

A.I. N.º - 206854.0004/01-4
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS S/A.
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES e ANTÔNIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12/08/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0251-03/02

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida. b) ADMISSÃO TEMPORÁRIA COM PRAZO DE PERMANÊNCIA VENCIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não comprovou a exportação de devolução da mercadoria. c) PROGRAMA BEFIEX. NÃO ATENDIDA CONDIÇÃO PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A integralização dos bens no ativo permanente não deve ser apenas contábil, mas também física, considerando que o legislador ao conceder tal isenção na importação do equipamento, o fez com a intenção de que este integrasse o parque industrial da empresa na Bahia, visando o aumento da capacidade produtiva dentro do Estado. O autuado não atendeu a condição estabelecida pela norma da isenção. Infração confirmada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIA PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. Na época da ocorrência dos fatos geradores era vedado ao contribuinte creditar-se do imposto em questão. b) AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. As mercadorias que originaram o lançamento, não são produtos intermediários indispensáveis no processo industrial. Infração comprovada. c) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Infração confirmada. d) ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO CREDOR DO IMPOSTO. O crédito fiscal deverá ser escriturado pelo seu valor nominal. e) FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO E QUE POSTERIORMENTE FORAM OBJETO DE SAÍDA COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Comprovado nos autos que as mercadorias não são insumos que participam de processo industrial, na condição de produtos intermediários. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/01, exige ICMS no valor de R\$ 1.407.279,81, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. “Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS correspondente a imposto destacado em Notas Fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito. Importou mercadorias tributadas com destino físico para a Engepack E. São Paulo Ltda e nas NFs de venda destacou o imposto indevidamente, entretanto deixou de apresentar a GNRE e o respectivo processo de importação como também não comprovou que a empresa destinatária supra não utilizou-se do imposto destacado na nota fiscal. Cabe registrar, apesar de não eliminar a infração pelos motivos acima, que a autuada efetuou o estorno do débito supra em dezembro/97”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas anteriormente a 01/11/96, para integrar o ativo permanente do estabelecimento”;
3. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento”;
4. “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”;
5. “Deixou de recolher ICMS devido em razão de nacionalização feita pela Receita Federal de mercadoria importada sob regime de admissão temporária, com prazo de permanência vencido. Não comprovou a exportação de devolução de mercadoria importada sob o regime de admissão temporária”;
6. “Deixou de recolher o ICMS devido referente às importações de bens destinados a integrar o seu ativo fixo, importados com isenção de ICMS, valendo-se do benefício da não similaridade de produto nacional, tendo, contudo, após o desembaraço aduaneiro, sido remetidos para outro estabelecimento”;
7. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito”;
8. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a atualização monetária do saldo credor do imposto constante do Livro de Apuração do ICMS”;
9. “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto”.

O autuado, através de seu representante legal, apresentou impugnação, às fls. 198 a 225, ressaltando inicialmente sua boa fé, já que acatou algumas das imputações relacionadas no

Termo de Intimação para Pagamento que antecedeu a lavratura do Auto de Infração, informando ter efetuado o pagamento de cerca de R\$ 350.000,00.

Em relação à autuação, se manifesta nos seguintes termos:

- infração 1: informa que o que ocorreu foi a importação de algumas mercadorias através do porto de Santos-SP, que teriam como destino físico a filial de São Paulo, tendo sido o ICMS recolhido no desembaraço aduaneiro para o Estado de São Paulo. Alega que aconteceu apenas um equívoco na emissão das Notas Fiscais nºs 5365 e 5513, onde o ICMS foi novamente destacado para o Estado acima citado. Aduz que ao constatar o erro, foi procedido o estorno do débito e ressalta que a adquirente (Engepack Embalagens São Paulo) não utilizou o crédito, dizendo que os documentos anexados aos autos comprovam tal afirmação;
- infração 2: faz longa exposição sobre o princípio da não cumulatividade, transcrevendo opinião de diversos tributaristas, artigos da Constituição Federal, acórdão do STF, visando demonstrar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, entendendo que o direito ao crédito nas aquisições de ativo imobilizado nasceu com a Constituição Federal, sendo apenas interpretada pela Lei Complementar 87/96;
- infração 3: explica as funções dos produtos, objeto da autuação no presente item, dizendo que os mesmos são indispensáveis no processo industrial da empresa, e que se tratam de insumos. Cita algumas decisões do TIT-SP e do STF, visando corroborar seu entendimento de que o crédito questionado pode ser utilizado;
- infração 4: expõe que o presente item da autuação é decorrente do anterior, afirmando que comprovada a natureza de produtos intermediários, não cabe a exigência de diferencial de alíquotas;
- infração 5: informa que os documentos anexados aos autos comprovam que o aparelho importado, a pedido do exportador, foi nacionalizado por sua controladora brasileira (INJEPET Embalagens Ltda), com recolhimento dos tributos estaduais e federais;
- infração 6: explica que após a importação das máquinas, por motivos operacionais, sua posse e não a propriedade foram transferidas para sua subsidiária (Engepack Embalagens São Paulo Ltda), visando a utilização do polietileno tereftalato, tudo através de contrato de comodato. Alega que a importação foi efetivado consoante a legislação isencional aplicável, e que o CONSEF já se manifestou em casos idênticos favoravelmente ao entendimento de que o instituto do comodato não resulta em desincorporação do ativo permanente (fls. 271 a 275);
- infração 7: informa que, na oportunidade, anexa aos autos os documentos comprobatórios do crédito fiscal questionado;
- infração 8: faz longa exposição sobre o princípio da não cumulatividade, transcrevendo opinião de diversos tributaristas, artigos da Constituição Federal e do CTN, bem como de decisões do STJ, visando demonstrar seu entendimento de que a correção monetária dos saldos credores transferidos se impõem independentemente da ausência de lei autorizativa ou de norma infraconstitucional proibitiva;
- infração 9: informa que os argumentos apresentados na infração 6 demonstram também a improcedência deste item.

Ao final, pede a realização de perícia e o julgamento pela improcedência da autuação.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 411 a 414), prestam os seguintes esclarecimentos:

- infração 1: acatam as razões defensivas;
- infração 2: aduzem que fogem a sua competência questionar a legalidade de qualquer prescrição legal;

- infração 3: fazem exposição às fls. 411 a 413 sobre os conceitos de matéria prima, produto intermediário e produtos finais, bem como da função de cada produto que foi objeto da autuação, explicando sua participação no processo de produção da empresa. Consideram que os mesmos são produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento industrial, já que não participam do processo produtivo, não sofrendo nem exercendo ação direta no processo de fabricação, se relacionando apenas com os equipamentos de uso. Transcrevem parte do Parecer Normativo PROFI nº 01, de 16/10/81 e citam as resoluções nºs 1070/88 e 2778/91 do CONSEF, dizendo ser este o mesmo pensamento da Fazenda Pública Estadual;
- infração 4: mantêm a exigência, esclarecendo que tratando-se de produtos para uso e consumo, o pagamento da diferença de alíquota também é devido;
- infração 5: dizem que a documentação juntada pelo autuado não refuta a infração, na medida em que a GNRE apresentada à fl. 265 (R\$ 13.388,79) indica um valor de imposto recolhido inferior ao devido que é de R\$ 18.335,81 (fls. 58 e 59), além do fato de não ter nenhuma vinculação com a Declaração de Importação em exame. Acrescentam que também não é esclarecido se o equipamento importado teve seu destino final para contribuinte baiano, dizendo que nessa hipótese o ICMS deveria ser recolhido para a Bahia e não para São Paulo como indica a referida GNRE;
- infração 6: aduzem que o contribuinte quando enviou o equipamento importado para outro estado, descumpriu a condição “sine qua non” para a obtenção da isenção que era a integração ao seu ativo fixo. Entendem que essa integralização não é apenas contábil, mas também física, dizendo que o legislador ao conceder tal isenção na importação do equipamento, o fez com a intenção de que este integrasse o parque industrial para aumento da capacidade produtiva. Informam que o CONSEF, através da resolução nº 2703/96, julgou procedente A.I. versando sobre a mesma matéria;
- infração 7: informam que o autuado não apresentou a documentação questionada, nem tampouco os conhecimentos de transporte e os registros contábeis. Ressaltam que o setor de produção da empresa desconhece ter o autuado adquirido máquinas com as características daquelas investigadas;
- infração 8: aduzem que fogem a sua competência questionar a legalidade de qualquer prescrição legal;
- infração 9: expõem que o contribuinte importou equipamento em 14/07/97 através da NF de entrada nº 1094, lançando o crédito de ICMS pago pela importação, e que logo em seguida (16/07/97) deu saída através da NF nº 6544 sem debitar o imposto, não havendo o retorno do citado equipamento. Afirmam que, dessa forma, fica configurada a hipótese prevista no art. 93, §1º, II, do RICMS/97, que condiciona a utilização do crédito fiscal apenas para quando as operações ou prestações subseqüentes sejam tributadas.

Diante das alegações e documentações apresentadas pelo autuado na sua peça defensiva, a 3ª JF deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência à ASTEC, a fim que fossem atendidas as solicitações abaixo mencionadas:

- 1) infrações 3 e 4: fosse confirmado o tratamento tributário que deve ser dispensado aos produtos que foram objeto da autuação, ou seja, se os mesmos devem ser considerados materiais para uso e consumo, como afirmam os autuantes, ou se prospera a argumentação do autuado de que se trata de produtos intermediários, fazendo parte do seu processo produtivo;
- 2) infração 5: fosse verificado se o ICMS relativo ao aparelho importado foi efetivamente recolhido e para qual Estado, e se o equipamento teve como destino físico o Estado da Bahia,

diante da suposição dos autuantes de que a documentação apresentada pelo sujeito passivo é relativa a outra operação;

3) infração 7: fosse atestada a existência ou não da documentação que ensejou ao autuado a utilização dos créditos em exame;

O fiscal designado a efetuar a diligência prestou as seguintes informações, às fls. 431 a 434:

Infrações 3 e 4:

“Para cumprimento do quanto solicitado examinou-se primeiramente junto ao setor de produção da autuada para aquilatar-se a forma da efetiva participação, no processo fabril do autuado, dos materiais questionados, cujos créditos fiscais foram utilizados.”

Do exame constatou-se que tanto os produtos utilizados na água para resfriamento e tratamentos anti-encrustante e anticorrosivo dos equipamentos - BFTZDEABORN, DEARCIDE, GÁS FREON E ACETONA - bem como, os demais materiais: MOLAS, CORREIAS, MANGUEIRAS, GAXETAS, FUSÍVEIS, ROLAMENTOS, FITA ADESIVA, FITA GOMADA, FITA TFFLON, FITA DUPLA FACE, LÂMINA DE BARBEAR, SILICONE LIQUIDO, DISJUNTORES ELÉTRICOS, LÂMPADAS INCANDESCENTES, LÂMPADAS FLUORESCENTE, SÊLO MECÂNICO, ANEL DF, VEDAÇÃO, ANEL DE RETENÇÃO, LÂMINA DE SERRA, LIXA D'ÁGUA, MALHA COSTURADA TRAPO e outros elencados nas planilhas constantes das fls. 29 a 57, não participam diretamente do processo produtivo já que as suas ações incidem diretamente sobre os equipamentos e seu consumo ou desgaste é contínuo e ocorre ao longo de inúmeros ciclos produtivos.

Apresentam, portanto, características muito mais compatíveis com a conservação e manutenção dos equipamentos do que propriamente de participantes do processo produtivo, como seria o caso dos produtos intermediários, cuja participação é direta e intrinsecamente ligada ao processo de transformação da matéria prima, inutilizando-se total ou parcialmente no fim de cada ciclo. Constatamos, também, que a afetabilidade, ou seja, o desgaste e a exaustão dos produtos, ora questionados, estão diretamente relacionados com os equipamentos da planta industrial do autuado e não com o produto acabado.

Em suma, os materiais em questão, por não participarem diretamente e não exercerem ação direta alguma no processo fabril do autuado, possuem características de material de uso e consumo e, portanto, devem receber o tratamento tributário consentâneo com material de uso e consumo”.

Infração 5:

“No tocante ao aparelho soprador de ar quente para encolhimento de rótulos de garrafa "PET" completo com ferramental para garrafa de Coca Cola de 02 litros, importado sob regime especial de admissão temporária, com DI nº 97/0422940-2 de 22/05/97 e processo administrativo na alfândega nº 10509000217/97-31 e o termo de responsabilidade nº 050/97 de 30/05/77 e validade até 01/09/97, objeto da infração 05, a autuada apresenta em sua defesa para comprovar a exportação de devolução da mercadoria importada sob regime especial:

- Uma cópia de declaração da ENGEPACK, de que nada tem a opor a nacionalização pela INJEPET EMBALAGENS LTDA;
- Uma cópia de requerimento à Inspeção da Receita Federal, datado de 26/08/97, solicitando a prorrogação por mais seis meses do termo de responsabilidade;

- Uma cópia de petição à Inspetoria da Receita Federal, datada de 27/04/98, solicitando a baixa do Termo de Responsabilidade;
- Cópia de uma GNRE com autenticação de pagamento em nome do BANESPA - SP, pelo contribuinte INJEPET EMBALAGENS LTDA, datada de 25/09/97, no valor de R\$ 13.388,78 e indicação de receita ICMS - Importação, sem constar qualquer referência a operação;
- Cópia de DARF em nome da INJEPET EMBALAGENS LTDA no valor de R\$ 17.684,63, datado de 18/09/97, sem indicação da operação;
- Cópia de Comprovante de Importação, de 25/09/97, e, cópia de Extrato da Declaração de Importação e Nacionalização de Admissão Temporária, de 18/09/97, referente a DI nº 97/0849826-2 e processo nº 10509000217/97-31;

Verifica-se que não foram apresentados os deferimentos dos requerimentos pretendidos junto a inspetoria da Receita Federal, e, pelas datas neles figuradas constata-se que autuada excedeu o prazo inicialmente previsto para admissão temporária do aparelho.

Embora a documentação apresentada no processo forneça indícios de uma possível nacionalização do equipamento em lide, pela INJEPET EMBALAGENS LTDA, o exame, apenas desta documentação, não foi suficiente para comprovar efetivamente o destino final do equipamento, ou seja, se permaneceu no estabelecimento do autuado, ou se fora remetido para São Paulo.

Com a finalidade de dirimir esta dúvida quanto a efetiva destinação do equipamento importado sob condições especiais e com suspensão do ICMS, intimamos o contribuinte por duas vezes seguidas para comprovar por quaisquer meios a remessa, do aludido equipamento para a empresa paulista INJEPET EMBALAGENS LTDA.

Informou-nos, o Sr. Marcelo Basto Gáudio, preposto do autuado, após o não atendimento das intimações que, embora tenha procurado exaustivamente nos arquivos da empresa, junto a empresa paulista INJEPET EMBALAGENS LTDA e com o despachante aduaneiro que intermediou as operações de importação e de nacionalização, não encontrou qualquer documento ou registro que comprovasse a efetiva remessa, ou seja, a movimentação física do equipamento para São Paulo. Remanescendo, portando, não comprovado a saída do equipamento do território baiano”.

Infração 7:

“Relativamente à infração 07, intimamos o autuado, também por duas vezes seguidas, para apresentar os registros contábeis, notas fiscais de saída e os documentos de transporte com a finalidade de comprovar a fidedignidade dos créditos utilizados oriundos da notas fiscais nºs 11460 e 11461, não obtivemos sucesso. Restou provado que o autuado não possui qualquer registro ou documentação, além das notas fiscais de entrada apresentadas, para lastrear a utilização do crédito em questão”.

Por fim, em uma das visitas ao estabelecimento do autuado solicitamos um contato com o gerente de operações da fábrica, para tentarmos nas instalações de produção identificar os equipamentos e sanar a dúvida perquirida nos autos. O Sr. ANTONIO CARLOS FERREIRA MOURA BASTOS - gerente da área de fabricação informou-nos que desconhece a existência destes equipamentos na área industrial. Não se teve, portanto, condições irrefutáveis para afirmar se a utilização dos créditos referentes às notas fiscais, supra referidas, foi realizada na forma da lei,

isto é, proveniente de uma efetiva operação de entrada de mercadoria. Mantém-se, portanto a acusação fiscal deste item”.

Tanto o autuado como os autuantes, foram intimados para tomar ciência da diligencia efetuada (fls. 437 a 439), porém não mais se manifestaram.

VOTO

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, chego as seguintes conclusões:

- infração 1: o autuado comprova nos autos, através dos documentos por ele anexados (fls. 228 a 237), que o adquirente (Engepack Embalagens São Paulo Ltda) não utilizou o crédito questionado no presente item, fato, inclusive reconhecido pelos autuantes. Infração elidida;
- infração 2: o autuado limita-se em sua defesa a questionar a legalidade da legislação tributária estadual, no entanto, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Na presente situação o autuado utilizou crédito fiscal extemporaneamente no exercício de 1998, relativo a aquisição de ativos imobilizados que ocorreram em datas anteriores a 01/11/96, sendo que o art. 97, I, do RICMS/96, determinava na ocasião que era vedado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, para integração no ativo imobilizado do estabelecimento. Infração mantida;
- infração 3: referem-se a materiais utilizados no tratamento de água de refrigeração, em sistema de resfriamento de água, combustível para empilhadeira, na limpeza de linhas e equipamentos e peças de reposição. Concordo com o posicionamento do fiscal diligente que ao examinar o setor de produção do autuado para aquilatar-se da forma da efetiva participação, no processo fabril dos materiais questionados, concluiu que tanto os produtos utilizados na água para resfriamento e tratamentos anti-encrustante e anticorrosivo dos equipamentos, como os outros elencados nas planilhas constantes às fls. 29 a 57, não participam diretamente do processo produtivo, já que as suas ações incidem diretamente sobre os equipamentos e seu consumo ou desgaste é contínuo e ocorre ao longo de inúmeros ciclos produtivos. Portanto, os materiais em questão, por não participarem diretamente e não exercerem ação direta alguma no processo fabril do autuado, possuem características de material de uso e consumo e devem receber o tratamento tributário como tal, sendo indevido a utilização do crédito fiscal;
- infração 4: conforme ficou evidenciado acima os produtos objeto da autuação são efetivamente para uso e consumo do estabelecimento, sendo, portanto, devido o pagamento da diferença de alíquotas, conforme dispõe o art. 5º, I, do RICMS/96;
- infração 5: embora a documentação apresentada no processo forneça indícios de uma possível nacionalização do equipamento em lide, pela INJEPET EMBALAGENS LTDA, o exame, apenas desta documentação, não foi suficiente para comprovar efetivamente o destino final do equipamento, ou seja, se permaneceu no estabelecimento do autuado, ou se fora remetido para São Paulo. Com a finalidade de dirimir esta dúvida quanto a efetiva destinação do equipamento importado sob condições especiais e com suspensão do ICMS, o processo foi convertido em diligência para que o autuado pudesse comprovar suas alegações. No entanto, o contribuinte foi intimado por duas vezes seguidas para comprovar por quaisquer meios a remessa, do aludido equipamento para a empresa paulista INJEPET EMBALAGENS LTDA, e

todavia não apresentou a referida comprovação. Portanto, remanescendo, a não comprovação da saída do equipamento do território baiano, deve ser aplicado o disposto no art. 141, do RPAF/99, mantendo-se, dessa forma, a presente exigência;

- infração 6: inicialmente devo ressaltar que a posição citada pelo autuado, do CONSEF em algumas decisões que envolvem a mesma matéria, não é o pensamento unânime dos seus membros, haja vista, inclusive as decisões exaradas pela Câmara Superior de nºs 0811/99 e 0620/00. O meu entendimento, para a situação em questão é de que a integralização não deve ser apenas contábil, mas também física, considerando que o legislador ao conceder tal isenção na importação do equipamento, o fez com a intenção de que este integrasse o parque industrial da empresa na Bahia, visando o aumento da capacidade produtiva dentro do Estado. Na oportunidade, transcrevo o voto do Ilustre Relator Dr. Luiz Cláudio Guimarães, que fez uma brilhante exposição a respeito da matéria:

*Ao reportamo-nos aos termos em que emitido o Certificado n.º 7.528/88 do Conselho de Desenvolvimento Industrial, fls. 210/212 do PAF, vemos que ali reza que, ad literam: “O projeto a que se refere este Certificado de implantação de unidade industrial para produção de embalagens de PET com capacidade de processamento de 4500 t/ano de resinas de polietileno tereftalato, com **localização em Simões Filho** (Distrito Industrial de Aratu) – BA, envolve investimentos do seguintes valores: (...). Mais adiante, acrescenta que “**Quaisquer alterações nos termos e nas condições previstas neste Certificado, inclusive na relação de bens a ele vinculada, dependerão de prévia aprovação deste Órgão e de emissão do competente Certificado Aditivo. E que “O descumprimento de qualquer das obrigações estabelecidas neste Certificado ou no Termo de Responsabilidade vinculado ao presente documento, importará na revogação de todos os incentivos relevados, sem prejuízo das penalidades a que estiver sujeito na legislação em vigor.”** (grifos nossos).*

Daí entendermos que é flagrante a contradição na conduta do Autuado que goza do benefício fiscal para implantar uma unidade industrial com localização em Simões Filho e a transfere, pretendendo não sofrer a consequência enunciada decorrente do descumprimento das obrigações estabelecidas o referido Certificado.

*Comungo, portanto, do mesmo entendimento manifestado nos votos apontados, o primeiro divergente da conclusão estampada na **RESOLUÇÃO Nº 5121 /97** da 4ª CÂMARA, em voto vencido da Mui Digna Relatora, Dra. Elísia de Pinto Medeiros, no julgamento do **AI Nº 03147551/96**, e o segundo de autoria Dra. ELY DANTAS DE SOUZA CRUZ, mui digna RELATORA do processo referente ao Auto de Infração nº 03147551/96, adotado como fundamento da **RESOLUÇÃO Nº 1571/97** da 4ª Câmara. Defendo, portanto, a reforma da decisão recorrida para reconduzir o julgamento aos trilhos da legalidade e da correta jurisprudência deste Consef. Pois de fato, verifica-se que a questão em que se embasa a decisão da 3ª Câmara não passa de um falso problema. Refiro-me à questão de saber se, na transferência, sob contrato de comodato, do bem contemplado pelo benefício fiscal, existe desincorporação ou não. Aqui, a preocupação com a técnica contábil ultrapassou limites, que distanciaram os nobres colegas julgadores do verdadeiro fulcro da questão submetida àquela Câmara. Uma verdadeira tempestade em copo d'água foi levantada para verificar a obviedade de que o contrato de comodato não implica em desincorporação do bem do ativo fixo do comodante. Um longo, desnecessário e falso incidente processual foi levantado para comprovar que “inexistira desincorporação de bens do ativo imobilizado” da beneficiária do BEFLEX. Lamentável que tenham olvidado os Ilustres Julgadores que o que se discute no presente é se o benefício fiscal do ICMS deve ser mantido ainda que transgredidas as condições em que concedido o benefício federal. Mais precisamente, se um projeto*

*desenvolvido em empresa sita em Simões Filho, no Estado da Bahia, visando ao desenvolvimento econômico deste Estado, sob o ônus desta Unidade Federativa, poderia ter os equipamentos envolvidos com a sua implementação, sua operacionalização, transferidos a qualquer título, frise-se, sob o manto de qualquer operação que implique em sua saída física do Estado da Bahia, isto é seu deslocamento físico para outra Unidade. Esses termos condicionais estampados literalmente no Certificado de Concessão do Benefício sequer foram examinados pela Câmara. Décadas de desenvolvimento na técnica do Direito foram desperdiçadas com esse julgamento recorrido que desprestigiou a melhor doutrina. Aquela que migrou em torrentes do pensamento genial de Becker para o pensamento de Doutor Geraldo Ataliba, exposto em seu inextinguível Hipótese de Incidência Tributária. É pelos motivos elencados que defendo a manutenção do entendimento jurídico veiculado nos paradigmas guindados a esta respeitável Câmara pelos nobres Recorrentes. Na oportunidade, por assentir plenamente com o voto formulado pela Dra. Ely, é que, em homenagem à correção técnica de sua formulação, aqui o transcrevo *ipsis literis*, incorporando-o ao presente:*

“Temos que, na situação em exame, é irrelevante o argumento do AUTUADO de que não houve deslocamento da propriedade, mas só da posse dos bens, que deste modo permanecem integrados ao seu ativo imobilizado, não obstante a sua remessa, a título de comodato para unidade empresarial distinta.”

“O mero registro contábil do bem no ativo imobilizado não confirma o seu emprego no estabelecimento do AUTUADO.”

“Contrariamente a isso, o Contrato de Prestação de Serviços de Industrialização por Encomenda e Comodato firmado entre o AUTUADO e a empresa paulista, cuja cópia se encontra anexa, demonstra claramente a irregularidade da operação no que toca à isenção, porquanto expressa o prévio conhecimento das partes quanto à destinação dos bens e consequente emprego fora do Estado, na forma verificada.”

“O nosso entendimento a respeito é de que a norma isencional do ICMS tem aplicação no caso do bem estar integrado ao ativo imobilizado da empresa, que dele fará uso na atividade de produção industrial. Isso não ocorreu, neste caso.”

“Foge a qualquer lógica de tributação do ICMS a idéia de concessão de benefício fiscal em um Estado para proveito de contribuinte localizado em outro. Como já expusemos, a integração ao ativo imobilizado do bem importado como requisito da isenção, pressupõe, sem sombra de dúvida, a sua utilização, o seu emprego pela empresa proprietária e não o simples lançamento contábil numa situação como essa que deparamos. Até porque, com a saída do bem em comodato far-se-á o seu deslocamento da conta do ativo permanente para outra conta transitória. Entendimento diverso nega o espírito, a finalidade do benefício, que não é outro senão o de promover a expansão industrial e o conseqüente incremento da produção, mas, como bem observado pelo AUTUANTE, dentro de uma "política de desconcentração dos investimentos que pretende minimizar os disparidades regionais, como exemplificado na clara definição da legislação do Programa BEFIEIX, que guarda estreita correlação com o caso em tela.”

“Note-se, que a questão da integração do bem no ativo imobilizado com vistas à benefício fiscal do ICMS, há que ser examinada dentro das características deste imposto e não da

legislação contábil ou fiscal federal, considerando-se o princípio da autonomia dos estabelecimentos, aplicável ao imposto dos Estados. Assim, sendo, somente é admissível o uso de benefício fiscal para bem do ativo imobilizado pelo estabelecimento que utiliza, efetivamente, o referido bem na execução das suas atividades.”

“Logo, não podemos acatar as alegações da defesa, quando o procedimento atotado acarreta prejuízo ao Estado, até mesmo pelo fato da máquina dada em comodato ser usada em São Paulo na industrialização por encomenda da AUTUADA, cuja produção lá se verifica com incidência do imposto sobre tal operação em favor daquela Unidade Federal em detrimento da Bahia, que deixou de arrecadar ICMS, sem a contrapartida da produção objetivada com o benefício fiscal.”

“Caberia indagar-se, ainda, como e por quem é computada a depreciação dessa máquina na escrita respectiva para efeito de determinação do custo de produção, com o fim de enfatizar o inusitado dos fatos.”

“Pelo exposto, concordamos com a manifestação da GECEX, endossada pela PROFUZ quanto a ser inaplicável à espécie o pretendido benefício isencional, pela falta de atendimento das condições previstas no citado art. 3º, CIII, “a”, 1 e 3 do RICMS/89. Consoante análise que procedemos, acolhemos as razões do AUTUANTE e votamos pela procedência do lançamento fiscal.”

Portanto, considerando que inexistente qualquer dúvida sobre a correção do entendimento acima manifestado, mantenho a exigência fiscal contida no presente item de autuação.

- infração 7: da mesma forma que a infração 5, o processo foi convertido em diligência para que o autuado pudesse comprovar suas alegações. Todavia, apesar de intimado por duas vezes seguidas, para apresentar os registros contábeis, notas fiscais de saída e os documentos de transporte com a finalidade de comprovar a fidedignidade dos créditos utilizados oriundos das notas fiscais nºs 11460 e 11461, os referidos documentos não foram apresentados. Dessa forma, resta provado que o autuado não possui qualquer registro ou documentação, além das notas fiscais de entrada apresentadas, para lastrear a utilização do crédito em questão. Vale ainda ressaltar, que o diligente informou que ao contatar o gerente da área de fabricação, este informou que desconhecia a existência dos equipamentos questionados na área industrial da empresa. Infração mantida;
- infração 8: o autuado limita-se em sua defesa a questionar a legalidade da legislação tributária estadual, no entanto, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Ademais, o art. 93, § 2º, do RICMS/96, determina que o crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal, estando mantida a exigência fiscal;
- infração 9: constato que o contribuinte importou equipamento em 14/07/97 através da NF de entrada nº 1094, lançando o crédito de ICMS pago pela importação, e que logo em seguida (16/07/97) deu saída através da NF nº 6544, sem debitar o imposto, através de comodato, operação prevista no art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/97, com não incidência do imposto, não havendo o retorno do citado equipamento. Dessa forma, fica configurada a hipótese prevista no art. 100, I e IV, do RICMS/97, que determina que o contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa

circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço, e quando vierem a ser utilizadas em fim alheio à atividade do estabelecimento. Infração mantida.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o valor originariamente exigido, reduzido para R\$ 1.234.687,76, em função da exclusão do valor exigido na infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206854.0004/01-4, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.234.687,76**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 123.580,15, prevista no art. 61, II, “a”, da Lei nº 4.825/89; 60% sobre R\$ 18.335,81; 60% sobre R\$ 56.281,85; 150% sobre R\$ 30.712,75, 60% sobre R\$ 987.611,57 e 60% sobre R\$ 18.165,63, previstas no art. 42, II, “a”, II, “f”, V, “b”, VII, “a” e VII, “b”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

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, 29 de julho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

RICARDO DE CARVALHO RÊGO - JULGADOR