

PROCESSO - A. I. N° 207104.0203/05-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ACOPLA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO E
REPRESENTAÇÃO LTDA.
RECORRIDOS - ACOPLA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0269-04/06
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 14/04/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0051-11/09

EMENTA CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. Foram efetuadas correções no demonstrativo de apuração do débito, cujo valor exigido foi reduzido. Em sede de Segunda Instância, também foram excluídos alguns produtos cuja afetação no processo produtivo da empresa demonstra sua condição de insumos ou produtos intermediários, a possibilitar o direito à utilização do crédito fiscal pelo sujeito passivo. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Provado que parte dos bens estão amparados pelo benefício instituído pelo programa PROBAHIA, além de se referir a aquisições de produtos intermediários ou insumos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente elidida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE VENDAS DE MERCADORIAS A NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. Excluídas as operações destinadas a contribuintes do imposto, à luz de Parecer Técnico da lavra da ASTEC/CONSEF. Infração parcialmente caracterizada. 4. REMESSA DE BENS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. FALTA DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Excluídas as operações relativas a devoluções e vendas efetivas, comprovadas conforme diligência realizada pela ASTEC em sede de primeira e segunda instâncias. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recursos Voluntário e de Oficio apresentados contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF n° 0269-04/06, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor R\$10.069,28.

2. Falta de recolhimento do ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor R\$2.629,78.
3. Recolhimento a menos em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da federação, utilizando alíquota interestadual. Valor R\$73.549,55.
4. Falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, no valor de R\$72.818,82.

A Primeira Instância em seu julgamento assim se pronunciou quanto às infrações em tela, em síntese, inicialmente consignando que a defesa reconhece parcialmente as infrações 1 e 2 e se insurge na totalidade dos créditos reclamados nas infrações 3 e 4:

INFRAÇÃO 1 – Informa a JJF que ao verificar os produtos constantes das notas fiscais e com base nas informações fornecidas pela empresa sobre a aplicação no processo produtivo dos produtos relacionados, conforme documentos anexos às folhas 465 a 469, constata-se que embora importantes para o processo produtivo do contribuinte, tais materiais não se revestem na condição de produtos intermediários ou materiais de embalagens, à luz do Parecer Normativo nº 01/81, da antiga PROFI, e do RICMS/97. Aduziu, ainda, que na hipótese dos produtos enquadrados no regime de substituição tributária, o crédito do ICMS só é permitido se o imposto houver sido destacado no documento fiscal, conforme art. 359, §1º do RICMS/BA.

Consignou o relator que na informação fiscal o autuante acata parcialmente os argumentos defensivos e elabora novo demonstrativo de débito, à fl. 368 do PAF, no valor de ICMS reclamado de R\$9.499,79, entretanto do referido valor deve ser excluída a quantia de R\$64,43, lançada em duplicidade em novembro/2003 e março/2004, conforme pg. 374, além do valor de R\$163,20, relativo ao produto areia seca, por entender a JJF que o mesmo é produto intermediário, baseado no Parecer proferido pelo diligente da ASTEC no Acórdão 0387-04/04 sobre a mesma empresa e mesmo produto. Assim, entendeu como débito de ICMS devido para a infração 1 o valor de R\$9.272,15.

INFRAÇÃO 2 – Consignou a JJF que o autuante concorda parcialmente com a defesa e apresenta demonstrativo de débito anexo à página 375 do PAF com valor total da infração de R\$2.371,85. Entretanto, entendeu a JJF que deve ser excluída da autuação a Nota Fiscal nº 137951(pg. 158), uma vez que se trata de mercadoria adquirida para a ampliação da planta de produção da empresa, financiada pelo FINAME e inclusa no programa PROBAHIA, conforme comprovante às fls. 409, com isenção do pagamento da diferença de alíquota. Aduziu que, por força do art. 27, II, “b” do RICMS/BA, a referida isenção já foi reconhecida em caso idêntico pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0203-12/05. Por fim, ressaltou que não ficou provado nos autos que as Notas Fiscais nºs 19704 e 3681 referem-se a componentes da máquina de solda, restando devido o valor para esta infração de R\$360,99.

INFRAÇÃO 3 – Informou a JJF que o contribuinte alega que os destinatários das mercadorias são contribuintes do ICMS em seus estados de origem, razão da empresa ter aplicado a alíquota de 12%, e que de acordo com o art. 151 do RICMS/BA o que caracteriza ser determinada pessoa contribuinte do ICMS não é o fato de estar ou não inscrito no cadastro estadual, e sim o preenchimento ou não dos requisitos do art. 36, e sim a realização com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial de operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e de comunicação.

Conclui no sentido de que de acordo com o Parecer do diligente da ASTEC, fls. 429 a 431, após análise das notas fiscais autuadas e consulta ao sistema SINTEGRA relativa à condição de contribuintes dos destinatários das mercadorias, remanesce como devido o valor de R\$58.054,62 – fls. 434 - sendo excluídas as empresas contribuintes do ICMS.

INFRAÇÃO 4 – Consignou a JJF que de acordo com o Parecer ASTEC nº 0064/2005 foram excluídas as notas fiscais de saídas referidas pelas notas de devolução do levantamento do autuante e ajustado o demonstrativo de débito, conforme folha 434; todavia, as notas fiscais de vendas remetidas para industrialização que indicam as saídas diretamente para o adquirente final, não foram excluídas. Aduz que o autuado comprova, às fls. 456 a 464, que houve a emissão de nota fiscal e o destaque do imposto nas saídas das mercadorias diretamente do industrializador para o adquirente, sendo tal operação é prevista no art. 621 do RICMS/BA. Assim, a JJF excluiu do demonstrativo elaborado pelo diligente o valor de R\$3.703,45, correspondente às vendas das mercadorias remetidas para industrialização e comercializadas para seus clientes, restando um débito reclamado para a infração de R\$65.997,87.

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário – fls. 554 a 566 – onde pede a reforma da Decisão recorrida quanto às infrações descritas nos itens 1, 2 e 4, apresentando os seguintes argumentos, ao tempo que informa o pagamento do valor julgado como devido para o item 3 – vide fls. 541 e 542 - requerendo sua homologação:

INFRAÇÃO 1 – alega o recorrente que o relator desconsiderou as alegações defensivas ao considerar que a maior parte dos produtos objeto da autuação não se reveste da condição de produtos intermediários ou materiais de embalagem, à luz do Parecer Normativo nº 01/81 e do RICMS, mas que tais mercadorias são efetivamente utilizadas no processo industrial da empresa, tanto como matéria-prima integrante do produto final, como produto intermediário, além de material de embalagem e bens pertencentes ao seu ativo imobilizado, o que entende foi reconhecido pelo próprio fiscal autuante. Nomina os produtos que entende gera direito a crédito, com base no art. 93 do RICMS, ao tempo que cita e transcreve ementas de decisões deste Conselho de Fazenda - Acórdão CJF nº 0016-12/03 e nº 0020-12/03 - que entende corroborar sua tese;

INFRAÇÃO 2 - aduz com base no julgamento pela improcedência da infração descrita no item 1, que deve também ser excluída a cobrança existente para este item, que exige diferença de alíquota do imposto nas aquisições dos produtos referidos naquele;

INFRAÇÃO 4 - Ao tempo que informa estar anexando em sua peça recursal o restante das notas fiscais de venda das mercadorias enviadas para industrialização, remetidas diretamente do industrializador para os seus adquirentes, sem retornar ao seu estabelecimento, requer que sejam consideradas para efeito de afastar a exigência fiscal, consignando que nas referidas notas fiscais de venda todo o imposto devido foi debitado e recolhido, além de constar a referência às notas fiscais de remessa para industrialização, sendo que o RICMS, nos termos do §2º, inciso I do art. 621, dispensa o industrializador de emissão de nota fiscal para acompanhamento da mercadoria, face à emissão da nota fiscal de saída pela próprio recorrente, apenas não tendo sido emitida a nota fiscal de retorno simbólico, muito embora tenha sido emitida pelo industrializador nota fiscal de prestação de serviço, devidamente tributada pelo ISS.

Alega, ainda, que emitia nota fiscal de remessa para acobertar a saída de material de seu ativo fixo para efetuar a montagem ou a manutenção de equipamentos vendidos para terceiros, inclusive em garantia, até o local da prestação do serviço, com subsequente retorno ao seu estabelecimento, mas que o autuante equivocadamente incluiu no lançamento tais Notas Fiscais de nºs 2455, 2473, 2498, 2499, 2529, 2529, 2545, 2556, 2568, 2590, 2605, 2613, 2617, 2641, 2683, 2709, 2754 e 2957 – conforme planilha de fls. 569 - e que se referem às Notas Fiscais de Prestação de Serviço nºs 1810 e 1819 (com o devido destaque do ISS) emitidas à empresa Geral Engenharia S/A, respectivamente em 22/03/2001 e 18/06/2001. Assevera, ainda, que tais operações são isentas do ICMS, com arrimo no art. 27, inciso I, alínea “b”, item 1 do RICMS, requer a exclusão dos valores pertinentes a tais documentos fiscais do valor exigido neste item da autuação, totalizando R\$9.979,00.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls.638 a 642 opinou inicialmente pelo Improvimento do presente Recurso Voluntário, consignando quanto às infrações dos itens 1 e 2 que não há como se

prestar guarida às alegações recursais, posto que os produtos em tela não podem ser considerados insumos consumidos integralmente no processo produtivo e, em relação o item 4, consigna que as notas fiscais correlacionadas na planilha de fls. 569 não possuem congruência quanto a quantidade do produto comercializado e, muito menos, coincidência de valores, como demonstra os documentos acostados às fls. 255 e 570.

Às fls. 650 a 659, consta manifestação do contribuinte quanto ao opinativo exarado pela PGE/PROFIS, ratificando seu entendimento de que os produtos objeto da autuação são geradores de crédito fiscal, sendo, assim, improcedentes as exigências dos itens 1 e 2 da autuação e asseverando, quanto a exigência fiscal do item 4, que a Procuradoria desconhece o processo de industrialização pelo qual passa as matérias-primas enviadas pela empresa ao estabelecimento industrializador, pois as mesmas passam por processo que altera a estrutura das peças, transformando-as em outras, não se podendo, portanto, querer que nas notas fiscais de remessa das mercadorias para industrialização constem as mesmas denominações dos produtos já industrializados, e nem tampouco seus valores, posto que nestas últimas já constam a agregação dos custos da industrialização, compondo o preço final do produto.

Às fls. 663 a 665, consta novo opinativo da PGE/PROFIS, da lavra de outro procurador, onde este, após consignar que concorda com o opinativo anterior exarado quanto aos tens 1 e 2 da autuação, com os fundamentos nele expostos, discorda da conclusão nele exarado quanto ao item 4, entendendo que a alegada incongruência entre a quantidade de produto comercializado e seus valores são fruto da transformação dos materiais, devido ao processo de industrialização sofrido e da agregação de valores econômicos. Consigna, ainda, que entende comprovada pelo recorrente a regular venda das mercadorias anteriormente remetidas para industrialização e ainda a remessa de bens e mercadorias da sua propriedade para canteiros de obras das empresas encomendantes de seus serviços para execução dos mesmos, isentas do ICMS, conforme disposição regulamentar citada pelo recorrente, concluindo deva ser dado Provimento Parcial ao presente Recurso Voluntário, quanto ao item 4 da autuação.

Às fls. 667 a 669, consta despacho do procurador assistente da PGE/PROFIS, onde este, também subscritor do primeiro opinativo exarado pelo douto órgão, o ratifica, reafirmando que de fato não há congruência entre as notas fiscais relacionadas na planilha de fls. 569 quanto a quantitativo de produto comercializado e ainda valores, como demonstra os documentos fiscais de fls. 255 e 570, restando, assim, desatendido os requisitos previstos nos arts. 615 e 621 do RICMS, que transcreve.

Submetido o processo a pauta suplementar, a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, deliberou por converter processo em diligência a ASTEC, para as seguintes verificações e providências:

I – Elaborar novo demonstrativo de débito da infração descrita no item I – utilização indevida de crédito fiscal – excluindo da exigência fiscal as notas fiscais de aquisição dos seguintes produtos: verniz anti-oxidante, verniz protetor, anti respingo com e sem silicone, líquido penetrante revelador, metal-check penetrante e revelador, óleo solúvel, locite, ultra grey locite, verniz protetor, visor de nível, material de embalagem (cola, fita teflon, fita crepe, selo para fita arquear, fita arquear, fita isolante), macho, tarraxa, plug, eletrodo, pistolas de pintura, corrente polida, máquina de arquear, impressora HP, Datacron Ecron (Relógio de ponto), carro Trolley;

II – Verificar quais notas fiscais não constam destaque do imposto (o que impossibilita o creditamento), e as exclua do referido demonstrativo, especificando-as;

III – Ainda em relação ao item 01 da autuação, verificar quais os produtos (com o valor correspondente) foram excluídos pelo aujuante em sua informação fiscal, conforme demonstrativos de fls. 368 a 375;

IV – Refazer o demonstrativo de débito do item 02 da autuação – exigência de diferença de alíquota - mantendo apenas a exigência quanto aos produtos não citados acima;

V – Quanto à infração descrita no item 04 – falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para industrialização sem o devido retorno - verificar se as notas fiscais acostadas aos autos pelo recorrente comprovam o efetivo retorno, ainda que simbólico, e se de fato procede a alegação da empresa de que os documentos fiscais relacionados em seu Recurso – fls. 565 – tratam-se de simples remessa de bens de sua

propriedade, pertencentes ao seu ativo imobilizado, para prestação de serviço fora do estabelecimento. Em caso positivo, elaborar novo demonstrativo de débito excluindo-as da exigência fiscal.

Em cumprimento à diligência solicitada, a ASTEC, através do Parecer nº 176/2008 – fls. manifesta-se no seguinte sentido, conforme a ordem dos itens da diligência requerida:

- I. que após apurado mensalmente todos os valores dos créditos fiscais das notas fiscais de aquisição referentes aos produtos citados – no valor de R\$792,53 - foram os mesmos excluídos da exigência fiscal do item 1, resultando na diferença de R\$8.707,26, conforme demonstrativo de fls. 682;
- II. que foram relacionadas todas as notas fiscais que não constam destaque do imposto, conforme planilha que elabora, excluindo do resultado apurado conforme demonstrativo de fls. 682, o valor de R\$636,22, resultando na diferença de R\$8.071,03 a recolher, conforme demonstrativo de fls. 683;
- III. que na planilha de fls. 684 estão especificados, com valores correspondentes, todos os produtos que foram excluídos pelo autuante em sua informação fiscal, conforme demonstrativos de fls. 368 a 375;
- IV. que foi refeito o demonstrativo de débito do item 2 da autuação, permanecendo a exigência em relação aos produtos não citados pelo relator da CJF, conforme demonstrativo de fls. 686, no valor de R\$2.218,45;
- V. que foram excluídas da autuação as notas fiscais relacionadas pelo autuado às fls. 569, acostadas aos autos às fls. 570 a 632, por comprovarem que as mercadorias constantes das notas fiscais de remessa para demonstração, relacionadas pelo autuante nos demonstrativos de fls. 22 a 26, foram efetivamente vendidas, como constam no corpo da nota fiscal de venda (informações complementares). Que em relação às notas fiscais que alega o autuado foram emitidas para simples remessa de bens de sua propriedade, pertencentes ao seu ativo imobilizado, para prestação de serviço fora do seu estabelecimento, não restou comprovado que de fato são bens do seu ativo imobilizado, pois a mesma foi intimada a comprovar tal fato, e não o fez. Conclui que resta devido para este item o valor de R\$21.729,74, conforme demonstrativo de fls.685.

A PGE/PROFIS, em novo opinativo de fls. 696 e 976 – da lavra da procuradora Sylvia Amoêdo, opina pelo acatamento do resultado revisional procedido pela ASTEC, por entender que foram considerados válidos os créditos fiscais referentes às entradas das mercadorias apontadas no item 1, e em consequência, tendo sido reduzido o item 2, por se tratar de diferença de alíquota vinculadas às aquisições do item 1. No que pertine ao item 4, aduziu que em seu posicionamento anterior já havia o convencimento em relação às provas trazidas aos autos de que houve a venda das mercadorias anteriormente remetidas para industrialização, o que foi confirmado pelo diligente, neste ponto mantendo inalterado seu entendimento. Aduz que em relação às notas fiscais que acobertaram as remessas para canteiro de obras de bens supostamente integrante ao ativo imobilizado, como não foi feita a prova da propriedade desses bens, acolhe a manutenção da autuação quanto a esta parcela, no valor levantado pela ASTEC. Conclui, assim, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente devemos consignar que o Recurso de Ofício interposto pela JJF refere-se às infrações descritas nos itens 1, 2, 3 e 4 da autuação, todos julgados procedentes em parte, enquanto o Recurso Voluntário cinge-se àquelas descritas nos itens 1, 2 e 4.

No que pertine à infração descrita no item 1 da autuação, onde se imputa ao recorrente a utilização indevida de crédito fiscal por entender o autuante que os produtos por estes adquiridos não se caracterizam como insumos ou produtos intermediários a possibilitar, a título de crédito

fiscal, a dedução do ICMS a pagar da parcela do imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição, entendemos deva ser de fato modificada em parte a Decisão recorrida.

E, de fato, a análise detida da afetação dos produtos objeto da autuação no processo produtivo da empresa e sua descrição, conforme fls. 465 a 482 dos autos, bem como as fotos e material explicativo dos fornecedores e/ou fabricantes de alguns destes produtos – fls. 483 a 502, leva-nos a entender que de fato assiste razão em parte ao recorrente, quanto aos seguintes produtos:

1. Verniz anti-oxidante, verniz protetor, anti respingo com e sem silicone, líquido penetrante revelador, metal-check penetrante e revelador, óleo solúvel, loctite, ultra grey loctite, verniz protetor, visor de nível, macho, tarraxa, plug, eletrodo, pistolas de pintura, corrente polida, máquina de arquear, impressora HP, Datacron Ecron (Relógio de ponto) e carro Trolley - posto que produtos intermediários ou bens do ativo, com permissivo legal expresso de crédito constante no inciso do art. 93, inciso I, "b", V, "a", do RICMS/BA.
2. Cola, fita teflon, fita crepe, selo para fita arquear, fita arquear e fita isolante, posto que material de embalagem, com permissivo legal expresso de crédito constante no inciso do art. 93, inciso I, "a" e "b" do RICMS/BA e,

Já é por demais conhecida por todos os membros deste Conselho de Fazenda a polêmica que gira em torno do conceito de produto intermediário, com inúmeras decisões divergentes à míngua de uma norma legal mais explícita quando ao seu conceito, tendo o Parecer Normativo nº 01/81, expedido pela então PROFI, sido utilizado como elemento de referência para a sua conceituação.

Comungo, no entanto, com o entendimento recente deste Conselho de Fazenda, que vem se sedimentando, no sentido de que é essencial para o deslinde da questão a análise sobre a natureza dos materiais empregados pelos contribuintes através da verificação da sua afetação no processo produtivo do contribuinte.

Neste sentido, entendemos como um “norte” o seguinte enunciado do Parecer Normativo PROFI nº 01/81: “*E de se ver, no entanto, que a identidade física de determinado bem nem sempre é bastante para que se conclua por uma inclusão, entre os produtos intermediários ou entre os bens de produção ou instrumentais. É a afetação do bem, em razão de sua participação e utilização no processo industrial de um determinado produto, geralmente evidenciada na correta contabilização, que nos dará elementos para sabermos se sua aquisição gera crédito fiscal, ou não. Assim, uma aquisição de tinta pode ser para consumo próprio ou para ser utilizada na produção. Uma substância gasosa pode ser considerada um bem de uso e consumo (desinfetar ou aromatizar o ambiente do estabelecimento) pode ser considerada um bem de produção (componente de uma máquina como gás cativo em serpentina de refrigeração), ou produto intermediário (catalisador ou função de criar condições de ração química durante o processo de produção), ou mesmo matéria-prima (como utilizada para compor certos aerosóis). Em conclusão, não pode ser considerado produtos intermediários as máquinas, ferramentas, equipamentos e suas partes e peças de reposição, corretamente utilizados no ativo fixo da empresa, nem tampouco os materiais que não são afetados ao processo de produção, mas consumidos pelo estabelecimento na conservação, limpeza e em serviços diversos dos executados na linha de produção”.*

Assim, dentro deste “norte” e da descrição da afetação dos produtos objetos da autuação no processo produtivo da empresa, entendemos que em relação aos produtos que listamos acima, os mesmos se subsuem efetivamente como produtos intermediários ou bens de ativo, a amparar a utilização de crédito levada a efeito pelo recorrente em sua escrita fiscal, daí porque entendemos devam ser excluídos da exigência fiscal os valores pertinentes a tais produtos, conforme apurado pela ASTEC em atendimento à diligência suscitada por esta 1ª CJF, conforme demonstrativo de fls. 680 a 681, que totaliza R\$792,53.

Ressaltamos que os demais produtos objeto da autuação não se subsuem na condição de insumos, produtos intermediários, material de embalagem ou bens do ativo, a possibilitar a

fruição como crédito fiscal do montante do imposto destacado nos documentos de aquisição, à exceção daqueles já excluídos pela JJF – arrolados às fls. 684 dos autos - e mais o produto areia seca, em relação aos quais entendemos correta a Decisão recorrida, que nos leva a mantê-la, inclusive a exclusão do valor de R\$64,43, lançado em duplicidade pelo autuante em novembro de 2003 e março de 2004, e o valor de R\$163,20 – data de ocorrência janeiro/2001 - relativo ao produto areia seca.

Ressaltamos, ainda, que foram mantidos os valores exigidos pertinentes a utilização de crédito fiscal, mesmo dos bens que se caracterizam como tal, mas que não constam dos seus documentos de aquisição o devido destaque do imposto, conforme demonstrativo elaborado pela ASTEC, constante das fls. 676 dos autos, e que totaliza o valor de R\$636,22, por vedação legal do art. 92 do RICMS, a seguir transscrito:

"Art. 91. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação." Grifos nossos.

Assim, remanesce como devido para este item o valor de R\$7.843,40, já que do valor total constante do demonstrativo de 683 elaborado pela ASTEC, devem ser excluídos os valores de R\$64,43 – data de ocorrência 30/11/2003 - e de R\$163,20 – data da ocorrência 31/01/2001, conforme acima explicitado, não excluídos pelo diligente. Ressalta-se que o somatório do demonstrativo contém um erro de soma, já que o valor total seria R\$8.072,56 e, não R\$8.071,03.

INFRAÇÃO 2 - Neste item da autuação exige-se do recorrente o valor relativo à diferença de alíquotas dos produtos objeto da autuação na infração descrita no item 1. Assim, como estão interligados, cabe a exclusão neste item dos valores pertinentes aos produtos que foram considerados como passíveis de utilização de crédito pelo recorrente – e em consequência torna-se indevida a exigência de diferença de alíquota.

Por outro lado, também correta a Decisão recorrida ao excluir da exigência fiscal o valor de R\$2.010,86, relativo à Nota Fiscal nº 137951 – fls. 158 dos autos - uma vez que se trata de bem do ativo – máquina de solda - adquirido para a ampliação da planta de produção da empresa, conforme legislação do Programa PROBAHIA – aprovado pelo Decreto, sendo a empresa beneficiária deste Programa, conforme Resolução nº 42/98 – fls. 409 - gozando do benefício da isenção do pagamento da diferença de alíquota, por força do art. 27, II, "b" do RICMS/BA. Ressaltamos que muito embora a empresa não traga prova de que previamente solicitou o referido benefício, conforme exige o regramento em tela, comungo com o posicionamento reiterado deste Conselho de Fazenda no sentido de que, desde que o contribuinte atenda aos requisitos materiais para fruição do benefício, a não apresentação de pedido prévio de reconhecimento da isenção à Administração Tributária não obsta o seu gozo, visto que tal reconhecimento é requisito formal que não impede o seu gozo, diante da demonstração cabal do direito.

Assim, entendemos que deve ser excluído do demonstrativo de débito apurado pelo diligente da ASTEC, às fls. 679 dos autos, o valor de R\$2.010,86, relativo à Nota Fiscal nº 137951, data de ocorrência 31/03/2002, totalizando como devido para este item o valor de R\$207,59.

INFRAÇÃO 3 – Neste item, objeto apenas de Recurso de Ofício, imputa-se ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da federação, utilizando alíquota interestadual, ao invés da alíquota interna. Verificando as exclusões realizadas pela JJF, em decorrência de diligência realizada pela ASTEC a pedido da Primeira Instância – fls. 430 e 443 a 449 dos autos – ao argumento de que as empresas destinatárias – Amarfer Serviços de Construção Ltda., Planalto Hidrotecnologia Ltda., Premont Instalações Industriais Ltda., Montec Montagem Técnica Ltda. e Mendes Júnior Trading Engenharia - eram contribuintes e, portanto, sendo correta a utilização da

alíquota interestadual, entendemos correta a Decisão recorrida, conforme extratos do SINTEGRA às fls. 443, 444, 446, 445 e 448, respectivamente, que comprovam a condição de contribuintes do ICMS das empresas em tela, estabelecidas em outras unidades da Federação, a permitir a aplicação da alíquota interestadual pelo contribuinte autuado. Mantido o débito exigido pela JJF, no valor de R\$58.054,62.

INFRAÇÃO 4 – Neste item, objeto de Recursos de Ofício e Voluntário, imputa-se ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno. Por solicitação desta 1^a CJF, a ASTEC foi encarregada de verificar se as notas fiscais acostadas aos autos pelo recorrente comprovam o efetivo retorno, ainda que simbólico, das mercadorias remetidas por ele anteriormente para industrialização, e se de fato procede a alegação da empresa de que os documentos fiscais relacionados em as peça recursal, tratam-se de simples remessa de bens de sua propriedade, pertencentes ao seu ativo imobilizado, para prestação de serviço fora do estabelecimento.

Analizando o resultado da diligência solicitada e os documentos fiscais acostados aos autos pelo recorrente, constatamos que restou comprovado que as mercadorias constantes das notas fiscais de remessa para industrialização, relacionadas pelo autuante, foram de fato vendidas pelo recorrente, sendo que nas pertinentes notas fiscais de saídas a título de vendas consta a observação, no campo “Informações Complementares” que as mercadorias foram enviadas para beneficiamento, constando o número e data de emissão da nota fiscal de remessa para industrialização.

Ressaltamos que de fato o §2º, inciso I do art. 621 do RICMS, determina - na saída de produtos que, por conta e ordem do autor da encomenda, for efetuada pelo estabelecimento industrializador diretamente a estabelecimento que os tiver adquirido do encomendante - a dispensa do estabelecimento industrializador de emissão de nota fiscal para acompanhamento da mercadoria, quando a nota fiscal de saída for emitida pelo próprio autor da encomenda, no caso o recorrente. Abaixo transcrevemos o referido dispositivo, “*in verbis*”:

“Art. 621. Na saída de produtos que, por conta e ordem do autor da encomenda, for efetuada pelo estabelecimento industrializador diretamente a estabelecimento que os tiver adquirido do encomendante, observar-se-á o seguinte:

I - o estabelecimento autor da encomenda deverá:

- a) emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento industrializador que irá efetuar a remessa das mercadorias ao adquirente;*
- b) efetuar, na Nota Fiscal referida na alínea anterior, o destaque do ICMS, se devido, que será aproveitado como crédito pelo adquirente, quando admitido;*

II - o estabelecimento industrializador deverá:

- a) emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento adquirente, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão: como natureza da operação, "Remessa por conta e ordem de terceiro"; o número, a série e a data da emissão da Nota Fiscal referida no inciso anterior; o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do seu emitente;*
- b) emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento autor da encomenda, na qual, além dos demais requisitos, constarão: como natureza da operação, "Retorno simbólico de produtos industrializados por encomenda"; o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento adquirente para o qual for efetuada a remessa dos produtos; o número, a série e a data da Nota Fiscal emitida na forma da alínea anterior; o número, a série e a data da emissão da Nota Fiscal pela qual as mercadorias tiverem sido recebidas em seu estabelecimento para industrialização; o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do seu emitente, e, ainda, o valor das mercadorias recebidas para industrialização, o valor das mercadorias empregadas e o valor total cobrado do autor da encomenda;*
- c) destacar, na Nota Fiscal emitida nos termos da alínea anterior, o valor do ICMS, se devido, calculado sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, podendo este aproveitar o crédito, quando admitido.*

§ 2º O estabelecimento industrializador fica dispensado da emissão da Nota Fiscal de que trata a alínea "a" do inciso II, desde que:

I - a saída dos produtos com destino ao estabelecimento adquirente seja acompanhada da Nota Fiscal prevista no inciso I;

II - no corpo da Nota Fiscal aludida no inciso anterior seja mencionada a data da efetiva saída da mercadoria com destino ao adquirente;".

III - na Nota Fiscal a que se refere a alínea "b" do inciso II seja mencionada a circunstância de ter sido a remessa da mercadoria ao adquirente efetuada com o documento fiscal previsto na alínea "a" do inciso I, indicando, ainda, os seus dados identificativos. Grifos nossos.

Por outro lado, como bem pontuou a PGE/PROFIS no opinativo de fls. 667 a 669, não foi emitida a nota fiscal de retorno simbólico pelo industrializador, nos termos da alínea “b” do inciso II do art. 621, um dos requisitos para que seja dispensada a nota fiscal de saída a ser emitida pelo industrializador para o adquirente do produto que lhe foi remetido pelo encomendante, nos termos do inciso III do §2º do mesmo dispositivo. No entanto, como restou comprovado nos autos que houve a efetiva tributação dos produtos pelo recorrente, muito embora os mesmos tenham saído diretamente do estabelecimento industrializador, entendemos que a falta da emissão da nota fiscal de retorno simbólico não pode gerar cobrança em duplicidade do imposto, além do que as remessas para industrialização foram dentro do Estado – vide demonstrativo de fls. 22 a 26 dos autos - hipótese em que as saídas e o retorno dos produtos já industrializados são objeto de suspensão do imposto, e o valor acrescido deferido, por se tratar de produto cuja saída subsequente destinou-se à comercialização ou industrialização, nos termos do art. 616 e 617 do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“Art. 616. Nas saídas, em retorno real ou simbólico ao estabelecimento de origem, autor da encomenda, das mercadorias ou bens remetidos para industrialização nas condições do artigo anterior, dentro do prazo previsto em seu § 3º, prevalecerá a suspensão da incidência do imposto, no tocante ao valor originário das mercadorias, incidindo, porém, o tributo relativamente ao valor acrescido.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, entende-se como valor acrescido o descrito na alínea "a" do inciso II do art. 59.

Art. 617. Na hipótese do artigo anterior, é deferido o lançamento do imposto, relativamente ao valor acrescido, para o momento em que, após o retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, for por este efetuada a subsequente saída das mesmas mercadorias ou dos produtos resultantes de sua industrialização seguinte, desde que, cumulativamente:

I - o autor da encomenda e o estabelecimento industrializador sejam situados neste Estado;

II - as mercadorias sejam destinadas a comercialização ou a industrialização com subsequente saída tributada.

Parágrafo único. Para fruição do deferimento previsto neste artigo, é dispensada a habilitação prevista no art. 344, a menos que se trate de mercadoria enquadrada no regime de deferimento.” Grifos nossos.

Assim, entendemos devam ser excluídos da exigência fiscal deste item, os valores pertinentes às notas fiscais trazidas pelo recorrente em sua peça recursal, remanescendo para este item o valor de R\$21.729,74. Quanto à desoneração efetuada pela JJF neste item - objeto de Recurso de Ofício - refere-se justamente à exclusão dos valores pertinentes às notas fiscais de venda emitidas pelo recorrente para seus adquirentes, com saída da mercadoria diretamente do industrializador, juntadas quando da Impugnação e acatadas pela Primeira Instância. Assim, pelos mesmos fundamentos com os quais acatamos as notas fiscais apresentada agora em sede recursal, entendemos correta a Decisão recorrida.

Por fim, no que pertine à alegação de que remeteu produtos do seu ativo fixo para efetuar a montagem ou a manutenção de equipamentos vendidos para terceiros, até o local da prestação do serviço, com subsequente retorno ao seu estabelecimento, e que o autuante incluiu tais operações na exigência fiscal em tela, olvidando a isenção prevista para estas (art. 27, inciso I, alínea “b”, item 1 do RICMS), não merece guarida, posto que intimado a comprovar tal fato pelo diligente da ASTEC, conforme fls. 687 dos autos, não trouxe os documentos comprobatórios desta alegação.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, quanto aos itens 1, 2 e 4, na forma acima explicitada, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, modificando a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado, de acordo com o quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Vlr. Histórico	Multa %	Vlr. Débito-4 ^a JJF	Vlr. Débito-1 ^a CJF
1	1	31/01/2001	09/02/2001	17	1.068,87	60	1.068,87	905,67
2	1	31/03/2001	09/04/2001	17	95,12	60	55,17	55,17
3	1	30/09/2003	09/10/2003	17	794,14	60	794,14	749,34
4	1	31/10/2003	09/11/2003	17	232,78	60	232,78	127,04
5	1	30/11/2003	09/12/2003	17	64,43	60	0,00	0,00
6	1	31/03/2004	09/04/2004	17	73,78	60	73,78	73,78
7	1	31/05/2004	09/06/2004	17	2.338,83	60	2.338,33	2.338,33
8	1	30/06/2004	09/07/2004	17	36,20	60	36,20	36,20
9	1	30/09/2004	09/10/2004	17	25,84	60	25,84	0,00
10	1	31/10/2004	09/11/2004	17	85,42	60	60,20	0,00
11	1	30/11/2004	09/12/2004	17	213,08	60	213,08	213,08
12	1	31/12/2004	09/01/2005	17	77,97	60	77,97	63,23
13	2	30/11/2001	09/12/2001	17	12,19	60	12,19	12,19
14	2	31/01/2002	09/02/2002	17	15,30	60	15,30	15,30
15	2	31/03/2002	09/04/2002	17	2.010,86	60	0,00	0,00
16	2	31/07/2002	09/08/2002	17	257,93	60	0,00	0,00
17	2	31/12/2002	09/01/2003	17	153,40	60	153,40	0,00
18	2	28/02/2003	09/03/2003	17	50,10	60	50,10	50,10
19	2	31/10/2003	09/11/2003	17	130,00	60	130,00	130,00
20	3	31/01/2001	09/02/2001	17	330,75	60	0,00	0,00
21	3	31/03/2001	09/04/2001	17	1.055,16	60	0,00	0,00
22	3	30/06/2001	09/07/2001	17	153,12	60	0,00	0,00
23	3	31/07/2001	09/08/2001	17	1.111,65	60	0,00	0,00
24	3	31/10/2001	09/11/2001	17	222,30	60	0,00	0,00
25	3	30/11/2001	09/12/2001	17	1.248,11	60	0,00	0,00
26	3	31/12/2001	09/01/2002	17	1.004,88	60	0,00	0,00
27	3	31/01/2002	09/02/2002	17	2.218,63	60	0,00	0,00
28	3	31/03/2002	09/04/2002	17	82,95	60	0,00	0,00
29	4	30/04/2001	09/05/2001	17	6.655,50	60	5.610,00	5.389,00
30	4	31/05/2001	09/06/2001	17	4.709,00	60	3.230,00	4.029,00
31	4	30/06/2001	09/07/2001	17	1.224,00	60	544,00	680,00
32	4	31/07/2001	09/08/2001	17	1.224,00	60	1.224,00	425,00
33	4	31/08/2001	09/09/2001	17	2.829,01	60	1.998,01	2.757,40
34	4	30/09/2001	09/10/2001	17	680,43	60	680,43	0,00
35	4	31/10/2001	09/11/2001	17	4.382,53	60	4.382,53	0,00
36	4	30/11/2001	09/12/2001	17	1.878,91	60	1.878,91	251,09
37	4	31/12/2001	09/01/2002	17	170,00	60	170,00	170,00
38	4	31/01/2002	09/02/2002	17	1.305,60	60	1.305,60	0,00
39	4	28/02/2002	09/03/2002	17	1.530,00	60	1.530,00	0,00
40	4	31/03/2002	09/04/2002	17	1.700,00	60	1.700,00	0,00
41	4	31/05/2002	09/06/2002	17	1.428,00	60	1.428,00	0,00
42	1	30/04/2001	09/05/2001	17	47,14	60	47,14	46,12
43	1	31/05/2001	09/06/2001	17	168,73	60	168,73	146,73
44	1	30/06/2001	09/07/2001	17	27,44	60	27,44	27,44
45	1	31/07/2001	09/08/2001	17	61,78	60	50,73	40,12
46	1	31/10/2001	09/11/2001	17	29,99	60	29,99	23,97
47	1	30/11/2001	09/12/2001	17	224,23	60	44,23	44,23
48	1	31/01/2002	09/02/2002	17	131,02	60	75,99	61,54
49	1	28/02/2002	09/03/2002	17	20,40	60	20,40	20,40
50	1	31/03/2002	09/04/2002	17	62,56	60	62,56	62,56
51	1	30/04/2002	09/05/2002	17	11,86	60	11,86	11,86
52	1	31/05/2002	09/06/2002	17	291,85	60	272,81	191,19
53	1	30/06/2002	09/07/2002	17	116,36	60	116,36	49,97
54	1	31/07/2002	09/08/2002	17	439,66	60	377,10	265,84
55	1	31/08/2002	09/09/2002	17	217,81	60	198,77	169,80
56	1	30/09/2002	09/10/2002	17	198,54	60	198,54	198,18
57	1	31/10/2002	09/11/2002	17	111,72	60	111,72	77,86
58	1	30/11/2002	09/12/2002	17	210,55	60	204,84	104,41
59	1	31/12/2002	09/01/2003	17	276,41	60	257,98	250,64
60	1	31/01/2003	09/02/2003	17	453,86	60	401,47	339,90
61	1	28/02/2003	09/03/2003	17	746,00	60	734,58	513,60
62	1	31/03/2003	09/04/2003	17	51,00	60	51,00	37,91
63	1	30/04/2003	09/05/2003	17	297,11	60	287,59	259,34
64	1	31/05/2003	09/06/2003	17	206,25	60	24,21	0,00
65	1	30/06/2003	09/07/2003	17	136,90	60	116,50	57,22
66	1	31/07/2003	09/08/2003	17	134,15	60	134,15	132,42

67	1	31/08/2003	09/09/2003	17	289,50	60	269,10	149,84
68	3	31/05/2002	09/06/2002	17	3.587,02	60	0,00	0,00
69	3	30/06/2002	09/07/2002	17	2.347,73	60	0,00	0,00
70	3	31/07/2002	09/08/2002	17	835,45	60	0,00	0,00
71	3	30/09/2002	09/10/2002	17	209,52	60	0,00	0,00
72	3	31/01/2003	09/02/2003	17	667,87	60	0,00	0,00
73	3	30/06/2003	09/07/2003	17	419,79	60	0,00	0,00
74	3	31/08/2004	09/09/2004	17	11.487,11	60	11.487,11	11.487,11
75	3	30/09/2004	09/10/2004	17	36.850,80	60	36.850,80	36.850,80
76	3	31/10/2004	09/11/2004	17	4.248,83	60	4.248,83	4.248,83
77	3	30/11/2004	09/12/2004	17	3.751,13	60	3.751,13	3.751,13
78	3	31/12/2004	09/01/2005	17	1.716,75	60	1.716,75	1.716,75
79	4	31/01/2001	09/02/2001	17	799,00	60	0,00	799,00
80	4	31/03/2001	09/04/2001	17	6.328,25	60	5.191,80	6.328,25
81	4	30/06/2002	09/07/2002	17	1.241,00	60	1.241,00	0,00
82	4	31/07/2002	09/08/2002	17	850,00	60	850,00	0,00
83	4	31/08/2002	09/09/2002	17	170,00	60	170,00	0,00
84	4	30/09/2002	09/10/2002	17	337,35	60	337,35	0,00
85	4	31/10/2002	09/11/2002	17	425,00	60	425,00	0,00
86	4	31/01/2003	09/02/2003	17	7.721,10	60	6.871,10	850,00
87	4	28/02/2003	09/03/2003	17	255,00	60	255,00	0,00
88	4	31/05/2003	09/06/2003	17	1.060,87	60	1.060,87	0,00
89	4	30/11/2003	09/12/2003	17	2.550,00	60	2.550,00	0,00
90	4	31/12/2003	09/01/2004	17	5.100,00	60	5.100,00	0,00
91	4	31/01/2004	09/02/2004	17	212,50	60	212,50	0,00
92	4	31/03/2004	09/04/2004	17	2.881,87	60	2.881,87	0,00
93	4	30/04/2004	09/05/2004	17	7.021,00	60	7.021,00	0,00
94	4	30/06/2004	09/07/2004	17	2.720,00	60	2.720,00	0,00
95	4	30/09/2004	09/10/2004	17	2.357,90	60	2.357,90	0,00
96	4	31/10/2004	09/11/2004	17	51,00	60	51,00	51,00
97	4	31/12/2004	09/01/2005	17	1.020,00	60	1.020,00	0,00
TOTAL					159.067,43		133.685,63	87.836,88

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207104.0203/05-0, lavrado contra **ACOPLA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$87.836,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alienas “a” e “f”, VII e “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SLVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS