

A. I. Nº. - 018184.0602/09-2  
AUTUADO - GENESIS DEVICES E EQUIPAMENTOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
INTERNET - 10. 01. 2011

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0002-01/11

**EMENTA: ICMS.** 1. LIVROS FISCAIS. MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SÃO BENEFICIADAS COM ESTORNO DE DÉBITO. DECRETO Nº 4.316/95. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. O autuado, estando estabelecido no pólo de informática de Ilhéus, importou mercadorias com diferimento do imposto, valendo-se da faculdade prevista no art. 1º do Decreto nº 4.316/95. Restou comprovado, através de diligência, que os componentes e peças foram objeto de processo industrial na montagem de produtos acabados no estabelecimento autuado. Nas infrações 01 e 02 o procedimento do contribuinte não contrariou o disposto no art. 1º da mencionada norma. Infrações descaracterizadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. A comprovação, por meio de diligência, que uma parcela dos itens alcançados pela autuação se destinou à utilização no processo produtivo, reduz o montante do débito. Infração parcialmente comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2009, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$944.655,70, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, março e junho de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$98.880,79, acrescido da multa de 50%;

02 – recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, abril, maio e julho a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$836.406,89, acrescido da multa de 60%;

03 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a novembro de 2005, janeiro a junho e agosto a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$9.368,02, acrescido da multa de 60%. Foi dito que o demonstrativo de débito, as cópias dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, além das notas fiscais se encontram anexadas ao processo.

Consta, em relação às infrações 01 e 02, que o contribuinte possui o benefício do diferimento nas importações de mercadorias constantes da Portaria nº 895/99, concedido de acordo com o Decreto nº 4.316/95, devendo, para tanto, efetuar a industrialização na unidade fabril de Ilhéus. Acrescenta-se

que de acordo com os livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, além de cópias de algumas notas fiscais de compra para industrialização e de remessa para industrialização em outro estado, que não está sendo cumprido o previsto no Decreto.

É salientado que o contribuinte remeteu para outras empresas, deste e de outros Estados, 52% em 2005 e 68% em 2006 do montante das mercadorias adquiridas para industrialização (CFOP 1101, 2101 e 3101) e nas operações de venda utilizou CFOP 5101 e 6101 (venda de produção do estabelecimento). O demonstrativo de débito, as cópias dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, e das notas fiscais de remessa para industrialização e algumas de aquisição para industrialização foram anexadas ao processo.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 1.729 a 1.754 (Vol. VI), argumentando que o fundamento para as duas primeiras infrações é que para fazer jus aos benefícios do Decreto nº 4.316/95, constante da Portaria 895/99, “*a empresa deveria efetuar a industrialização na unidade fabril em Ilhéus*”. Como verificou a existência de diversas notas fiscais de remessa para industrialização em outro Estado, a autuante entendeu que o contribuinte não industrializou os produtos importados na sua unidade fabril, desconsiderando todos os estornos de débitos lançados na escrita fiscal referentes a vendas de produção do estabelecimento, não existindo qualquer suporte fático e jurídico para amparar a autuação.

Salienta que o fisco não prezou a busca da verdade material, se fundamentando em indícios e levantamentos superficiais e apesar de em diversas oportunidades ter tentado demonstrar a realidade dos fatos, inclusive tendo solicitado visita ao estabelecimento fabril para conhecer o seu processo produtivo, tudo foi em vão, fazendo-se necessário que o autuado se utilizasse do seu direito constitucional de defesa para demonstrar o abuso no procedimento adotado.

Alega que tem como atividade única a fabricação de *brake lights*, que consistem em lanternas elevadas de freio. Já o procedimento de importação consiste no seguinte: seu estabelecimento é OEM exclusivo da empresa Philips – Lumileds (maior fabricante de *leds* de potência no mundo) para o mercado automotivo no Brasil, e ainda representa os interesses da Everlight (maior fabricante de *leds* da Ásia). Com esse suporte técnico, desenvolve projetos exclusivos de lanternas elevadas de freio, sendo desenvolvidos em geral com uma placa de circuito impresso, de 4 a 20 *leds* e mais resistores, diodos, fios e conectores. Como não existe fabricação de *leds* no Brasil, os importa das empresas Philips – Lumileds, Future e Everlight, sendo desembaraçados em São Paulo, onde são pagos os impostos federais, é emitida a nota fiscal de entrada de acordo com a DI - declaração de importação -, com exoneracão fiscal do ICMS junto à Secretaria da Fazenda da Bahia em Ilhéus. A documentação é apresentada à Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, que carimba e homologa a exoneracão do ICMS da Bahia. Posteriormente a documentação é apresentada à Secretaria da Receita Federal, que libera as mercadorias, que são enviadas a Ilhéus. Frisa que todo o procedimento é registrado contábil e documentalmente.

Esclarece que as duas primeiras etapas do procedimento de industrialização são realizadas na própria fábrica, consistindo na emissão das ordens de serviços com preparação do material utilizado em cada uma e a segunda na separação dos kits utilizados para montagem. Em seguida, são remetidos em lotes com as respectivas ordens de serviço e notas fiscais para a realização das duas etapas seguintes através de empresas terceirizadas em Ilhéus ou São Paulo, de parte da produção, em decorrência de o autuado não possuir à época os equipamentos para solda de *leds* e para cortar e crimpas terminais. Tais serviços eram feitos pela Dynatech Eletrônica Ltda., em Ilhéus ou pela Polycomp Eletrônica Comércio de Componentes Ltda. ou pela Applycon Componentes, de São Paulo. Salienta que essas empresas confirmam o procedimento de industrialização, conforme declarações em anexo (fls. 1.800/1.801), inclusive com indicação dos procedimentos realizados pelas mesmas no decorrer do processo produtivo do autuado.

Após o pequeno processo terceirizado, que se tratava basicamente da solda dos *leds* e instalação de

terminais (fio e conector), os lotes retornavam com a mesma ordem de serviço e notas fiscais emitidas pela terceirizada para o autuado, que iniciava a terceira e última fase do processo produtivo, que consistia em “ajuste de bin code e inserção de resistor” e, finalmente, em “calibração, teste e inspeção”, quando, finalmente, o produto era embalado e encaminhado para o comprador, com a emissão da respectiva nota fiscal de venda. Aduz que as ordens de serviços anexas comprovam estas alegações, enquanto que as notas fiscais de entrada, notas fiscais de saída e conhecimentos de transporte comprovam o movimento físico das mesmas. Frisa que a entrega aos clientes era realizada, em regra, diretamente de sua fábrica em Ilhéus, conforme notas fiscais de venda juntadas.

Ressalta que não possui “chão de fábrica” em São Paulo, conforme consultas anexas, não havendo a mínima estrutura para estocar para vender, quiçá para industrializar. Porém, como o sistema de recebimento da indústria automobilística é baseado em *Kan-Ban* e *Just-in-time*, ou seja, sistema de entrega no momento da fabricação, e muitas vezes na linha de fabricação, o processo de entrega se torna extremamente complicado e deve ser sempre ágil, muitas vezes as entregas são feitas durante a madrugada, motivo pelo qual ocorreu dos produtos recebidos de Ilhéus passarem pelo escritório de vendas em São Paulo, sendo posteriormente distribuídos logicamente pelo veículo da empresa do escritório de vendas em São Paulo.

Registra que a autuante não fez questão de verificar a estrutura do estabelecimento em Ilhéus, para constatar a existência de pessoal qualificado, equipamentos para efetuar as parametrizações, tropicalizações e testes, sendo tudo desconsiderado. Realça que devido ao alto custo, não foi possível manter todo o processo produtivo em Ilhéus, porém apenas o essencial para manter o segredo tecnológico do produto, pois não fazia sentido disponibilizar de aparelhos muito caros sem utilizá-los, bem como funcionários recebendo mensalmente os salários sem trabalhar, mas apenas o essencial para realizar os citados procedimentos, não tendo a autuante levado em conta essas provas. Consigna que de acordo com as fotos colacionadas, a fábrica mantida em seu único estabelecimento é completamente equipada, não tendo a autuante considerado o princípio da verdade material, para constatar a sua real estrutura.

Realça que é por demais conhecido no comércio de Ilhéus, adquirindo produtos e serviços de diversas empresas locais, gerando renda, além de consumir produtos na cidade. Afiança que as declarações anexas comprovam que efetivamente existia um movimento fabril compatível com o previsto no Decreto 4.316/95.

Frisa que a documentação juntada comprova que fabrica produtos exclusivos (componentes eletrônicos), sob encomenda, para modelos de veículos de fabricação do mercado brasileiro, atestando que os produtos foram efetivamente por ele fabricados, sendo que uma pequena parte da industrialização foi terceirizada junto a outras empresas. Argumenta que de acordo com laudo em anexo, emitido por engenheiro devidamente habilitado, realizava a maior parte do processo produtivo na sua unidade fabril no pólo industrial de Ilhéus. Relaciona, como exemplos, alguns dos componentes que fabrica em Ilhéus.

Aduz que diante da farta documentação sobre os informativos de produção (certificados de submissão de peças de produção), contendo as especificações dos produtos fabricados, não há dúvida que a autuação será julgada improcedente, pois se não industrializasse, não haveria diversos transportes de produtos acabados para clientes e para seu setor de vendas em São Paulo. Realça que os conhecimentos de transporte de outras empresas para a fábrica comprova que houve uma relação “cliente-indústria”, para efetuar consertos, nacionalização, montagem, etc sendo necessário que a fiscalização observe o princípio da legalidade, e tenha bom senso, haja vista a evidência das provas em favor do autuado, o que torna a infração improcedente.

Destaca que segue estritamente os ditames contidos no Decreto 4.316/95, ressaltando que esta norma não só foi omissa quando não proibiu a terceirização de parte da produção, como autorizou que

somente parte do faturamento fosse de vendas realizadas de produtos fabricados em Ilhéus, sendo que 100% do seu faturamento decorreu de produção do próprio estabelecimento.

Por outro lado, o próprio Decreto autoriza que parte do faturamento se origine de produtos não fabricados pela empresa, como no caso de revenda, ou seja, de produtos não industrializados pelo beneficiário. Mas neste caso, fabricou e teve seu faturamento total com produtos por ele mesmo industrializados.

Quanto à “terceirização”, argúi que é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, de que não se trata de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. Lembra que esse termo advém da área de administração de empresas, refletindo a descentralização empresarial de atividades para outrem. Implica em uma relação jurídica triangular, na qual o vínculo de emprego se forma com uma empresa interposta, constituindo-se em uma exceção à regra geral que vincula o empregado diretamente àquele que se beneficia do seu serviço e que exerce o poder de comando.

Utiliza-se das definições para o termo “terceirização” de autoria dos juristas Valentin Carrion e João de Lima Teixeira, citando Marly A. Cardone. Afirma que existe, assim, uma subcontratação, admitindo a interposição de uma terceira pessoa entre quem contrata a prestação de serviço e quem a executa, participando da relação jurídica: o trabalhador, a empresa terceirizante e a empresa tomadora dos serviços. Discorre, ainda, sobre dois tipos de terceirização de serviços existentes no Direito, os temporários e os permanentes.

Ressalta que em razão da competitividade e das exigências do mercado consumidor, adotou modelos de horizontalização da atividade econômica, resultando na desconcentração industrial, isto é, no desmonte de suas atividades intermediárias, para enfocar o negócio principal, abrindo espaços para empresas especializadas em Ilhéus, experimentando, de outro lado, melhores condições de dirigibilidade de seu negócio, otimizando os custos e aumentando a produtividade.

Tendo encontrado dificuldades em obter mão de obra local especializada, firmou parceria com aquelas empresas para incrementar e diversificar suas atividades, superando a dificuldade inicial, passando a ter o controle de toda a produção de componentes eletrônicos e automotivos. Argúi que de acordo com cópias ora juntadas, há contratos de prestação de serviços efetuados com as empresas Dynatech Eletrônica Ltda. e Polycomp Eletrônica Comércio de Componentes Ltda., que prevêem a montagem de forma terceirizada dos seus produtos. Anexa documento onde consta a obrigação requerida pelos seus clientes em ter procedimentos com base na ISO9001:2000.

Realça que se trata de empresa ISO9001:2000 desde 23/11/2004, concedida pelo organismo certificador RINA, estando comprovado que fabrica seus produtos desde antes do requerimento do benefício. Frisa que um órgão com seriedade como o RINA, atuando mundialmente desde 1.861, não emitiria um certificado sem constatação da real condição de operação de fabricação da empresa, conforme cópia do certificado que comprova a autenticidade.

Fazendo uma analogia, cita o que vem ocorrendo com a empresa Volkswagen do Brasil, que está passando por intenso processo de reestruturação industrial, de modo que cerca de doze empresas fornecedoras estarão produzindo e montando componentes no interior da sua área industrial, no local denominado "Parque Industrial de Fornecedores", onde até a montagem das peças no veículo será realizada por terceirizados na linha de produção "supervisionada" pela Volkswagen, sem a participação direta de trabalhadores dessa empresa na tarefa de montar os veículos.

Observa que a terceirização deve ser considerada como uma estratégia de gestão empresarial que, como afirma o jurista Wilson Alves Polônio consiste "*na transferência para terceiros de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa*".

Realça que a terceirização não está proibida pelo Decreto 4.316/95, principalmente por ser realizada somente em pequena parte da industrialização, pois a norma apenas menciona que as importações devem se “destinar à fabricação”, ou seja, não há impedimento legal à fruição do benefício havendo terceirização. Alega que como obedeceu aos requisitos previstos no Decreto, não há óbice para fruição do benefício, por terceirizar parte da produção. E mesmo se tivesse terceirizado toda sua produção dentro do estabelecimento fabril, era admissível o uso do benefício, porque não haver objeção a esse procedimento.

Destaca que se o contribuinte cumprir estritamente a norma que autoriza o benefício, não há que se falar em ilegalidade. Registra que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já firmou entendimento de que é legal o estabelecimento de requisitos, conforme julgado atinente ao processo nº RMS 23730/MT, cuja ementa transcreveu. Frisa que o STJ já prestigiou a terceirização como forma tecnológica e inovadora do processo produtivo, não implicando em óbice à fruição de benefício fiscal, desde que o tomador do serviço adquira os produtos e estenda parte da produção a terceiro, o que se configura não como uma prestação de serviço, mas como uma etapa de industrialização realizada por terceiro, em nome da empresa que goza do benefício, interpretação essa com fundamento no art. 111 do CTN.

Realça que a doutrina de Hugo de Brito Machado defende a interpretação literal, como se vê no transscrito trecho da obra “Comentários ao Código Tributário Nacional”. Conclui que a interpretação teleológica do Decreto 4.316/95 permite a terceirização, por se tratar de um método de industrialização próprio através de terceiro, a fim de reduzir custos e otimizar a produção.

Ressalta que a autuante se equivocou ao confundir o ônus da prova, uma vez que a administração tem o dever de provar que o contribuinte violou dispositivos legais. Isto, porque o fisco entendeu que “*o autuado não provou que industrializava no seu estabelecimento fabril*”. Assim, entende que não lhe cabe provar que industrializou, mas ao fisco demonstrar que isso não ocorreu, sob pena de cair por terra a imputação pretendida. Complementa que não há nos autos provas suficientes para caracterizar a regra matriz de incidência tributária.

Traz à colação o entendimento de Paulo de Barros Carvalho sobre o tema, citado por Sérgio André R. G. da Silva, na obra “Controle Administrativo do Lançamento Tributário”, ressaltando que não se trata de construção doutrinária, pois os artigos 29 e 36 da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito Federal, expressam que é “dever” da administração provar os fatos que imputam ao administrado.

Pugna, então, pela improcedência total da autuação, tendo em vista que o fisco não demonstrou provas suficientes que confirmem o critério material da regra matriz de incidência tributária, isto é, que o autuado não industrializou no seu estabelecimento.

Como o fisco conclui em 2009 que em 2005, 2006 e 2007 o autuado não industrializou e, assim, não poderia usufruir dos benefícios do Decreto 4.316/95, lança os seguintes questionamentos: como pode a fiscalização afirmar anos após decorrido o fato imponível que não houve industrialização no estabelecimento? Por que não se verificou no estabelecimento fabril se os equipamentos existentes eram capazes de manter um processo produtivo? Por que a autuante não observou que não foi feita diligência para certificar-se dos equipamentos existentes, ainda que passados anos após os exercícios fiscalizados? Por que a autuante não procurou entender o processo produtivo, para se certificar que “simples e pequenos equipamentos” e alguns funcionários são capazes de dar conta da demanda, como ocorria na época da autuação?

Alega que há apenas uma resposta a estas indagações: não quis o fisco fazer prova de que o autuado industrializava através de aparentemente “simples” equipamentos e que alguns funcionários executavam as mencionadas parametrizações, a fim de ficar um vazio no procedimento e levar à presunção de que em 2005, 2006 e 2007 não havia industrialização.

Observa que uma visita ao estabelecimento certificará que não são necessários aparelhos e muitos

funcionários para desenvolver o processo produtivo como ocorria naquela época, se analisado retirando os equipamentos de solda e corte e crimpagem de fios que então não existiam, e que por isto foram terceirizados. Mas os documentos serão os mesmos de 2005, 2006 e 2007, e então mais uma vez o autuado poderá sofrer no futuro para provar o que não é seu, o ônus da imputação. Salienta que o STJ já se manifestou, repugnando a presunção para negar ao contribuinte a fruição de benefício fiscal, conforme processo REsp 448193/SP.

Diante disso, ressalta que com base nesse fundamento os julgadores de 1ª Instância julgarão improcedente o Auto de Infração, no que pertine às infrações 01 e 02.

Com base no princípio da eventualidade e por cautela, requer que caso ultrapassadas as alegações que comprovam indevidos todos os valores lançados nas infrações 01 e 02, sejam avaliados os fundamentos contidos neste tópico. Isto, porque nas infrações 01 e 02 foi utilizada a alíquota de 17%, quando o art. 50, II do RICMS/BA dispõe a alíquota de 12% para as operações e prestações interestaduais destinadas a contribuintes do imposto. Assim, tem-se que a alíquota de 17% é manifestamente ilegal, requerendo a sua adequação ao previsto na norma regulamentar.

Insurge-se contra a infração 03, argumentando que tratando-se de estabelecimento que goza de benefícios do Decreto 4.316/95, não há que se falar em recolhimento de diferença de alíquota, tendo em vista o disposto no art. 1º-A, inciso II, alíneas "b" e "c", desse diploma legal. Mesmo porque, todos os itens constantes nas notas fiscais objeto dessa infração se referem a materiais utilizados em seu processo produtivo. Ademais, não há utilização de crédito dos valores constantes das referidas notas fiscais, pois o regime de apuração não permite.

Como a autuante não observou que as partes, peças e materiais constantes das notas fiscais estão inseridos no dispositivo acima citado, requer a improcedência dessa infração.

Tratando sobre a aplicação da ampla defesa em sentido amplo, cita Pontes de Miranda, para quem se não existir o suporte fático, "*a regra jurídica de tributação não incidirá*", não se podendo falar em obrigação tributária. Para ser imponível, o fato deve encaixar como uma luva na hipótese de incidência tributária, havendo a subsunção do fato à norma, surgindo a obrigação tributária, fazendo-se necessário analisar o fato que deu origem à autuação.

Frisando que no processo administrativo fiscal deve ser observada a aplicação do princípio da ampla defesa, que desagua na busca da verdade material, traz as palavras proferidas por José Artur Lima Gonçalves, em sua obra "Imposto Sobre a Renda", "Pressupostos Constitucionais".

Tratando sobre as punições decorrentes da falta de recolhimento do tributo, apresenta citação de Geraldo Ataliba, de que em matéria de direito punitivo, o princípio da verdade material deve prevalecer sobre o princípio da verdade formal, não podendo ser aplicado qualquer tipo de punição com base em presunções. Por outro lado, também não pode, sem comprovação convincente do julgador, ser reconhecida a existência ou autoria de qualquer fato ilícito.

Esse formalismo deve garantir ao contribuinte a ampla defesa, para se chegar à verdade material, de modo a possibilitar a adequada constatação ou não do fato imponível. Assim, cabia ao fisco verificar os documentos e as circunstâncias, além das características dos produtos, porém, por não ter feito uma vistoria e nem considerado os comprovantes de transporte, nem ter visto contratos de terceirização e outros documentos, presumiu a sua inatividade industrial, desconsiderando o diferimento e tributando todas as mercadorias produzidas e comercializadas, bem como pelo não recolhimento de diferença de ICMS.

Salienta que a despeito de toda presunção legal prescindir de um fato concreto, a autuante presumiu que o contribuinte não industrializou produtos na sua matriz, tributando toda sua movimentação, apesar das provas da ocorrência da industrialização se encontrarem disponíveis no estabelecimento. Discorre sobre presunção no Direito Tributário, utilizando palavras de Iso Chaitz Scherkerkewitz e afirma que não pode prosperar a presunção de que não industrializou em Ilhéus, pois a prova em

contrário foi juntada à defesa. Realça que também não procede o valor lançado a título de não recolhimento do ICMS, por inexistir um fato determinado, o que levou a autuante a "criar" diferença absurda no estoque, utilizando-se de presunção da presunção.

Transcreve o art. 150, inciso IV da Constituição Federal, que trata da vedação à utilização do tributo com efeito de confisco, frisando que essa norma limita o poder de tributar e é destinada ao próprio legislador. Afirma que deve ser entendido como violação arbitrária ao direito de propriedade de quaisquer tipos de bens.

Faz uso do pensamento de Aliomar Baleeiro e de Roque Antonio Carrazza sobre tributos confiscatórios, frisando que o princípio do não confisco que atinge o tributo/penalidade deve ser analisado caso a caso, dentro da razoabilidade, por ser relativo, acompanhando a evolução social. Destaca que a abrangência desse princípio é a mais larga possível, atingindo por inteiro o crédito tributário, tanto os tributos quanto as penas fiscais, assim como as penalidades pecuniárias.

Ressalta que a penalidade aplicada tem caráter confiscatório, pois se tivesse que pagar o débito, levaria a vida inteira trabalhando, sem comer e sem beber, para liquidar tais valores. Traz as palavras de Ives Gandra Martins, Paulo José da Conta Júnior e Zelmo Denari. Observa que não é por falta de limites para fixação de penalidades, que o fisco pode aumentar sua receita, devendo respeitar o princípio da capacidade contributiva. Realça que as multas superiores a 30% são exorbitantes e transcreve trechos dos julgados atinentes aos processos de nºs 82.510-SP, 81.550-MG e 551-RJ, oriundos do Supremo Tribunal Federal (STF).

Assevera que não pode aceitar "tamanha" constitucionalidade, uma vez que a penalidade aplicada excede o limite máximo aceito pelo STF, atropelando o princípio da capacidade contributiva. Conclui que a autoridade administrativa deve deixar de aplicar a lei por ser constitucional, em consonância com o entendimento de Antônio Manoel Gonçalez.

Solicita que, caso ultrapassada a preliminar de nulidade por desrespeito ao princípio da ampla defesa, sejam julgadas totalmente improcedentes as infrações impostas, com o consequente arquivamento do Auto de Infração, levando em conta o que segue:

- 1 - que houve presunção *júris tantum* da autuante ao considerar que o autuado jamais industrializou na cidade de Ilhéus;
- 2 - que os documentos comprovam o envio de mercadorias de São Paulo para Ilhéus e vice versa, ou seja, atestam que efetivamente houve industrialização no período fiscalizado.
- 3 - que o procedimento de terceirização de parte da produção é legal e tem amparo em julgamento do STJ, não havendo qualquer proibição no Decreto 4.316/95, uma vez que se constitui em industrialização parcial do próprio contribuinte através de terceiros;
- 4 - que deve imperar a busca da verdade real, cabendo ao fisco utilizar todos os meios para alcançar a realidade do contribuinte, não partindo de presunções para chegar a presunções;
- 5 - que na infração 03 não foi observado que os produtos indicados das notas fiscais estão inseridos no Decreto 4.316/95;
- 6 - que não foi observado o princípio da proporcionalidade, mais precisamente a adequação do meio utilizado para atingir ao fim desejado pela norma.

Requer, por cautela, e com base no princípio da eventualidade, que seja reduzida a multa aplicada para o limite de 30%.

Solicita a realização de diligência em seu estabelecimento, a fim de constatar o seu processo produtivo, com fulcro no princípio da ampla defesa e da verdade material.

A autuante prestou Informação Fiscal às fls. 4.598 a 4.600 (Vol. XIV), quando, tratando sobre as infrações 01 e 02, ressaltou que nos exercícios de 2005 e 2006 o autuado efetuou compras para

industrialização (fls. 52 a 112 e 218 a 299) provenientes do Estado da Bahia, de outro estado e de importação, remetendo a maior parte das matérias primas para industrialização em empresa de outro estado e uma pequena parte por empresa baiana (fls. 113 a 183 e 300 a 608). Após receber o produto industrializado, efetuou as suas vendas como se fosse produção própria, conforme cópias dos livros Registro de Saída (fls. 1.076 a 1.384) e Registro de Apuração do ICMS (fls. 1.386 a 1.451).

Aduz que o próprio autuado afirma que terceiriza a industrialização, inclusive descrevendo o procedimento, sendo prova inequívoca de que não industrializava, o seu livro Registro de Empregados, pois conforme cópia desse livro e dos recolhimentos do FGTS, no exercício de 2005 o autuado possuía em janeiro e fevereiro dois empregados, de março a maio três e de junho a dezembro dois; já no exercício de 2006 possuía somente dois empregados.

Conclui ter ficado comprovado o descumprimento do Decreto 4316/95, que prevê que para gozar do benefício do diferimento, o contribuinte deverá efetuar a industrialização na unidade fabril em Ilhéus, passando, portanto, a tributação a ser cobrada na forma do RICMS/BA. Observa que de acordo com o art. 9º do referido Decreto *“o estabelecimento habilitado para operar com o tratamento tributário previsto neste Decreto que inobservar qualquer das disposições nele contidas terá cassada a sua habilitação pela Secretaria da Fazenda.”*.

Contesta a alegação do impugnante de que a alíquota referente às infrações 01 e 02 deve ser de 12% e não de 17%, argumentando que o benefício concedido pelo Estado foi uma redução de base de cálculo. Registra que conforme documentos às fls. 14 a 51 e de 184 a 217 (Registro de Apuração) o valor do débito está correto.

Versando sobre a infração 03, aduz que o inciso II do art. 1º-A não possui alínea “c”, porém somente as alíneas “a” e “b” e refere-se a operações internas, mostrando que a alegação do autuado não procede. Frisa que o Decreto 4.316/95 beneficia com o diferimento, no caso de diferença de alíquota, somente as aquisições destinadas ao ativo imobilizado.

Dante do exposto, sugere a manutenção do Auto de Infração.

Cientificado a respeito da informação fiscal e anexos, o autuado se manifestou às fls. 4.887 a 4.891 (Vol. XV), salientando que a autuante acrescentou fatos novos ao processo, inovando quando alegou que o impugnante possuía poucos funcionários e que isto seria prova de que não industrializou em Ilhéus, uma vez que essa inovação prejudica a defesa, no sentido em que foram modificados os fundamentos do Auto de Infração, ferindo o princípio da ampla defesa. Requer a nulidade da autuação, em razão dos elementos novos carreados, conforme dispõe o art. 18, § 1º do RPAF/BA.

Friza que a despeito de a autuante manter integralmente o Auto de Infração, sob o argumento de que o contribuinte não industrializou em Ilhéus, em nenhum momento procurou conhecer seu processo produtivo e as características do seu produto. Ressalta que a autuante desconhece o que a legislação entende por industrialização, apesar do quanto preceitua o art. 2º, § 5º do RICMS/BA.

Salienta que se a autuante procurasse entender o que significa o “bracke light” e o que são “leds” e quais as etapas de produção, tanto de montagem como de parametrizações e demais segredos industriais que envolvem os produtos fabricados, não teria incorrido em equívocos.

Reprisa que se faz necessária uma diligência ao estabelecimento, para verificar todas as etapas de produção, inclusive aquelas objeto de terceirização. Realça que o fato de terceirizar não significa não ter produção própria, mesmo porque mantém as principais etapas de beneficiamento dentro da sua fábrica, uma vez que a terceirização no sentido técnico significa produção própria.

Afirma que a autuante se enganou ao argumentar que possuía poucos funcionários e que por isso não produzia em Ilhéus, salientando que a quantidade de funcionários nos exercícios de 2005 a 2007

foi suficiente para manter a produção nas etapas principais, que efetivamente realizava. Demonstra, por meio de planilha, que o número de funcionários era mais do que necessário para industrializar. Consigna que como um funcionário trabalha um total de 7.600.000 segundos por ano, para realizar a produção do exercício de 2005 precisaria de menos de  $\frac{1}{2}$  funcionário, enquanto que em 2006 necessitaria de 0,6 funcionário durante o ano.

Realça que a autuante tenta impressionar o julgador, pois em 2007 não mencionou a quantidade de funcionários, quando o número chegou a quarenta e oito, uma vez que conseguiu adquirir a máquina de solda para realizar a etapa industrial que antes era realizada por terceirizados. Observa que em janeiro de 2007 passou a ter sete funcionários, em fevereiro nove, em março dezessete, em maio vinte e nove, em junho vinte e sete, em julho quarenta e um, em agosto quarenta e oito, e de setembro a dezembro teve quarenta e sete (fls. 4.891 a 4.902). Realça que em 2005 e 2006 a demanda foi menor que em 2007 e nos anos seguintes.

Chama a atenção para o fato de que a terceirização era etapa da produção que consistia basicamente na soldagem, processo realizado principalmente na própria cidade de Ilhéus. Assim, ao contrário do que indica a autuante, os documentos de fls. 113 a 183 e 300 a 608, comprovam que praticamente toda a etapa da terceirização era realizada em Ilhéus.

Ressalta que faltou a boa vontade de buscar a verdade material nos presentes autos, com visita ao seu estabelecimento, a fim de comprovar que a industrialização sempre foi realizada em Ilhéus. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em resposta à manifestação defensiva, a autuante se pronunciou às fls. 4.904/4.905, quando teceu as seguintes considerações:

1 – quanto ao pleito pela nulidade, sob a alegação de que novos elementos tinham sido inseridos no processo, ressalta que tendo em vista que junto à defesa fora apresentada uma relação de funcionários submetidos a treinamento, intimou o contribuinte a apresentar o livro Registro de Empregados e guias de recolhimento do FGTS (fl. 4.601), comprovando que em 2005 o autuado possuía em alguns meses dois e em outros três empregados, e em 2006 possuía dois empregados (fls. 4.602 a 4.882). As funções exercidas eram de encarregado de logística, assuntos administrativos e supervisor de produção (fls. 4.606 a 4.608), mostrando que não poderia manter o processo produtivo, mesmo porque o autuado afirmara que terceirizava a produção.

Quanto à inserção de fatos novos, observa que o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, manifestando-se sobre a mesma. Esclarece que quando da fiscalização não tinha solicitado o livro Registro de Empregados e as guias do FGTS;

2 – discorda da afirmação de que de 2005 a 2007 o contribuinte mantivera funcionários suficientes para manter o processo produtivo, pois de acordo com o Auto de Infração, foi considerado que o contribuinte não cumpriu o Decreto 4.316/95 apenas em relação aos exercícios de 2005 e 2006, não se referindo ao exercício de 2007. Assim, as guias de recolhimento do FGTS anexadas quando da manifestação do autuado referem-se ao exercício de 2007, que não consta na autuação. Quanto aos exercícios de 2005 e 2006, os documentos de folhas 4.602 a 4.882 comprovam que não havia funcionários para desenvolver um processo de produção.

Mantém o Auto de Infração.

O autuado apresentou nova manifestação às fls. 4.911/4.912, lembrando que requerera uma diligência, a fim de apurar os fatos narrados na defesa, entretanto entende que não há mais necessidade da sua realização, tendo em vista que o Parecer ASTEC nº. 135/2009 constatou a regularidade da industrialização, atendendo ao Decreto 4.316/95.

Lembra que desde a impugnação insistira pela diligência fiscal, a fim de que o órgão competente procedesse à inspeção, para verificar qual era o produto industrializado, suas etapas de produção,

enfim, as nuances do procedimento industrial. Ocorre que a 1ª Câmara de Julgamento do CONSEF, em Auto de Infração idêntico (nº 146547.0013/06-6), através do Relator Conselheiro Valnei Sousa Freire, solicitou diligência fiscal, que foi efetivada pela ASTEC (fls. 4.913 a 4.916), que compareceu ao seu estabelecimento, tendo realizado todos os questionamentos e entendido o seu processo produtivo.

Frisa que sempre teve convicção que o equívoco da autuação em algum momento iria ser desvendado, bastando uma simples inspeção no local por pessoas que tivessem o mínimo de boa vontade e olhos críticos ao seu procedimento de industrialização.

Assim, a ASTEC concluiu que o autuado somente não realizava o processo de soldagem no seu estabelecimento, já que na época não possuía a máquina de solda, que é de alto valor econômico, tendo juntado no seu parecer as informações sobre o equipamento, que inclusive foi conhecido pela diligente, uma vez que atualmente o autuado já possui a referida máquina. Acrescenta que não sendo a soldagem realizada pela referida máquina, seriam necessários vários operários para o processo de solda, já que são inúmeros “leds” inseridos em uma só placa. Por isto, o número reduzido de funcionários à época.

Registra que a diligente concluiu que as empresas terceirizadas “*soldavam as partes e peças, inclusive leds, nas placas*”, mas não inseriam os resistores, tendo assim resumido o processo de industrialização realizado no próprio estabelecimento do autuado:

- a) as placas eram enviadas juntamente com os *leds* para as terceirizadas, “com a combinação determinada pelo autuado para soldagem”;
- b) o autuado recebia as placas com os *leds* soldados, “inseria os resistores, adequando a calibração e efetuava os devidos ajustes”;
- c) o produto vendido constituía no “conjunto eletrônico de *leds*” para luz de freio elevada (*brake lights*).

Conclui que a afirmação da autuante não tem sustentação diante da análise pela ASTEC, já que todo o processo produtivo foi entendido pela diligente e muito bem explicitado, de acordo com as respostas às indagações da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Realça ter ficado comprovado que recebia partes e peças, remetia para soldagem de acordo com a configuração que determinava, através de ordem de serviço acompanhada da nota fiscal; as placas com os *leds* soldados retornavam para o autuado, que inseria os resistores adequados à configuração pré-determinada; adequava a calibração e efetuava os devidos ajustes das partes e peças, inclusive o controle de qualidade e inseria o seu logotipo; por fim, vendia o produto final, que consiste num conjunto eletrônico (em perfeito funcionamento) para instalação em veículos nacionais, constituindo a luz de freio elevada. E como o seu procedimento consistia em todos esses atos, dúvida não há que está enquadrado no conceito de industrialização do RICMS/BA.

Diante do parecer da ASTEC, caso os membros da Junta de Julgamento concordem, desiste do pedido de diligência, aceitando a prova emprestada do Auto de Infração concernente ao referido parecer, a fim de que a infração seja julgada improcedente.

Considerando que ao se insurgir contra a infração 03, o sujeito passivo alegou que todos os itens constantes nas notas fiscais objeto dessa infração se referem a materiais utilizados em seu processo produtivo, argumentação não acatada pela autuante: a 1ª JJF diligenciou o processo à ASTEC/CONSEF (fl. 4.926), para que Auditor Fiscal revisasse essa infração, excluindo, se fosse o caso, os valores correspondentes aos itens arrolados na autuação referentes a materiais utilizados no processo produtivo, elaborando, caso fossem confirmadas as alegações defensivas, novos demonstrativos atinentes à referida infração.

O autuado apresentou requerimento à fl. 4.929, aduzindo que solicitara que fosse anexado o Parecer ASTEC relativo ao Auto de Infração nº 146547.0013/06-6, que tramitava no CONSEF, porém, por unanimidade, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal dera provimento ao recurso voluntário, para excluir a infração 01, que trata da mesma matéria atinente às infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração.

Anexa o Acórdão em referência (fls. 4.932 a 4.936), para que seja confirmado o entendimento do CONSEF, quando foi reconhecido o que ocorreu no seu estabelecimento. Requer o julgamento pela improcedência das infrações 01 e 02.

Em atendimento ao pedido de diligência, a Auditora Fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz emitiu o Parecer ASTEC nº 158/2010 (fls. 4.939/4.940), esclarecendo que após visita ao estabelecimento do autuado, verificou que o contribuinte tem como finalidade a fabricação de *brake lights* (luz de freio), que consiste na junção e combinação de vários *leds* (diodo emissor de luz) e uma placa de circuito impresso, adicionando resistores, diodos, fios e terminais, de acordo com a configuração desenvolvida pela empresa, consistindo nas seguintes etapas:

- 1) emissão de OS requisitando os materiais ao almoxarifado;
- 2) separação das partes e peças formando os kits para montagem;
- 3) inserção das partes e peças aí incluídos os *leds*, resistores e terminais na placa de circuito interno;
- 4) soldagem das partes e peças e terminais na placa de circuito interno, efetuada na máquina de solda Epilson;
- 5) calibragem, ajustes e inserção do logotipo nas placas.

Realça que após verificar os documentos originais apresentados, constatou que a empresa considera como material de consumo, conforme carimbos apostos naqueles documentos, razão pela qual a autuante exigeu o imposto. Feita a análise desses documentos, elaborou o demonstrativo de fl. 4.941, considerando apenas as notas fiscais de aquisição (fls. 4.943 a 4.968) que efetivamente foram utilizadas no processo produtivo ou como embalagem.

Salienta que as demais notas fiscais se referem à aquisição de material para uso e consumo administrativo, a exemplo de canetas, formulários, toalhas, papel higiênico, etc., e a material de reposição, utilizado nos equipamentos, a exemplo de ferramentas, brocas, serras, trocador de calor, compressor, etc.

Conclui, afirmando que após exclusão no demonstrativo fiscal de fls. 609 a 616, dos materiais utilizados no processo produtivo, elaborou o demonstrativo de débito de fl. 4.942, apurando o imposto devido de R\$8.476,53.

A autuante e o contribuinte foram cientificados a respeito do Parecer ASTEC nº 158/2010, tendo o autuado se manifestado à fl. 4.972, quando concordou com o levantamento realizado pela diligente, reiterando os outros pronunciamentos da defesa.

## VOTO

Ressalto, inicialmente, que o procedimento conduzido pela autuante foi realizado atendendo as orientações legais, estando respaldado nos correspondentes demonstrativos fiscais, onde são detalhados os fatos apurados no estabelecimento do contribuinte, elementos estes que possibilitaram o pleno exercício de defesa pelo autuado. Não vislumbro no lançamento ofensa alguma aos diversos princípios que regem o processo administrativo fiscal e nem tampouco nele se constatam quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que diz respeito à alegação de constitucionalidade das multas aplicadas, ressalto que essa atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/BA.

Quanto à argumentação de que as multas são confiscatórias e exorbitantes, e de que contraria o princípio da capacidade contributiva, entretanto, realço que as mesmas foram corretamente aplicadas, estando prevista na Lei nº. 7.014/96.

Quanto ao pedido de redução das multas, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à aplicação de multa por infração de obrigação principal, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, nos termos do art. 159 do RPAF/BA.

Observo que o Auto de Infração é composto por três imputações, sendo que as duas primeiras decorreram da circunstância de o contribuinte ser possuidor do benefício do deferimento nas importações de mercadorias relacionadas na Portaria nº 895/99, concedido de acordo com o Decreto nº. 4.316/95, devendo, para tanto, efetuar a industrialização em sua unidade fabril, localizada em Ilhéus, neste Estado. Tendo a fiscalização concluído que o contribuinte remeteu grande parte das mercadorias adquiridas, para industrialização por terceirização, serviços esses a serem realizados por outras empresas deste e de outro Estado, concluiu que não estava sendo cumprido o previsto no mencionado Decreto.

Enquanto na infração 01 foi exigido o ICMS não recolhido no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, na infração 02 foi efetuado o lançamento do tributo recolhido a menos, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Ao contestar essas duas exigências fiscais, o impugnante trouxe aos autos diversos argumentos e elementos de prova em seu favor, os quais consistiram basicamente nos seguintes pontos:

- 1) que a fiscalização se fundamentara em indícios e levantamentos superficiais, sem atentar para a realidade dos fatos e sem realizar uma verificação em seu estabelecimento fabril, para fins de conhecer o seu processo produtivo;
- 2) que tem como atividade a fabricação de *brake lights*, que se referem a lanternas elevadas de freio automotivo, desenvolvendo, com base em suporte técnico dos principais fabricantes mundiais, projetos exclusivos das mencionadas lanternas de freio, que são fabricadas normalmente com o uso de uma placa de circuito impresso, de quatro a vinte *leds* e mais resistores, diodos, fios e conectores. Frisou que é fornecedor exclusivo dos produtos, sob encomenda, para veículos de fabricação brasileira, sendo os produtos efetivamente fabricados em seu estabelecimento, com uma pequena parte da industrialização feita sob pedido, por empresas terceirizadas;
- 3) que as duas primeiras etapas do procedimento de industrialização eram realizadas na sua fábrica, referindo-se à emissão das ordens de serviços com preparação do material utilizado e à separação dos kits utilizados para montagem, os quais eram remetidos em lotes com as respectivas ordens de serviço e notas fiscais para as empresas terceirizadas;
- 4) que as duas etapas seguintes eram efetivadas pelas empresas terceirizadas de Ilhéus ou São Paulo, pois à época não dispunha dos equipamentos para solda de *leds* e para cortar e crimpar terminais, constando em declarações que anexa, a indicação dos procedimentos realizados pelas contratadas no decorrer do processo produtivo;
- 5) após realizado o serviço terceirizado, consistente na solda dos *leds* e instalação de terminais (fio e conector), os lotes retornavam com a mesma ordem de serviço e com notas fiscais emitidas pelas terceirizadas para o autuado;
- 6) que a terceira e última fase do processo produtivo era efetuada em seu estabelecimento, e que consistia no “ajuste de *bin code*”, na “inserção de resistor” e na “calibração, teste e inspeção”,

sendo, por fim, o produto embalado e encaminhado para o comprador, com a correspondente nota fiscal de venda. Normalmente a entrega aos clientes era feita diretamente de sua fábrica.

Entendo como aceitável a justificativa apresentada pelo sujeito passivo, quando contestou a alegação da autuante de que durante o período compreendido pela autuação, a quantidade de funcionários utilizados no estabelecimento (dois ou três) seriam insuficientes para realizar a fabricação dos produtos comercializados. Isto, porque o autuado demonstrou, através de planilha, que o número de funcionários naquele período foi o necessário para realizar as etapas em sua fábrica, haja vista que até então não dispunha da máquina de solda para realizar uma das etapas feitas por terceirização, tarefa essa, inclusive, que era feita pela empresa contratada de Ilhéus.

Consignou, ainda, que logo após o período autuado, que se estendeu até dezembro de 2006, adquirira o referido equipamento, tendo aumentado gradativamente o seu número de empregados, que passou a se constituir em quarenta e sete funcionários em dezembro de 2007.

Saliento que apesar de o autuado ter requerido a realização de diligência, a fim de verificar as suas alegações quanto ao funcionamento da unidade fabril, posteriormente trouxe ao processo o Termo de Diligência e o Parecer ASTEC/CONSEF nº 135/2009 (fls. 4.913 a 4.916), os quais se referiam a lançamento fiscal anterior, decorrente da mesma questão abordada nos presentes autos, e tendo em vista que nesse Parecer, a Auditora Fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz apresentara, de forma minuciosa, todas as etapas de industrialização processadas pelo autuado, passando, inclusive, pelas fases de terceirização, concluo que os principais pontos em lide se encontravam devidamente esclarecidos, descabendo a necessidade de nova diligência.

Isto porque, ao responder aos quesitos formulados pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), a eminente diligente trouxe aos autos os seguintes esclarecimentos, em resposta às indagações propostas pela 1ª CJF:

01) diante do objetivo da empresa, em que tipo de montagem dos produtos industrializados pela empresa participam os “leds”?

Resposta: os *leds* participam na montagem de *brake lights* (luz de freio), utilizados em veículos automotivos fabricados no Brasil;

02) qual a função dos “leds”?

Resposta: depois de combinados, os conjuntos de *leds* servem como sinalizador de freios (lanterna elevada de freios) nos veículos;

03) em que forma (separadamente ou em conjunto com os resistores, por exemplo, e como dito pelo recorrente), as empresas terceirizadas recebem estes “leds”?

Resposta: atualmente todo o processo é efetuado no estabelecimento do autuado. À época dos fatos geradores, as empresas terceirizadas recebiam o conjunto das partes e peças, inclusive os *leds* com a combinação determinada pelo autuado para soldagem, com exceção dos resistores, uma vez que o autuado não possuía a máquina de soldagem;

04) qual é, de fato, o trabalho realizado pelas empresas terceirizadas?

Resposta: as empresas terceirizadas soldavam as peças e partes, inclusive *leds*, nas placas, uma vez que o autuado não possuía a máquina de soldagem;

05) como estas empresas terceirizadas retornam estes “leds” – como produto semi-elaborado para ser aplicado na produção do estabelecimento autuado ou, mesmo como sub produto que deve sofrer transformações para que se possa considerar produto acabado?

Resposta: as empresas terceirizadas retornavam as placas com os *leds* soldados. O autuado inseria os resistores, adequando a calibração e efetuava os devidos ajustes;

06) qual o produto final vendido?

Resposta: o produto vendido é conjunto eletrônico de *leds* para *brake lights* (luz de freio).

Concluo, do resultado constante nesse abalizado Parecer que, efetivamente, o autuado fazia jus aos benefícios previstos no Decreto nº 4.316/95, mesmo com algumas das etapas do seu processo produtivo sendo realizadas por empresas terceirizadas, desde quando a industrialização propriamente dita se iniciava e terminava em seu estabelecimento, não havendo na mencionada norma nenhuma vedação expressa a esse tipo de procedimento adotado pelo contribuinte.

E para corroborar este entendimento, vejo que após a análise do mencionado Parecer, a 1ª CJF deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, considerando improcedente a acusação fiscal decorrente do mesmo fato que redundou nas infrações 01 e 02 da autuação aqui em lide. E em reforço ao quanto aqui expedito, trago à colação um trecho do voto proferido pelo relator, o insigne Conselheiro Valnei Souza Freire:

*“Portanto, cinge-se o âmago da lide à controvérsia da comprovação de que o sujeito passivo opera no seu estabelecimento a industrialização do produto objeto da ação fiscal, para estar apto a usufruir dos benefícios previstos no Decreto nº 4.316/95.*

*Assim é que, objetivando obter maiores subsídios fáticos para julgar a questão e, acima de tudo, buscando a verdade material, decidiu esta Câmara de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar de 28/05/2009, converter o feito em diligência, visando que a ASTEC/CONSEF constatasse, in loco, a pertinência das alegações recursais.*

*Nesse desiderato, em Parecer de fls. 1275/1276 e anexos, a ilustre auditora diligente da ASTEC demonstrou, de forma cristalina e didática, todo o processo de produção observado no estabelecimento industrial do autuado, respondendo com precisão os questionamentos apresentados, concluindo que, não obstante o sujeito passivo, na época dos fatos geradores, não possuir equipamento (máquina de soldagem) e terceirizar etapa da produção, esta operação era revestida dos documentos fiscais, os quais correspondiam aos requisitos legais, no tocante ao controle das quantidades de peças e conjuntos transitados.*

*Do estudo minucioso do presente PAF, após análise das peças e documentos constantes do processo, principalmente da conclusão do Parecer da ASTEC, onde se encontra bem delineado o fulcro da questão, sobejam motivos para comungar do entendimento emanado pela PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 1279, na linha de que restou incontestavelmente demonstrado o fato de que a operação de uma etapa industrial por terceiros, como ocorre no caso em comento, não desnatura a condição do contribuinte, nem lhe retira o direito aos benefícios auferidos pelo Decreto nº 4316/95.*

*Assim, evitando delongas desnecessárias, julgo improcedente a infração titulada nº 1 do Auto de Infração epigrafado.”*

Dante de todo o exposto, tendo em vista que a industrialização terceirizada de parte das etapas do processo produtivo do contribuinte não lhe retira os benefícios previstos no Decreto nº 4.316/95, concluo que as infrações 01 e 02 restaram totalmente descharacterizadas.

Quanto à infração 03, verifico que decorreu da falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Registro que tendo em vista que ao se insurgir contra esta imputação, o autuado alegou que os itens constantes das notas fiscais objeto da infração se referiam a materiais utilizados em seu processo produtivo, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fosse efetuada

uma revisão do levantamento fiscal, excluindo-se os valores correspondentes aos itens referentes a materiais utilizados no processo produtivo do autuado.

Observo que após realizar a diligência, por meio do Parecer ASTEC nº 158/2010, a Auditora Fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz esclareceu que após visita ao estabelecimento do autuado, verificou que o contribuinte tem como finalidade a fabricação de *brake lights* (luz de freio), que consiste na junção e combinação de vários *leds* (diodo emissor de luz) e uma placa de circuito impresso, adicionando resistores, diodos, fios e terminais, de acordo com as etapas configuradas pela empresa, conforme as descreveu.

Indicou que após verificar os documentos fiscais originais apresentados, elaborou o demonstrativo de fl. 4.941, indicando as notas fiscais de aquisição que correspondiam a materiais que realmente foram utilizados no processo produtivo ou como embalagem. Ressaltou que as demais notas fiscais se referiam à aquisição de material para uso e consumo administrativo, a exemplo de canetas, formulários, toalhas, papel higiênico, etc., e material de reposição, utilizado nos equipamentos, a exemplo de ferramentas, brocas, serras, trocador de calor, compressor, etc.

Após excluir os materiais utilizados no processo produtivo, elaborou novo demonstrativo de débito (fl. 4.942), apontando o imposto efetivamente devido. Deste modo, concordo com o resultado da diligência realizada pela ASTEC, para declarar que a infração 03 resta parcialmente caracterizada, no montante de R\$8.476,53.

Ante todo o exposto, 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 **018184.0602/09-2**, lavrado contra **GENESIS DEVICES E EQUIPAMENTOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.476,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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, 05 de janeiro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR