiscais de saídas das citadas mercadorias. Estas não foram aplicadas nos serviços prestados, pois os contratantes dos serviços, quando intimados, apresentaram cópias dos contratos de prestação de serviços, onde fica comprovado que não houve aplicação dos referidos materiais (vide fls. 533/681). Todas as Notas de compra de materiais estão em nome do contribuinte, e o local da entrega é o seu estabelecimento sito na Av. Leste, s/n, no Pólo de Apoio, em Camaçari, não havendo qualquer Nota comprovando as saídas dos materiais para as obras, nem comprovando as transferências de sua propriedade para os contratantes das obras.

O autuante prossegue dizendo que várias Notas Fiscais de compra não foram registradas na escrita fiscal, sendo registradas apenas no sistema contábil. Em relação a estas, foi aplicada a penalidade de que cuida o 1º item do Auto de Infração.

Para as outras Notas Fiscais, que foram registradas na escrita fiscal, foi elaborado um levantamento quantitativo de estoque, ficando constatada omissão de saídas.

Quanto à alegação do contribuinte de que o procedimento fiscal está em desacordo com o artigo 8º da Portaria nº 445/98, o autuante contrapõe que tal alegação não procede, tendo em vista que o citado dispositivo trata de omissão de entrada em levantamento quantitativo de estoque, ao passo que, no caso em questão, as Notas Fiscais que não foram registradas na escrita fiscal e que geraram a aplicação da multa não foram incluídas no levantamento quantitativo de estoque.

Opina pela manutenção do procedimento.

Tendo em vista que o autuante, ao fazer o levantamento quantitativo de estoques (2ª infração), não contemplou nele todas as Notas Fiscais de entrada vinculadas ao período (Notas Fiscais objeto da 1ª infração), conforme foi dito pelo próprio fiscal, o processo foi remetido em diligência (fls. 729-730), a fim de que o levantamento fosse refeito, de modo a abranger todas as Notas Fiscais de entradas e saídas do período considerado. Na mesma diligência foi solicitado que se intimasse o contribuinte no sentido de que ele comprovasse, sendo o caso, que as mercadorias indicadas no levantamento de estoques foram fornecidas pela sua empresa na prestação dos serviços e obras contratados. Também deveria o contribuinte comprovar, sendo o caso, que não exerce atividades sujeitas à incidência de ICMS.

A ASTEC, dando cumprimento à diligência (fls. 732/741), refez o levantamento quantitativo, incluindo no 2º item Notas Fiscais de entradas objeto do 1º item, haja vista que os citados documentos não haviam sido consideradas pelo autuante no levantamento do 2º tópico do Auto de Infração. Feita a revisão, o débito originário de R\$ 196.118,01 passou a ser de R\$ 251.686,50. A ASTEC sugere que a diferença seja cobrada em nova ação fiscal.

Intimado o sujeito passivo, este deu entrada em novo instrumento (fls. 748/752), prestando os seguintes esclarecimentos.

Quanto à comprovação de que as mercadorias constantes no levantamento de estoques foram efetivamente aplicadas nas obras pela sua empresa, argumenta que é necessário que se atente para a natureza das mercadorias envolvidas e para sua adequação aos serviços prestados. Assegura que o objetivo fundamental de sua empresa é a engenharia civil, elétrica e mecânica, de acordo com os documentos acostados aos autos, a saber: contrato social (já anexado antes), Certidão de Registro e Quitação da empresa junto ao CREA, Declaração do Sindicato dos Empregados e do Sindicato Patronal, e Alvará de Licença e Funcionamento da Prefeitura de Camaçari. Na consecução dos seus objetivos sociais, há a obrigação de prestar os serviços contratados, com o fornecimento dos materiais necessários. Assegura que tudo o que foi alegado, que é de fundamental importância para o deslinde da causa, pode ser facilmente comprovado através dos contratos de prestação de serviços, autorização de fornecimento e demais avenças colacionadas, onde há a obrigação da empresa de adquirir o material a ser utilizado na prestação dos serviços. Realça que todos os materiais constantes no demonstrativo de estoque guardam absoluta correlação com os serviços prestados. Os materiais são: vergas de aço ou ferro, cantoneiras, vigas, cabos, tubos, chapas, madeirite plástico, blocos de concreto e “cripond”. Prossegue dizendo que a prestação de serviços da empresa se concentra basicamente nos serviços de manutenção e montagem industrial, onde há aplicação de engenharia civil, elétrica e mecânica. Alega ser de conhecimento notório que vergas de aço ou ferro, vigas e cantoneiras não têm outra utilização, senão o uso na engenharia para fins de sustentação e suporte das estruturas metálicas e de concreto que são confeccionadas pela sua empresa nos canteiros de obra, para realização da prestação dos serviços contratados. Já os cabos, estes se referem à parte elétrica, que faz parte de diversos projetos da empresa, em que a utilização de cabos (conhecidos como fios) é necessária à consecução do trabalho, os quais são fornecidos nos termos dos contratos colacionados. Os tubos têm aplicação na parte civil das obras, e a sua instalação decorre dos projetos onde haja a necessidade de canalização de fluidos ou resíduos. As chapas (inox pretas) são utilizadas na manutenção e criação de caldeiras industriais, bem como de outros utensílios, de acordo com o projeto estipulado, onde haja a necessidade de moldar determinado tubo, revestir determinada parede, ou formar certa estrutura metálica. O madeirite plástico e os blocos de concreto são usualmente aplicados nas obras civis, sendo que o madeirite é utilizado como fôrma para aplicação de concretagem (material plástico que pode adquirir diversos formatos), ao passo que os blocos são utilizados na construção de paredes. Por fim, o “cripond” é um material colante, utilizado usualmente na fixação de tubos,

totalmente veiculado à área civil da engenharia. Tudo, enfim, nos termos dos contratos, precisa ser fornecido pela sua empresa juntamente com os serviços prestados.

O autuado conclui considerando estar provada a vinculação entre as mercadorias em questão e as atividades desenvolvidas pela empresa, haja vista as informações prestadas e os contratos anexados aos autos, ficando patente a obrigação da empresa de fornecer tais mercadorias, quando da prestação dos serviços contratados.

Considera que, em face dos documentos anexados, também fica demonstrado que a sua empresa não exerce uma atividade sujeita à incidência do ICMS, na forma do art. 542, II, do RICMS. A seu ver, esse dispositivo, em conjunto com as provas colacionadas, demonstram a impossibilidade de incidência do ICMS sobre os materiais objeto desta autuação, já que os mesmos foram adquiridos exclusivamente para aplicação nos serviços contratados.

Argumenta que os contratos de prestação de serviços juntados, em suas diversas nomenclaturas, comprovam o que foi sustentado na defesa e facilitará o julgamento da lide. Assegura que as mercadorias em questão não foram adquiridas para venda, mas tão-somente para aplicação nos serviços.

Juntou aos autos, dentre outros instrumentos, cópias de certidões, declarações, alvarás, autorizações de serviços, autorizações de fornecimento, contratos de prestação de serviços de montagem, bem como de cópia do inteiro teor do acórdão proferido no Recurso Especial nº 247.595/MG, da lavra do min. José Delgado (ementa transcrita na peça de defesa), onde o Superior Tribunal de Justiça consagra o entendimento da impossibilidade de exigência do ICMS sobre mercadorias adquiridas para utilização nas obras de construção civil.

Pede que se julgue improcedente a autuação.

Dada vista dos autos ao fiscal autuante, este não comentou os novos elementos aduzidos, limitando-se a dizer que tomou conhecimento da diligência efetuada, e quanto à matéria em discussão já havia prestado sua informação (fl. 850).

O processo foi mais uma vez remetido em diligência (fls. 854/857), para que fiscal estranho ao feito informasse com precisão a natureza dos negócios ou serviços da empresa.

Segundo a ASTEC, a atividade da empresa é a instalação e montagem de bens (fls. 858/868). Em seus “comentários adicionais”, dentre outras considerações, o parecerista recomenda que se atente para a correlação entre as infrações 1ª e 2ª, para se analisar se seria aplicável a aplicação do disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96 (que trata da absorção da multa por descumprimento de obrigação acessória pela multa por descumprimento da obrigação principal), caso venha a ser julgada procedente a exigência fiscal de que cuida o 2º tópico do procedimento.

Dada ciência ao sujeito passivo do teor do parecer da ASTEC, foi dada entrada em petição em que, além de reiterar os termos da defesa, impugna as proposições formuladas pelo parecerista, e reafirma que o seu estabelecimento presta serviços de montagem industrial com fornecimento de mercadorias, de modo que, a seu ver, se enquadra como empresa de construção civil.

VOTO

Analisarei, primeiramente, o 2º item do procedimento fiscal, haja vista que o 1º item a ele se encontra intimamente relacionado, tanto assim que o processo foi baixado em diligência para que as Notas Fiscais de entradas não escrituradas (objeto do 1º item) fossem incluídas no levanta-

mento da omissão de saídas (infração apurada no 2º item). A defesa suscitou a correlação dos dois fatos, e a ASTEC, em seu parecer, recomenda que tal correlação seja examinada.

O 2º item do Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, fato apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

A defesa alega, em síntese, que a atividade da empresa é de prestação de serviços relacionados a engenharia civil, elétrica e mecânica, de modo que os fornecimentos de mercadorias adquiridas de terceiros para emprego nas obras por ela contratadas não sofreriam a incidência de ICMS, tomando por fundamento o art. 542, II, do Regulamento.

O ICMS tem por âmbito de incidência *a)* as operações relativas à circulação de mercadorias, *b)* as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e *c)* as prestações de serviços de comunicação.

Interessam aqui as *operações* relacionadas com a circulação de mercadorias. A legislação não se preocupa em definir quais sejam tais operações. O carro-chefe dessas operações é a operação de *compra e venda mercantil*. Mas existem várias outras, como a *consignação* mercantil, a *dação*, a *permuta*, a *transferência* (em face da autonomia dos estabelecimentos), o *fornecimento*.

Deixei por último a menção ao *fornecimento*, para distingui-lo da *compra e venda* mercantil. Nesta, verifica-se a transmissão da propriedade de um bem (móvel ou semovente), tornando-se o contrato perfeito e acabado quando o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições. Já no caso do *fornecimento*, embora haja, igualmente, uma mudança de titularidade, o negócio jurídico tem natureza diversa da compra e venda. No fornecimento, o prestador do serviço, além do serviço propriamente dito, se encarrega de entrar com materiais a serem empregados ou aplicados na prestação.

A *Lista de Serviços* aprovada pelo Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, relaciona os fatos geradores do ISS, imposto municipal sobre prestações de serviços de qualquer natureza. Praticamente todo serviço envolve algum tipo de fornecimento de mercadoria, mesmo que esse fornecimento esteja apenas implícito, como uma circunstância necessária ou indispensável à prestação. Se a lista de serviços não fizer nenhuma ressalva, o material fornecido pelo prestador do serviço integra a incidência do imposto municipal. Na Lista estão ressalvadas as situações em que, excepcionalmente, os materiais fornecidos pelo prestador não se confundem com a prestação, de modo que o serviço é tributável pelo Município, mas os bens fornecidos pelo prestador sujeitam-se ao tributo estadual.

Apesar de o ISS ter como campo de aplicação os serviços “de qualquer natureza”, cumpre observar que não é bem assim. Quando o serviço *não se encontra descrito na Lista* (ou quando, apesar de nela ser mencionado, o fato real *não se verifica nos estritos termos descritos na lista*), ele deixa de ser tributável pelo ISS, cabendo ao intérprete ou aplicador da lei verificar a possibilidade de ser o fato alcançado por outro tributo – federal ou estadual – ou de simplesmente constituir um fato não tributável.

Um exemplo de serviço que não consta na Lista é o prestado por *restaurantes, bares e estabelecimentos similares*. Não obstante esses estabelecimentos serem em sua essência autênticos prestadores de serviços, esses serviços não se encontram na referida Lista, de modo que o fornecimento de mercadorias por aqueles estabelecimentos integra o campo de incidência do ICMS, fazendo parte de sua base de cálculo inclusive os serviços prestados (o serviço do garçom, espetáculos ou música ao vivo, etc.).

Também foge à tributação do ISS aquele serviço que, embora se encontre relacionado na Lista, seja contratado ou executado de forma diversa da forma como se encontra descrito na Lista. É o caso, por exemplo, da empresa que recebe alguma coisa de terceiro para efetuar o beneficiamento (*lavagem, secagem, polimento, pintura, corte, plastificação*, etc.). Embora esse serviço se encontre descrito no item 72 da Lista, consta, no final da descrição, a ressalva: “... de objetos não destinados a industrialização ou comercialização”. Isso significa que, se o bem que tiver sido submetido a beneficiamento se destina a futura industrialização ou venda, ao sair do estabelecimento beneficiador é alcançado pela norma do ICMS, a menos que haja alguma previsão de exclusão do tributo (isenção, diferimento, etc.).

Outro exemplo: os serviços de *conserto* ou *manutenção* (item 69 da Lista de Serviços) e de *instalação* e *montagem* de objetos em geral (item 74) (incluída aí *montagem industrial*). No caso de conserto ou manutenção, a lista faz a ressalva de que o fornecimento de peças e partes fica sujeito ao ICMS. Já no caso de instalações ou montagens, a Lista estabelece que a incidência do tributo municipal se dá é quando o serviço é prestado ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele (usuário) fornecido.

Por conseguinte, no que concerne à chamada *montagem industrial*, de acordo com a referida Lista, somente se considera *serviço* a montagem industrial quando as estruturas e equipamentos a serem montados não são fornecidos pelo prestador do serviço. Noutras palavras, no caso da instalação ou montagem, inclusive montagem industrial, a Lista estabelece que a incidência do tributo municipal (ISS) se dá é quando o serviço é prestado ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele (usuário) fornecido. Se o prestador do serviço de montagem é a própria empresa fornecedora dos bens a serem montados, o imposto incidente é o ICMS, e a base de cálculo é o valor total da operação, compreendendo o valor dos materiais e dos serviços.

Fiz essas considerações porque a defesa defende a tese de que a atividade da empresa é de construção civil. Caso se tratasse, de fato, de empresa de construção civil, realmente não seriam tributáveis os fornecimentos de mercadorias adquiridas de terceiros para emprego nas obras a serem realizadas, nos termos do art. 542, II, do Regulamento.

Entretanto, ao ser baixado o processo em diligência, a ASTEC, analisando as situações em discussão, concluiu que a matéria em questão diz respeito a fornecimento de mercadorias, pelo autuado, nos serviços de instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, e nos serviços de montagem industrial. Ao se pronunciar sobre o teor do parecer da ASTEC, o sujeito passivo admite de forma clara que as mercadorias objeto da ação fiscal seriam aplicadas “em serviços de montagem industrial relacionados à engenharia civil, mecânica e elétrica”.

Ora, não importa se os serviços de montagem, conforme alega o sujeito passivo, se encontram ou não “relacionados à engenharia civil, mecânica e elétrica”. Relacionados ou não, os serviços de montagem industrial devem atender à regulação estabelecida no direito positivo, no tocante à incidência tributária envolvendo ISS e ICMS. Nos termos da Lista de Serviços estabelecida pelo Decreto-lei nº 406/68, com as alterações feitas pela Lei Complementar nº 56/87, a montagem industrial somente se considera serviço quando os materiais a serem montados forem pertencentes ao usuário do serviço. Por interpretação *a contrario sensu*, se os materiais são fornecidos pelo prestador do serviço, não se trata de “serviço”, e sim de “industrialização”. O Regulamento do ICMS, no art. 2º, § 5º, III, em consonância com a legislação federal do IPI, define claramente a “montagem” como um dos processos que configuram o conceito jurídico de “industrialização”.

Sendo assim, no tocante ao 2º item do Auto de Infração, a incidência do ICMS sobre as mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço é prevista de forma expressa no art. 2º, VIII, “a” e “b”.

Na revisão do lançamento, as Notas Fiscais objeto do 1º item do Auto de Infração foram incluídas no levantamento do débito de que cuida o 2º item, de modo que a multa estipulada no 1º, por descumprimento de obrigação acessória, é absorvida pela penalidade por descumprimento da obrigação principal objeto do 2º item, nos termos do § 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A revisão do lançamento implicou majoração do débito, que originariamente era de R\$ 196.118,01, tendo a ASTEC concluído que o valor realmente devido é de R\$ 251.686,50. A ASTEC sugere que a diferença seja cobrada em nova ação fiscal. Represento à repartição fiscal no sentido de que seja renovado o procedimento quanto à aludida diferença. Evidentemente, se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, regularizar a situação, inclusive através de denúncia espontânea, caso realmente a diferença seja devida, exime-se de sanções.

A 3ª infração está caracterizada. O autuado pede o cancelamento da multa, e aponta jurisprudência administrativa em seu favor. É procedente a autuação, Mas proponho o cancelamento da penalidade, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista que o não houve dolo, fraude ou simulação, e o descumprimento da obrigação acessória não implicou falta de pagamento de tributo.

No caso da 4ª infração, observo que o autuante, ao prestar a informação fiscal, falando das Notas Fiscais não escrituradas, diz que as mesmas não foram registradas na escrita fiscal, tendo sido lançadas apenas no sistema contábil. Quer dizer então que o contribuinte apresentou ao fisco a sua escrita contábil. Provavelmente a multa foi aplicada porque, embora o livro tenha sido apresentado, a apresentação foi extemporânea. Sendo assim, proponho que se considere igualmente procedente a autuação nesse caso, mas cancelando-se a multa, com base nos mesmos fundamentos do tópico precedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232884.0011/00-8**, lavrado contra **MCE ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 196.118,01**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, sendo canceladas as multas de **10 e 22 UPFs-BA** previstas no art. 42, inc. XX, com fundamento no § 7º do art. 42 da já citada lei.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA