

PROCESSO - A. I. N° 206944.0002/15-8
RECORRENTE - SODECIA DA BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0154-05/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/12/2017

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0283-11/17

EMENTA: ICMS. 1. SUSPENSÃO. **a)** REMESSAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO EM ESTABELECIMENTOS DE TERCEIROS. O contribuinte não atendeu aos requisitos relativos à suspensão do imposto. **b)** REMESSAS PARA DEPÓSITOS FECHADOS. Comprovado que o local de destino das mercadorias era pertencente à EXPRESSO NEPOMUCENO, que não tinha autorização para atuar como depositário. O recorrente não comprovou o retorno das mercadorias ou a destinação que deu aos produtos remetidos para o suposto depósito. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Saídas de matérias primas e produtos destinados a estabelecimento de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, mas com personalidade jurídica, cadastro no CNPJ e razão social próprios, que não se confundem com os do sujeito passivo. Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula n° 166 do STJ. 3. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO TERRITÓRIO NACIONAL. Emissão de notas fiscais, pelo estabelecimento autuado, com a indicação de remessas de mercadorias para o exterior, sem a devida comprovação das saídas por meio de guias e registros de exportação lavrados por repartição aduaneira. 4. DIFERIMENTO. IMPORTAÇÃO DE BENS (FERRAMENTAIS E DISPOSITIVOS) PARA POSTERIOR INCORPORAÇÃO AO ATIVO FIXO DO FABRICANTE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO PREVISTO NO PROGRAMA PROAUTO. O recorrente é estabelecimento beneficiário do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia – PROAUTO, instituído pela Lei n° 7.537/99. Restou demonstrado na ação fiscal que os bens objeto das operações lançadas no AI não foram utilizados na produção compartilhada de veículos entre a FORD e o contribuinte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5^a JJF (Junta de Julgamento Fiscal) proferida por meio do Acórdão n° 0154-05/16, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado no dia 22/06/2015 para exigir crédito tributário no montante de R\$4.024.007,70, sob a acusação do cometimento de 06 (seis) irregularidades, assim discriminadas pelo órgão julgador de primeira instância, *in litteris*:

INFRAÇÃO 01 - Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno no prazo legal. Deu saída a mercadoria tributada (matéria-prima e produto em processo) para industrialização em outra unidade da federação, sem destaque do ICMS, não tendo havido o retorno do produto industrializado no prazo regulamentar e sem pedido de prorrogação do prazo legal. Valor exigido: R\$97.028,19. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deu saída a mercadoria tributada como não tributada (matéria-prima e produto em processo) destinada a estabelecimento do mesmo grupo empresarial (CNPJ 56.995.327/0002-86), situado no Estado da Bahia, não inserida [o] no projeto automotivo da FORD, conforme dispõe o art. 12, parágrafos 1o e 5o da Lei no 7.537/99. A mercadoria não retornou ao estabelecimento da Sodecia. Valor exigido: R\$7.658,06. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 - Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas com notas fiscais com natureza da operação exportações, sem a devida comprovação da efetiva saída do país por intermédio de registros de exportação. Emitiu nota fiscal de saída de mercadoria para o exterior, sem comprovar a efetiva saída da mercadoria do país. Valor exigido: R\$10.430,76. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Deu saída a mercadoria tributada como não tributada (produto acabado, matéria-prima, material de embalagem e produto em processo) nas saídas internas para o contribuinte Expresso Nepomuceno, (CNPJ 19.368.927/0011-89, Inscrição estadual - 58.357.011), a título de saída para depósito fechado (informação apresentada em documento extra fiscal), não estando o destinatário autorizado a efetuar armazenagem para terceiros, na forma regulamentar, não tendo havido emissão de nota de retorno (real ou simbólico) das mercadorias enviadas à Expresso Nepomuceno. O local de destino das mercadorias não está autorizado a funcionar como depósito fechado ou armazém geral, conforme disposto no art. 34, inc. I e seguintes da Lei no 7.014/96 c/c o art. 460 a 464 do RICMS/2012. Valor exigido: R\$1.921.931,65. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 - Deixou de recolher o ICMS de importação de bens (ferramentais e dispositivos) adquiridos com diferimento do imposto, para serem utilizados como ativo fixo da Ford na Bahia, cujos bens foram, após importação, objeto de saídas interestaduais em comodato, para utilização em parque industrial de contribuintes não participantes do programa PROAUTO, estabelecidos em outras unidades da Federação. Os bens objeto de comodato, com saída com não incidência do ICMS, não retornaram ao estabelecimento baiano. Houve retorno de apenas uma nota após um ano de uso no estabelecimento da comodatária. Dessa forma, fica caracterizado o desvio do programa de incentivo do PROAUTO, cuja finalidade conforme dispõem os artigos 1o e 2o da Lei no 7.537/99 é promover o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado; a geração de emprego e formação de mão-de-obra qualificada; e, a consolidação do parque automotivo baiano, já que a concessão dos benefícios da Lei no 7.537/99 alcança a Ford-Bahia, estendendo-se apenas, aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE. Neste caso o benefício do diferimento na importação, concedido através da Lei no 7537/99 ao estabelecimento do autuado, foi transferido de fato para empresas fora do projeto do PROAUTO, devendo ser lançado o imposto diferido quando da importação, conforme dispõe a Lei no 7537/99, artigos 1o e 2o, parágrafos 1o e 2o; artigo 12, parágrafo 1o, inc. IV e parágrafo 5o e artigo 15. Decreto no 7.798/00, artigo 1o; Lei no 7014/96, artigo 29, parágrafos 2o e 4o e artigo 30; RICMS/97, artigo 347, inc. II e parágrafos 2o e 3o; RICMS/12, art. 286, parágrafos 3o, 12 e 13, inciso I; e orientações emitidas no Parecer GETRI no 14409/2011, referente processo no 127063/2011. Valor exigido: R\$ 1.466.557,78. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 06 - Deixou de recolher o ICMS de importação de bens (ferramentais e dispositivos), adquiridos com diferimento do imposto, para serem utilizados como ativo fixo da Ford Motor Company Ltda, estabelecida na Bahia, cujos bens foram, após importação, objeto de saídas internas a título de comodato, para utilização em parque industrial de contribuintes não participantes do programa PROAUTO. Os bens objeto de comodato, com saída com não incidência do ICMS, não retornaram ao estabelecimento baiano. Houve retorno de apenas algumas mercadorias após seis meses de uso no estabelecimento da comodatária. Dessa forma, fica caracterizado o desvio do bem do programa de incentivo do PROAUTO, cuja finalidade conforme dispõe o artigo 1o e 2o da Lei no 7.537/99 é promover o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado; a geração de emprego e formação de mão-de-obra qualificada e a consolidação do parque automotivo baiano, já que a concessão dos benefícios da Lei no 7.537/99 alcança a Ford-Bahia, estendendo-se apenas aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE. Neste caso o benefício do diferimento na importação, concedido através da Lei no 7.537/99 ao estabelecimento do autuado foi transferido de fato para empresas fora do projeto do PROAUTO, devendo ser lançado o imposto diferido quando da importação, conforme dispõe a Lei no 7.537/99, artigos 1o e 2o, parágrafos 1o e 2o; artigo 12, parágrafo 1o, inc. IV e parágrafo 5o e artigo 15. Decreto no 7.798/00, artigo 1o; Lei no 7.014/96, artigo 29, parágrafos 2o e 4o e artigo 30; RICMS/97, artigo 347, inc. II e parágrafos 2o e 3o; RICMS/12, art. 286,

parágrafos 3º, 12 e 13, inciso I; e orientações emitidas no Parecer GETRI no 14409/2011, referente processo no 127063/2011. Valor exigido: R\$520.401,26. Multa de 60%".

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 30/08/2016 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 531 a 559), nos seguintes termos:

"VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 06 (seis) infrações, conforme foi detalhadamente apresentado no Relatório parte integrante deste Acórdão.

Inicialmente faz-se necessário observar que o estabelecimento do contribuinte autuado é beneficiário do Programa de Incentivo Fiscal instituído pela Lei Estadual no 7.537/99, e regulado pelo Decreto no 7.798/00, que estabelece como principal finalidade o estímulo à implantação e ao desenvolvimento de empreendimentos industriais do setor automotivo de relevante interesse para a economia do Estado, conforme disposto nos arts. 1º e 2º da norma legal, com o seguinte teor:

Art. 1º - Fica criado o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia PROAUTO, vinculado ao Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico FUNDESE, regulado pela Lei no 6.445, de 7 de dezembro de 1992, alterada pela Lei no 7.503, de 13 de agosto de 1999, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

Art. 2º - Poderão habilitar-se aos incentivos da presente Lei as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, que se comprometam, isoladamente ou em conjunto com seus fornecedores, a realizar investimentos totais superiores a R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) e a utilizar métodos, sistemas e tecnologias avançados, compartilhados, no que couber, com órgãos, agências e universidades locais.

§ 1º A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

§ 2º O Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer condições especiais de enquadramento no Programa, mediante proposta do Conselho Deliberativo do FUNDESE, desde que o empreendimento seja relevante para:

I - o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado; II - a geração de emprego e formação de mão de obra qualificada; III - a consolidação do parque automotivo baiano.

O referido diploma legal estipula que as fabricantes de veículos automotores (qualificação em que se enquadra a FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL, sediada em Camaçari - Ba), serão as beneficiárias principais, estendendo-se o benefício aos seus fornecedores (onde se enquadra a SODECIA BAHIA, ora impugnante, também sediada em Camaçari - Ba, no denominado Complexo FORD), cuja atividade econômica seja correlata ou complementar à empresa principal do Programa. Por sua vez, as empresas beneficiárias deverão constar da lista do Projeto do empreendimento devidamente aprovadas pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

No que toca ao incentivo específico, a Lei no 7.537/99 concede em seu art. 12, entre outras vantagens fiscais, o diferimento do ICMS devido quando da importação de bens destinados ao ativo fixo das empresas beneficiárias (montadoras de veículos automotores). O diferimento a que faz referência a normal legal é aplicável também às operações realizadas entre fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, desde que as mercadorias tenham por destino final o estabelecimento da empresa fabricante de veículos automotores. Nessa hipótese: i) a exigência do imposto fica diferida para o momento da desincorporação do bem; ii) há dispensa do pagamento (conversão do diferimento em isenção) quando a desincorporação ocorre após 1 (um) anos de uso.

Feitas essas considerações iniciais passaremos, doravante, a examinar as infrações objeto do lançamento de ofício formalizado através do Auto de Infração no 206944.0002/15-8.

Na infração 01, a exigência fiscal recaiu sobre as operações de remessa de mercadorias para industrialização, por conta e ordem da empresa autuado, sem que tenha havido o retorno dos produtos resultante do processo fabril, com a agregação das matérias-primas enviadas ou em razão do retorno ter se verificado após o prazo definido na legislação.

O sujeito passivo, por ocasião da defesa, alegou como fatos modificativos ou extintivos da obrigação tributária, a circunstância de ocorrerem sobras e perdas no processo de fabricação, verificadas nos estabelecimentos destinatários das encomendas, não havendo exata identidade de valores e quantidades, por ocasião dos retornos. Alegou que as referidas sobras são normalmente tratadas pelas empresas prestadoras dos serviços de industrialização como sucatas, cujas quantidades não retornavam ao estabelecimento autor das encomendas. Argumentou ainda que a mencionada operação, à luz da legislação do ICMS, submete-se à não incidência do

imposto e que foi aventureira na acusação fiscal, tão somente, a ausência de emissão das notas fiscais de retorno ou a devolução dos produtos após o esgotamento do prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Entende que a ausência de vinculação entre as notas de remessa e de retorno, com a indicação precisa das quantidades e valores ou o alongamento do prazo de devolução, não têm o condão de transformar a natureza jurídica das operações objeto do levantamento fiscal, de não tributadas em tributadas. Haveria no caso mero descumprimento de obrigações acessórias ou de deveres instrumentais.

Passo a decidir a questão. De início cabe observar que as operações que compõem o item 01 da autuação são tratadas nos Regulamentos (RICMS) de 1997 e 2012, no âmbito do instituto da suspensão do imposto. Nessa específica situação jurídica a ocorrência do fato gerador do ICMS fica condicionada a um evento futuro e incerto, de forma que a não verificação, no caso concreto, das condições suspensivas, enseja a exigência do tributo, desde a verificação da primeira operação. Vejamos então o que dispõe os Regulamentos supracitados:

RICMS/97

DA SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO
SEÇÃO I

Das Disposições Gerais

Art. 340. Há suspensão da incidência do imposto sempre que a ocorrência do fato gerador fique condicionada a evento futuro e incerto.

§ 1º Constitui condição da suspensão da incidência o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, em prazo fixado pela legislação, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade.

§ 2º Configura-se o fato gerador:

II - decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, hipótese em que será exigido o imposto devido por ocasião da saída efetuada com suspensão, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

Das Hipóteses de Suspensão da Incidência do Imposto

Art. 341. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado, observadas as seguintes disposições regulamentares: (...) remessas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados por terceiros: arts. 615 a 623;
(...)

Art. 615. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento do mesmo contribuinte ou de terceiro, por conta do remetente (Conv. AE 15/74).

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

§ 4º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da saída originária, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

§ 5º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

RICMS/2012

DA SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO

Art. 278. Há suspensão da incidência do imposto sempre que a ocorrência do fato gerador fique condicionada a evento futuro e incerto.

Art. 279. Constitui condição da suspensão da incidência o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, em prazo fixado pela legislação, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade.

Parágrafo único. Caso o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem não ocorra no prazo fixado pela legislação, será exigido o imposto a partir da data da saída efetuada com suspensão, hipótese em que, o recolhimento estará sujeito aos acréscimos moratórios.

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço, desde que as mercadorias ou bens venham a ser objeto de incorporação ao ativo, posterior industrialização ou comercialização pelo autor da encomenda;

§ 1º Para a suspensão prevista no inciso I serão observadas as seguintes regras:

III - a remessa de mercadoria com suspensão do ICMS fica condicionada a que o retorno real ou simbólico ao estabelecimento de origem, ocorra em até 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

As regras positivadas nos Regulamentos do imposto estabelecem de forma precisa que não atendidas as condições ali prescritas impõe-se a exigência do imposto a partir da data saída efetuada com suspensão, ficando sujeito o recolhimento do tributo também à incidência dos acréscimos moratórios.

Observo que as regras de suspensão contidas no ordenamento não obrigam o contribuinte a cumprir meros deveres instrumentais, visto o ICMS está inserido no rol dos impostos que se submetem ao lançamento por homologação, situação em que o contribuinte ou sujeito passivo tem a obrigação de antecipar o pagamento ou de proceder à execução de todos os atos relacionados à escrituração dos fatos que estão relacionados ao campo de incidência do tributo. As denominadas obrigações acessórias ou instrumentais são em verdade meios para o cumprimento da obrigação principal (dever de pagar tributo). Deixando o contribuinte de cumpri-las, apresenta-se a impossibilidade do fisco em homologar os atos do sujeito passivo e certificar a ocorrência ou não de fato gerador que desflagra o nascimento da obrigação tributária principal.

Nessa perspectiva é que a não emissão das notas fiscais de retorno de matérias-primas e/ou produtos acabados ou a emissão dos documentos fiscais após o prazo definido na norma de regência do ICMS configura a ocorrência de fato gerador do tributo, visto que foram desatendidas as condições estabelecidas na legislação, desde a primeira operação, para que verificasse a não exigência do tributo.

Ademais, no caso concreto, não foi apresentado pelo contribuinte documentos que comprovassem as reais perdas nos processos fabris realizados pelos estabelecimentos destinatários das encomendas como também não foram apresentadas notas fiscais de retorno simbólico das matérias-primas remetidas para industrialização, em flagrante desatendimento ao quanto prescrito no art. 615, §§ 3º e 4º, do RICMS/97 e no art. 280, § 1º, inc. III, do RICMS 2012, acima transcritos.

Também não se mostrou plausível a alegação do contribuinte autuado de que tenham ocorrido perdas retidas nos estabelecimentos prestadores dos serviços de industrialização nos percentuais de 72,84%, 35,40% e de mais de 97%, conforme demonstrado no anexo I – fls. 11/12 e 510 deste PAF.

Frente ao acima exposto, julgo o item 01 do Auto de Infração totalmente procedente.

Na infração 02 a exigência fiscal tem origem nas remessas, por transferência, de matérias-primas e produtos semiacabados ou em processo, para outro estabelecimento empresarial do mesmo grupo econômico do autuado, situado no Estado da Bahia, com inscrição no CNPJ no 56.995.327/0002-86, não inserido no projeto automotivo da FORD, regulado pela Lei no 7.537/99 (PROAUTO).

Na peça defensiva o contribuinte se insurge contra a cobrança alegando a não ocorrência de fato gerador do ICMS, em conformidade com a Súmula 166 do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que estabelece, no seu verbete, que “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

A impugnante declarou não desconhecer as razões da autuação inclusive aquelas originárias de julgamentos deste CONSEF, no sentido de que a aludida Súmula não seria aplicável ao regime jurídico atual do ICMS, uma vez que editada antes do advento da Lei Complementar no 87, de 13/09/1996, diploma de normas gerais do imposto e que mesmo após a publicação da citada lei, o STJ vem, há quase 19 (dezenove) anos, decidindo reiteradamente no mesmo sentido. Afirmou, ainda, que o Tribunal proferiu, em 25/08/2010, Acórdão com essa orientação, sob a sistemática dos Recursos Repetitivos, de acordo com o art. 543-C do CPC (Código de Processo Civil), conferindo ao precedente especial eficácia persuasiva sobre casos análogos.

Verifico, no caso concreto, que o estabelecimento destinatário das mercadorias não figurava na condição de

filial ou matriz do remetente, ora autuado. Sequer apresentava identidade de razão social. O CNPJ inserido nas notas fiscais de remessa, listadas no Anexo 2 (doc. fl. 23), revela que o destinatário dos produtos é a empresa Indústria Mecânica Brasileira de Estampas IMBE Ltda., Insc. Estadual no 76385301, com endereço na Via Axial, no 1221, Polo Petroquímico, município de Camaçari – Bahia, CEP 42.810.000. O estabelecimento destinatário efetivamente faz parte do mesmo grupo empresarial do autuado, todavia, é pessoa jurídica distinta, com razão social e CNPJ próprios. Não há, portanto, qualquer identidade jurídica entre o caso em exame e aquele que ensejou a edição da Súmula 166 do STJ, conforme quis fazer entender os argumentos defensivos no seu pedido de exclusão da cobrança.

Por essas razões mantenho integralmente o item 02 do Auto de Infração.

Na infração 03 a cobrança se refere à falta de recolhimento de ICMS em razão de saídas de mercadorias para fins de exportação sem a devida comprovação das operações através das guias ou registros de exportação. O contribuinte sustentou, na fase de defesa, que a referida exigência está baseada em mera presunção e que a impossibilidade de vinculação dos documentos fiscais emitidos com os Registros ou Guias de Exportação não modificaria o “status” jurídico das operações, para transformá-las em saídas internas tributadas, com incidência do ICMS à alíquota de 17%.

O deslinde dessa questão deve ser precedido do exame das provas trazidas aos autos pelas partes. Observo de início que a autuante intimou o sujeito passivo, no curso da ação fiscal, para proceder às devidas comprovações das exportações, para que fizesse as vinculações documentais necessárias à comprovação das saídas das mercadorias do território nacional, conforme termo inserido à fl. 303 do processo. Porém, nada foi trazido ao processo, nem mesmo na fase de defesa, atrelando documentos emitidos pelo sujeito passivo e aqueles oriundos da aduana, cujos atos de certificação das exportações se encontram sobre a alcada e competência da Receita Federal do Brasil.

Diante dessa omissão do sujeito passivo em deixar de fazer as vinculações das notas fiscais emitidas com os comprovantes que atestassem a real ou efetiva saída das mercadorias do país, impõe a prevalência das regras positivadas na Lei no 7.014/96 (art. 3º, inc. II e art. 4º, § 5º), com as seguintes prescrições:

Lei 7014/96

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias e serviços, observado o seguinte: (...)

c) tornar-se-á devido o imposto quando não se efetivar a exportação, ressalvada a hipótese de retorno ao estabelecimento em razão de desfazimento do negócio.

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 5º A falta de comprovação da saída de mercadoria do território estadual pelo proprietário, transportador ou condutor do veículo, quando exigida, autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua comercialização no território baiano.

Frente ao acima exposto o item 03 do Auto de Infração fica também mantido em sua integralidade.

Na infração 04 a exigência do ICMS decorreu dos envios de mercadorias (produtos acabados, matérias-primas, material de embalagem e produtos inacabados ou em processo), para o estabelecimento da empresa Expresso Nepomuceno. As referidas remessas, segundo as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, listadas no Anexo 3 (doc. fl. 30), se deram sem incidência do ICMS, pois se destinavam a depósito no local de destino, cuja posse decorreu de contrato de locação firmado entre as partes envolvidas na operação. O autuado deu o tratamento a essas operações de “remessas para depósito fechado”. A exigência fiscal, por sua vez, teve por lastro probatório, as seguintes circunstâncias, apuradas no curso da ação fiscal: i) a Expresso Nepomuceno (cedente e locadora do local utilizado como depósito) não estava autorizada pelo fisco estadual a prestar serviço de armazenagem para terceiros; ii) o local de destino das mercadorias também não estava autorizado pela Fazenda Estadual, no cadastro de contribuintes do ICMS, a funcionar como depósito fechado; iii) não foram identificadas, na ação fiscal, notas de retorno das mercadorias. Observo que também não foram efetuadas, no caso concreto, quaisquer vinculações entre as notas fiscais de remessa para fins de depósito e posteriores saídas a qualquer título: retorno – real ou simbólico, transferências, vendas a terceiros etc.

O contribuinte sustentou ainda que as exigências de inscrição/autorização de estabelecimento destinatário das mercadorias e de vinculação dos documentos fiscais de envio e retorno constituiriam meros detalhes formais, cuja inobservância jamais poderia embasar qualquer exigência de imposto, constituindo no máximo descumprimento de obrigações acessórias ou instrumentais. Fez citação na peça de defesa de decisão prolatada por este CONSEF, reproduzida à fl. 333 do PAF, que afastou cobrança do ICMS remessa para estabelecimento não inscrito na condição de depósito fechado, frente à comprovação, no caso paradigmático, de que as mercadorias guardadas e depositadas retornaram ao estabelecimento depositante.

Pontuou também a defesa que a manutenção da exigência fiscal em lide acarretaria grave distorção na cadeia de circulação de mercadorias processadas pela empresa autuado visto que não houve o reconhecimento dos créditos decorrentes da incidência do ICMS reclamado na autuação.

Observo mais uma vez, reiterando o quanto já foi alinhavado no exame das infrações 01 e 03, que as regras de suspensão da exigibilidade do imposto, contidas no ordenamento, não obrigam o contribuinte a cumprir meros deveres instrumentais, visto o ICMS, está inserido no rol dos impostos que se submetem ao lançamento por homologação, situação em que o sujeito passivo tem a obrigação de antecipar o pagamento ou de proceder à execução de todos os atos relacionados à escrituração dos fatos que estão inseridos ao campo de incidência do tributo.

Mais uma vez reafirmamos nesta oportunidade que as denominadas obrigações acessórias ou instrumentais são em verdade meios para o cumprimento da obrigação principal (dever de pagar tributo) ou para certificar ou documentar situações em que o contribuinte não se encontra obrigado a fazer qualquer recolhimento em favor do Erário, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de imunidade, isenção ou não incidência qualificada na lei. Todavia, deixando o contribuinte de cumprir essas obrigações, o fisco se depara com a total impossibilidade de homologar os atos do sujeito passivo e certificar a ocorrência ou não de fato gerador que deflagra o nascimento da obrigação tributária principal.

No caso objeto da infração 04 o contribuinte foi devidamente notificado pela autuante, conforme atestam as intimações anexadas às fls. 277 a 296, para fazer as vinculações e apresentar concomitantemente as comprovações das efetivas saídas das mercadorias, além da justificativa para que as mesmas tenham saído sem destaque do ICMS. Em resposta o contribuinte apresentou a comprovação da efetiva saída das mercadorias para o local onde funcionava a empresa Expresso Nepomuceno e, declarou ainda que as mercadorias, na realidade, eram destinadas ao depósito da Sodecia, alugado da referida companhia e que, posteriormente, quando concluída a venda, as mesmas seriam remetidas à FORD, em Camaçari-Ba.

Foi expedida então a intimação no 3A (cópia juntada às fls. 287 deste processo), solicitando ao contribuinte a comprovação, através de documentos fiscais, de que as mercadorias remetidas para a Expresso Nepomuceno foram posteriormente vendidas e entregues a Ford Bahia, bem como a apresentação da inscrição estadual ou autorização da SEFAZ-BA para que o galpão, situado no endereço da empresa Expresso Nepomuceno, fosse utilizado como depósito fechado da SODECIA.

O contribuinte, em resposta a intimação no 3A (fls. 46/47 deste processo) declarou que não havia autorização ou inscrição cadastral para que o galpão alugado funcionasse como depósito fechado da Sodecia, mas que assim funciona, em razão da falta de local para armazenamento de mercadorias, dentro do parque industrial da Ford. Declarou também que "... tendo em vista a grande quantidade de mercadorias vendidas à FORD, não foi possível estabelecer o vínculo entre as notas fiscais de vendas emitidas com as notas fiscais de saídas das mercadorias ao depósito".

A autuante, diante do que lhe foi informado pela empresa autuado, disse que o contribuinte, apesar de declarar e alegar que o local funcionava como depósito fechado não seguiu os procedimentos previstos nas normas de regência do imposto, entre elas:

Lei 7014/96

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

I - inscrever-se na repartição fazendária antes de iniciar suas atividades, na forma regulamentar; RICMS/2012

Art. 1º. O Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) tem por finalidade a identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios, responsáveis legais, condôminos e contabilistas, habilitando o contribuinte ao exercício de direitos decorrentes do cadastramento.

Art. 2º. Inscrever-se no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciarem suas atividades:

§ 1º O contribuinte terá que inscrever cada estabelecimento, ainda que filial, sucursal, agência, depósito, fábrica ou qualquer outro.

§ 2º O estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS será considerado clandestino, ressalvados os casos em que seja dispensada a inscrição cadastral.

DOS DEPÓSITOS FECHADOS

Art. 460. Nas saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte com destino a depósito fechado pertencente ao mesmo titular, ambos localizados neste estado, bem como em seus retornos, será emitida nota fiscal contendo os requisitos exigidos e, especialmente (Convênio S/N, de 15/12/1970):

I - valor das mercadorias;

II - natureza da operação;

III - dispositivo legal que prevê a não-incidência do ICMS.

Art. 461. Na saída de mercadoria armazenada em depósito fechado, com destino a estabelecimento diverso do depositante, ainda que da mesma empresa, o estabelecimento depositante emitirá nota fiscal com a indicação de que a mercadoria será retirada do depósito fechado, mencionando-se o endereço e a inscrição no estado e no CNPJ deste.

§ 1º Na hipótese deste artigo, será emitida nota fiscal de retorno simbólico da mercadoria do depósito fechado para o estabelecimento depositante, sem destaque do ICMS, indicando o número da nota fiscal referida no caput.

Art. 463. Para escriturar a circulação e o estoque das mercadorias no depósito fechado serão mantidos, apenas, os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;

Nessa perspectiva e frente aos fatos documentados no processo é de se concluir que a falta de emissão das notas fiscais de retorno, real ou simbólico, conjugada com a ausência de demonstração probatória do destino dado às mercadorias pelo autuado nas etapas posteriores de circulação, configura a ocorrência de fato gerador do tributo, visto que foram desatentidas as condições estabelecidas na legislação de regência do tributo, desde a primeira operação, para que verificasse a não exigência do imposto, por força da aplicação do instituto da suspensão do ICMS.

Verifico ainda que a decisão paradigmática apresentada na peça defensiva, com trechos reproduzidos à fl. 333 do PAF, não tem nenhuma identidade com os fatos que ensejaram o lançamento fiscal em análise, visto que no caso tido com assemelhado foi apresentada a comprovação de retorno das mercadorias para o estabelecimento remetente. Já no caso em exame essa comprovação não foi trazida aos autos mesmo depois do contribuinte ter sido regularmente intimado para fazê-lo.

Quanto aos créditos fiscais reclamados pela defesa em razão da manutenção da cobrança do imposto exigido no item 04 do A.I., trata-se de direito que só se viabilizaria se demonstrado pelo contribuinte que as operações subsequentes com as mercadorias se realizaram com incidência do imposto. No entanto, no presente caso, o exame dessa questão ficou totalmente comprometido quanto à certeza e liquidez da pretensão da defesa, visto que o sujeito passivo não procedeu às vinculações das remessas indevidamente amparadas com a suspensão do imposto com as posteriores saídas. Não houve a demonstração probatória do destino dado às mercadorias retiradas do galpão utilizado de forma ilegal, pela SODECIA, a título de “depósito fechado”. A alegação da defesa, consignada à fl. 334 dos autos, de que as operações de saídas subsequentes de vendas (envio de peças às montadoras adquirentes) foram realizadas com tributação do ICMS não foi provada em todas as fases de tramitação deste no PAF. Assim, o direito ao crédito invocado na impugnação não se revelou plenamente evidenciado.

Aplica-se ao caso as disposições do art. 142 RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Dec. Estadual no 7.629/99, que determina que “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha (ou deveria dispor) importa em veracidade da afirmação da parte contrária”.

Ademais a matéria relativa ao creditamento de ICMS posterior à quitação de valores lançados através de Auto de Infração não é passível de verificação nessa etapa de julgamento da impugnação do contribuinte, de competência do CONSEF. Poderá, todavia, ser objeto de pedido em processo autônomo, junto à repartição fiscal do domicílio fiscal do sujeito passivo com a juntada das provas que estiverem em poder do interessado e desde que formulado antes da extinção do direito pela decadência.

Mantenho também a infração 04.

As infrações 05 e 06 tratam da remessa em comodato de bens importados no regime de PROAUTO, com o benefício do diferimento do ICMS.

A descrição dessas infrações imputadas à impugnante foi redigida nos seguintes termos: “Deixou de recolher o ICMS de importação de bens (ferramentais e dispositivos) adquiridos com diferimento do imposto, para serem utilizados como ativo fixo da FORD Motor Company do Brasil Ltda. estabelecida na Bahia, cujos bens foram, após importação, objeto de saídas interestaduais a título de comodato, para utilização em parque industrial de contribuintes não participantes do programa PROAUTO, estabelecidos em outras unidades da federação”.

O contribuinte, na peça de defesa, declarou que a referida cobrança está amparada nas seguintes premissas:

I - Os bens objeto de comodato, que têm saída com não-incidência de ICMS, não retornaram ao estabelecimento baiano, o que supostamente caracterizaria desvio do programa de incentivo do PROAUTO, cuja finalidade, conforme dispõe os artigos 1º e 2º da Lei 7.537/99, é promover o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado, a geração de emprego e formação de obra qualificada e a consolidação do parque

automotivo baiano;

II - O PROAUTO alcança a FORD estabelecida na Bahia e estende-se apenas aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE;

III - O benefício do diferimento do ICMS na importação concedido à SODECIA foi supostamente transferido para empresas fora do projeto do PROAUTO, o que conduziu à cobrança superveniente do imposto.

A impugnante esclareceu ainda que os fundamentos das Infrações 05 e 06 e o contexto fático são essencialmente iguais, distinguindo-se apenas pela primeira imputação tratar de remessas em comodato interestaduais (destinadas à SODECIA MINAS GERAIS e a IMBE-SÃO PAULO), e a segunda infração, de remessas em comodato realizadas internamente/dentro do Estado da Bahia (destinadas à IMBE-CAMAÇARI, empresa não beneficiária do PROAUTO).

Verifico de início, conforme já mencionado linhas acima, que o citado benefício do PROAUTO está amparado pela Lei no 7.537/99 que concede, entre outras vantagens, diferimento do ICMS para a atividade de fabricante de veículos automotores instalado na Bahia, estendendo-se este tratamento aos fornecedores das empresas fabricantes, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar e que esteja listada no projeto do empreendimento aprovado pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE (§ 1º da Lei 7.537/99).

Conforme ficou comprovado nos autos, a partir dos documentos e intervenções da autuante no PAF, as operações envolvidas nessas duas infrações se processam cronologicamente da seguinte forma:

- 1- A Sodecia - Bahia importa os bens (equipamentos e ferramentais) com ICMS diferido com a finalidade de revenda (mercadorias adquiridas para comercialização), visando a posterior integração dos mesmos no ativo fixo da Ford estabelecida na Bahia;
- 2- Todavia, na operação subsequente à importação, os bens foram enviados em comodato, pela Sodecia da Bahia, com ICMS diferido, para as empresas Sodecia - Minas Gerais, IMBE - São Paulo e IMBE - em Camaçari (todas elas, empresas vinculadas ao mesmo grupo econômico da Sodecia - Bahia). A Sodecia - Bahia emitiu notas fiscais de remessa dos bens para aquelas empresas e, à mesma data, formalizou também contratos de cessão em comodato dos bens que importou com diferimento do ICMS, para acobertar a notas fiscais de remessa. Diferentemente do que foi alegado na peça de defesa pelo autuado, a remessa em comodato para terceiros ocorreu antes mesmo da venda dos bens importados (ferramentais e equipamentos) para a Ford da Bahia. Por sua vez, esses bens cedidos em comodato foram usados na produção de mercadorias nos parques industriais das comodatárias, ou seja, em estabelecimentos de empresas não inseridas no PROAUTO;
- 3- Restou provado também nos autos que os bens importados (ferramentais e equipamentos) foram posteriormente vendidos (entre sete meses a um ano, após a cessão em comodato para terceiros) para a Ford da Bahia, com ICMS diferido, com a finalidade da Ford promover a integração dos mesmos em seu ativo fixo. Nesta etapa os bens não mais se encontravam na posse da Sodecia da Bahia, visto que foram remetidos em comodato para empresas não incluídas no projeto PROAUTO. Não houve também o retorno, real ou simbólico, dos bens cedidos em comodato para a Sodecia da Bahia, permanecendo os mesmos na posse de terceiros durante todo o tempo;
- 4- Posteriormente, a FORD de São Paulo emitiu uma nota fiscal de remessa dos bens em comodato para a Sodecia Bahia e, acobertando essa nota de remessa, foi celebrado um contrato de cessão em comodato para a Sodecia- Bahia;
- 5- Os bens enviados em comodato pela Sodecia para os terceiros comodatários não retornaram ao estabelecimento da Sodecia Bahia. (com exceção de duas notas fiscais que retornaram, em prazo superior a seis meses). O autuado declarou que os referidos bens são utilizados no parque industrial dos terceiros comodatários para produção de produtos que são por ela (Sodecia da Bahia) adquiridos e vendidos posteriormente à Ford da Bahia. Já as comodatárias dos bens (empresas vinculadas à Sodecia da Bahia) não procedem venda de sua produção exclusivamente à Sodecia da Bahia.

A partir dos fatos acima narrados e documentados no decorrer da ação fiscal, verifico, de plano, que os bens importados pela Sodecia da Bahia, com diferimento do ICMS previsto na Lei no 7.537/99, não foram destinados, logo após o desembarque aduaneiro, para a Ford da Bahia. Os referidos bens foram imediatamente remetidos em comodato para outras empresas, integrantes do mesmo grupo econômico da Sodecia da Bahia e, utilizados por estas empresas nos seus respectivos parques industriais. Somente meses após essas remessas em comodato para terceiros (entre 7 meses e um ano) é que ocorreu a venda dos bens para a Ford da Bahia, porém, os bens importados pela Sodecia Bahia continuaram sob a posse e uso de terceiros, acobertados pelo contratos de comodato celebrados anteriormente entre a Sodecia da Bahia e aquelas empresas (SODECIA MINAS GERAIS, IMBE-SÃO PAULO e IMBE-CAMAÇARI).

Observo ainda que não existe documentos que comprovem as operações de comodato entre a Ford Bahia e a

Sodecia Bahia, pois as notas fiscais de remessa para comodato dos bens que passaram a ser “propriedade” da Ford Bahia, apresentadas pelo autuado, foram emitidas pela Ford de São Paulo, assim como os contratos que acobertaram essas notas, conforme se encontra demonstrado à fl. 518, a partir dos documentos emitidos pelo próprio autuado. Em outras palavras: não existe documentos que comprovem as operações de comodato realizadas diretamente entre a Ford Bahia e a Sodecia Bahia, não se fechando, dessa forma, o ciclo de circulação dos bens amparados pelo diferimento do imposto previsto no art. 12 da Lei no 7.537/99.

Por sua vez, o contribuinte foi intimado pela auditoria fiscal autuante para que comprovasse, através de documentos idôneos a expressa autorização da Ford Bahia para que os bens importados fossem cedidos em comodato (ou subcomodato) para terceiros. Todavia, foi declarado pelo autuado, não existirem tais autorizações, conforme atesta a declaração do autuado anexada à fl. 84 deste processo.

Diante do que ficou documentalmente demonstrado neste PAF o que de fato ocorreu foi que os bens importados ao amparo da Lei no 7.537/99, com o diferimento do ICMS Importação, foram de imediato transferidos a terceiros (empresas integrantes do grupo econômico do autuado), a título de comodato. Os contratos de comodato celebrados entre a Sodecia e terceiros (empresas do mesmo grupo econômico), fazem referência às notas de remessa para empréstimo para serem utilizados na produção de bens pelos comodatários, sendo que estes contribuintes não se encontravam, à época das operações, incluídos no projeto do PROAUTO. Somente depois, entre sete meses e um ano da transferência da posse dos bens para terceiros é que, houve a emissão de notas fiscais de venda dos bens para a Ford da Bahia, conforme atestam as cópias dos documentos juntados às fls. 96, 107 a 108, 138 a 142 e 230 deste PAF. Porém esses bens permaneceram na posse das empresas comodatárias. Importante consignar que duas dessas empresas sequer eram estabelecidas no território deste Estado (SODECIA MINAS GERAIS e IMBE- SÃO PAULO) e que nenhuma delas fazia parte do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia – PROAUTO.

Em resumo: os bens importados com diferimento e posteriormente cedidos em comodato para terceiros eram na realidade, à época dos fatos geradores, de propriedade da Sodecia Bahia, conforme constou na cláusula primeira dos contratos de comodato formalizados entre a Sodecia da Bahia e terceiros a ela vinculados – as empresas: Sodecia Minas Gerais Indústria de Componentes Automotivos Ltda, estabelecida em Sete Lagoas – MG; Indústria Mecânica Brasileira de Estampas – IMBE Ltda, estabelecida em Camaçari – Ba, e, a Indústria Mecânica Brasileira de Estampas – IMBE Ltda, estabelecida em São Paulo, tudo conforme cópias das avenças juntadas às folhas 102 a 104, 115 a 117, 130 a 133, 143 a 145, 239 a 241, 260 a 262, 266 a 268.

Assim, frente aos fatos documentados acima é de se concluir que as operações com os bens importados não poderiam ser realizadas ao amparo do diferimento previsto na Lei no 7.537/99 e disciplinado, no âmbito do Poder Executivo, pelo Dec. Estadual no 7.798/00. O referido benefício fiscal foi utilizado de forma indevida pelo contribuinte autuado, pois estava circunscrito às operações promovidas por empresas industriais automotivas e suas fornecedoras, listadas no projeto do PROAUTO (Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia), e aprovadas por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei no 6.445/1992, alterada pela Lei no 7.503/1999).

As empresas Sodecia Minas Gerais Indústria de Componentes Automotivos Ltda, estabelecida em Sete Lagoas – MG; Indústria Mecânica Brasileira de Estampas – IMBE Ltda, estabelecida em Camaçari – Ba, e, a Indústria Mecânica Brasileira de Estampas – IMBE Ltda, estabelecida em São Paulo, destinatárias dos bens remetidos em comodato não integravam o rol de contribuintes inseridos no PROAUTO, estando configurada, desde a operação de origem, a indevida utilização pelo contribuinte do benefício do diferimento instituído pela Lei Estadual no 7.537/99.

Restou, portanto, demonstrado na ação fiscal que bens objeto das operações lançadas no A.I. não foram utilizados na produção compartilhada de veículos, entre a FORD e o autuado (SODECIA BAHIA), visto que, após a importação, os equipamentos e ferramentais foram remetidos diretamente, via contrato de comodato, para empresas não integrantes do programa do PROAUTO, sendo duas delas localizadas em outras unidades da Federação, configurando-se, assim, o desvio da finalidade do incentivo fiscal.

Em razões subsidiárias o contribuinte argumentou que na hipótese de manutenção da autuação remanesceria o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais do ICMS incidente nas operações de importação, e que, no confronto entre débitos e créditos, não haveria diferenças a cobrar nos itens 05 e 06 deste Auto de Infração.

O direito ao crédito nas importações tem relação direta com o pagamento do imposto incidente nessa específica operação. Todavia essa matéria, relativa ao creditamento de ICMS após o pagamento do Auto de Infração é fato superveniente e não passível de verificação nessa etapa de julgamento da impugnação do contribuinte, de competência do CONSEF. Poderá, todavia, ser objeto de pedido em processo autônomo, junto à repartição fiscal do domicílio fiscal do sujeito passivo, com as provas de que dispuser e desde que formulado antes da extinção do direito pela decadência.

No tocante à penalidade de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido, afasto também argumentos defensivos relacionados com o cancelamento ou redução da referida multa com espeque no princípio do não

confisco, positivado no art. 150, inc. IV, da CF/88. Isto porque não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Decreto no 7.629/99.

Frente ao acima exposto mantenho as exigências fiscais que integram os itens 05 e 06 do Auto de Infração.

Voto, portanto, pela total PROCEDÊNCIA “in totum” do Auto de Infração.”

Respaldado no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 569 a 604, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando as ocorrências.

No mérito da infração 1, ressalta que o Fisco, “para cada item (bobinas)”, efetuou o cotejo entre os valores de remessa e as quantias alcançadas por notas de retorno, lançando o imposto sobre as diferenças encontradas.

Entretanto, segundo alega, é comum ocorrerem sobras no processo de industrialização por encomenda, motivo pelo qual foram apuradas na auditoria quantidades e valores sem volta (retorno). Tais sobras são normalmente consideradas como sucatas pela prestadora do serviço e não é possível a vinculação exata (em critérios quantitativos) das remessas a seus respectivos retornos.

A simples ausência da nota (de retorno), a seu ver, não é fundamento suficiente para a exigência do ICMS. Além disso, embora o Acórdão da JJF afirme que se trata de suspensão, certo é que a jurisprudência pátria, inclusive do STJ (fls. 572/573), assentou o entendimento de que se tem verdadeira não incidência com posterior incidência do ISSQN, em virtude da prestação de serviço.

Quanto à infração 2, fundamentado em jurisprudência (fl. 574) e na Súmula nº 166 do STJ, argumenta que a circulação foi meramente física e sem transferência de titularidade (circulação jurídica). Por isso, não teria qualquer relevância o fato de o destinatário, pertencente ao mesmo grupo econômico de que faz parte, não estar inserido no projeto automotivo da FORD, tampouco a alegada ausência de retorno dos bens.

Citando jurisprudência e a Súmula nº 166 do STJ, alega que a Junta alterou o critério jurídico da autuação, providência vedada pelos artigos 145/146 e 149 do CTN, que somente a admitem em casos específicos. O lançamento de ofício foi lavrado com a acusação de remessa para estabelecimento de mesma titularidade, o que teria sido alterado na Decisão recorrida, conforme trecho transcrita às fls. 574/575. Por isso, pleiteia a declaração de nulidade.

Aduz que a terceira imputação decorre de simples presunção, pois a alíquota utilizada foi a interna, na suposição de que os negócios jurídicos ocorreram no Estado da Bahia, o que não seria permitido pelo art. 142 do CTN.

Posssegue afirmando que a impossibilidade de vinculação de notas fiscais a registros ou guias de exportação poderia apenas ensejar uma investigação mais profunda. Requer seja julgado nulo este item do lançamento, com base nos artigos 18, IV, “a” e 39, III do RPAF-BA/1999.

No tocante à infração 4, informa que o imóvel pertencente à EXPRESSO NEPOMUCENO teve a posse cedida à SODECIA-BA para uso como depósito fechado. Explica, à fl. 579, que, conforme documento anexado à defesa, EXPRESSO NEPOMUCENO firmou contrato de locação com SODECIA-BA, cedendo o estabelecimento de sua propriedade para que fosse utilizado com a referida finalidade (depósito fechado).

Os itens ali armazenados podem ter duas destinações: (i) de acordo com a demanda de produção (produtos semiacabados, matérias-primas e materiais de embalagem), retornam à fábrica; (ii) de acordo com requisições do cliente (produtos finais), são enviados diretamente à FORD (adquirente).

Assim, destacando que não utilizou crédito e alegando que a obrigação eventualmente descumprida é meramente instrumental, aduz que não ocorreram operações sujeitas à incidência

do ICMS, uma vez que o depósito locado constitui mera extensão da sua fábrica.

Haveria, ainda, no seu entendimento, outra circunstância impeditiva da exigência, já que no regime do PROAUTO as sucessivas saídas de insumos, produtos intermediários e componentes são desoneradas "*durante a cadeia de circulação mantida dentro dos beneficiários do regime*", e a SODECIA-BA, efetiva destinatária, é beneficiária. O ICMS é deferido para o momento em que a montadora vende os veículos.

Transcreve, à fl. 583, a Decisão desta CJF concernente ao Auto de Infração nº 148714.0070/06-7. A JJF não a aceitou como precedente porque no referido lançamento de ofício foram apresentados os documentos fiscais de retorno, mas neste não.

Está dito que a exigência traduz grave prejuízo para o sujeito passivo, pois significa cobrança de imposto sem reconhecimento de crédito, ao passo que as operações subsequentes (envios de peças para a montadora) são normalmente tributadas.

Relativamente às infrações 5 e 6, que tratam do ICMS devido nas importações, seguidas, respectivamente, de remessas interestaduais e internas em comodato, tece comentários sobre o PROAUTO (Lei nº 7.537/1999) e especifica as etapas dos seguintes procedimentos que adota:

- 1- Importa ferramentais e dispositivos, com o objetivo de vendê-los futuramente à FORD.
- 2- Após a importação, antecipa a cessão dos ferramentais, em comodato, à SODECIA-MG, à IMBE-SP (operações interestaduais) ou à IMBE-CAMAÇARI (operações internas).
- 3- Os bens importados pela SODECIA-BA, que já estão de posse de outras empresas do grupo, são vendidos à FORD após alguns meses, passando a integrar o seu ativo imobilizado.
- 4- A FORD, já como proprietária, firma contrato de comodato com a SODECIA-BA, aperfeiçoando e convalidando a relação de cessão da posse e uso dos ferramentais entre esta e as empresas do seu grupo e convertendo o contrato anterior em subcomodato.

Ou seja, no final das operações, embora a propriedade dos ferramentais seja da FORD, a posse é cedida provisoriamente à SODECIA-BA, com o exclusivo propósito de uso na produção de peças requisitadas pela montadora. Por razões de falta de espaço físico, a SODECIA-BA mantém subcomodato com as outras empresas do seu grupo (SODECIA-MG, IMBE-SP ou IMBE-CAMAÇARI). Esse subcomodato se presta exclusivamente a atender os pedidos de compra da SODECIA-BA, os quais têm como objeto, ao final, o fornecimento de peças à própria FORD.

Ressalta características típicas dos contratos de comodato, a exemplo de não ser obrigatória a condição pré-existente de retorno, provisoriação, não onerosidade etc., bem como não ter relevância - para efeitos tributários -, o fato de as comodatárias não estarem sob o regime do PROAUTO, pois a FORD e a SODECIA-BA estão. Na sua concepção, o benefício foi utilizado de maneira absolutamente regular, em um primeiro momento na importação dos bens e em seguida na venda à FORD.

Não concorda com o que decidiu a JJF, no sentido de que o ciclo de circulação dos bens não estaria fechado, em função de as notas fiscais e os contratos de comodato formalizados com a SODECIA-BA possuírem como comodante a FORD-SP, e não a FORD-BA, pois se trata de uma sociedade empresária com matriz naquele Estado e filial neste (uma única pessoa jurídica). Além disso, os contratos indicam matriz e filial no cabeçalho (figura / cópia de fl. 597).

Em caráter eventual, na hipótese de não serem acolhidos os argumentos acima, ressalta a não utilização de qualquer valor a título de crédito e que, caso se admita o lançamento do débito pela importação, teria o direito de se apropriar daquele (crédito).

Destaca o caráter alegadamente confiscatório da multa e conclui pleiteando provimento.

VOTO

Na infração 2, o sujeito passivo foi acusado da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta

expressamente do corpo da peça inicial que o contribuinte "deu saída a mercadoria tributada como não tributada (matéria-prima e produto em processo) destinada a estabelecimento do mesmo grupo empresarial (CNPJ 56.995.327/0002-86), situado no Estado da Bahia, não inserida [o] no projeto automotivo da FORD, conforme dispõe o art. 12, parágrafos 1º e 5º da Lei nº 7.537/99".

Não houve alteração de critério jurídico na Decisão de primeira instância. O julgador reconheceu que o destinatário (Indústria Mecânica Brasileira de Estampos - IMBE Ltda., Inscrição Estadual nº 76385301, com endereço na Via Axial, nº 1.221, Polo Petroquímico, Município de Camaçari – Bahia, CEP 42.810.000) faz parte do grupo econômico do sujeito passivo, mas observou que tem personalidade jurídica própria:

"Verifico, no caso concreto, que o estabelecimento destinatário das mercadorias não figurava na condição de filial ou matriz do remetente, ora autuado. Sequer apresentava identidade de razão social. O CNPJ inserido nas notas fiscais de remessa, listadas no Anexo 2 (doc. fl. 23), revela que o destinatário dos produtos é a empresa Indústria Mecânica Brasileira de Estampos IMBE Ltda., Insc. Estadual no 76385301, com endereço na Via Axial, no 1221, Polo Petroquímico, município de Camaçari – Bahia, CEP 42.810.000. O estabelecimento destinatário efetivamente faz parte do mesmo grupo empresarial do autuado, todavia, é pessoa jurídica distinta, com razão social e CNPJ próprios. Não há, portanto, qualquer identidade jurídica entre o caso em exame e aquele que ensejou a edição da Súmula 166 do STJ, conforme quis fazer entender os argumentos defensivos no seu pedido de exclusão da cobrança".

Também ressaltou que o recorrente não comprovou o retorno das mercadorias ou a destinação que deu aos produtos remetidos para o depósito.

Não procede o argumento de que a infração 3 resulta de simples presunção, devido ao fato de ter sido apurada sob a alíquota de 17%. Uma vez não comprovada a efetiva saída das mercadorias do território nacional, caracterizam-se as omissões no registro das operações efetivamente verificadas e no recolhimento do imposto, que, em função disso, somente pode ser calculado com o citado percentual (17%), a não ser que o contribuinte comprove que se trata de negócios interestaduais, o que não ocorreu (art. 4º, § 5º da Lei nº 7.014/1996).

Por conseguinte, incidem os comandos dos artigos 3º, II, "c" e 4º, § 5º da Lei nº 7.014/1996.

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias e serviços, observado o seguinte:

(...)

c) tornar-se-á devido o imposto quando não se efetivar a exportação, ressalvada a hipótese de retorno ao estabelecimento em razão de desfazimento do negócio.

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 5º A falta de comprovação da saída de mercadoria do território estadual pelo proprietário, transportador ou condutor do veículo, quando exigida, autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua comercialização no território baiano.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, cumpre esclarecer, inicialmente, que o Programa de Incentivo Fiscal instituído pela Lei nº 7.537/99 e regulado no Decreto nº 7.798/00 (PROAUTO) tem como escopo o estímulo à implantação e ao desenvolvimento de empreendimentos industriais do setor automotivo no território do Estado da Bahia, de relevante interesse para a sua economia.

As montadoras, a exemplo da FORD MOTOR COMPANY DO BRASIL sediada em Camaçari-BA, são as beneficiárias principais, com extensão aos seus fornecedores, como a SODECIA-BA (recorrente), também sediada em Camaçari-BA, no denominado Complexo FORD. Os dados dos beneficiários deverão constar da lista do Projeto aprovada pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Nos termos do art. 12 da referida Lei, é deferido o ICMS-importação atinente aos bens destinados

ao ativo fixo das empresas beneficiárias (montadoras de veículos automotores). O diferimento também se aplica às operações entre fornecedores das beneficiárias principais do PROAUTO, desde que as mercadorias tenham por destino final o fabricante de veículos. Nessa hipótese, como bem assinalado no Acórdão recorrido: "i) a exigência do imposto fica diferida para o momento da desincorporação do bem; ii) há dispensa do pagamento (conversão do diferimento em isenção) quando a desincorporação ocorre após 1 (um) ano de uso".

A infração 1 cuida de remessas de mercadorias para industrialização, por conta e ordem do recorrente, sem o retorno dos produtos resultantes do processo fabril.

Os argumentos constantes da peça de irresignação são correspondentes aos da defesa, motivo pelo qual, em linhas gerais, limitar-me-ei a pontuar e a reproduzir a correta fundamentação, apresentada com elogável proficiência pela JJF.

Os Regulamentos do ICMS de 1997 e 2012 trataram dos fatos em tela, respectivamente, nos artigos 340, 341, 615 a 623 (RICMS/1997) e 278 a 280 (RICMS/2012).

Uma vez não atendidas às condições prescritas nos mencionados dispositivos regulamentares, impõe-se a exigência do imposto e dos acréscimos de mora, motivo pelo qual é forçoso concluir, ao contrário do que alegou o contribuinte, que não se trata de meras obrigações instrumentais, já que estas existem apenas para efetivar a principal.

De fato, "*a não emissão das notas fiscais de retorno de matérias-primas e/ou produtos acabados ou a emissão dos documentos fiscais após o prazo definido na norma de regência do ICMS configura a ocorrência de fato gerador do tributo, visto que foram desatentidas as condições estabelecidas na legislação (...)*".

Não foram apresentados, pelo apelante, documentos que comprovassem as suscitadas perdas nos processos fabris dos destinatários das encomendas, e não foram juntadas aos autos notas fiscais de retorno simbólico das matérias-primas remetidas para industrialização, em desatendimento às disposições do art. 615, §§ 3º e 4º do RICMS/97 e art. 280, § 1º, III, do RICMS/12.

Art. 615. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento do mesmo contribuinte ou de terceiro, por conta do remetente (Conv. AE 15/74).

(...)

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

§ 4º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da saída originária, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

§ 5º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

(...)

III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

A infração 02 contém exigência referente às remessas, por transferência, de matérias-primas e produtos semiacabados ou em processo, para outra empresa do mesmo grupo econômico, situada no Estado da Bahia, com inscrição no CNPJ sob o nº 56.995.327/0002-86, não inserida no projeto automotivo da FORD, regulado pela Lei nº 7.537/99 (PROAUTO).

O destinatário não é e nem era filial ou matriz do remetente, oro recorrente. O CNPJ das notas fiscais de remessa demonstra que foi a Indústria Mecânica Brasileira de Estampas - IMBE Ltda., Inscrição Estadual nº 76385301, com endereço na Via Axial, nº 1.221, Polo Petroquímico, Município de Camaçari-BA, CEP 42.810.000. Embora faça parte do grupo empresarial do

recorrente, é pessoa jurídica distinta, com personalidade de direito privado, razão social e CNPJ próprios.

Não há, portanto, correspondência entre o caso em análise e aqueles de que trata a Súmula nº 166 do STJ.

Na infração 03, a cobrança se refere à falta de recolhimento do ICMS, em razão de saídas de mercadorias para fins de exportação sem a devida comprovação das operações com guias ou registros de exportação.

Conforme o exposto na Decisão combatida, "*a autuante intimou o sujeito passivo, no curso da ação fiscal, para proceder às devidas comprovações das exportações, para que fizesse as vinculações documentais necessárias à comprovação das saídas das mercadorias do território nacional, conforme termo inserido à fl. 303 do processo. Porém, nada foi trazido ao processo, nem mesmo na fase de defesa, atrelando documentos emitidos pelo sujeito passivo e aqueles oriundos da aduana, cujos atos de certificação das exportações se encontram sobre a alçada e competência da Receita Federal do Brasil. Diante dessa omissão do sujeito passivo em deixar de fazer as vinculações das notas fiscais emitidas com os comprovantes que atestassem a real ou efetiva saída das mercadorias do país, impõe-se a prevalência das regras positivadas na Lei no 7.014/96 (art. 3º, inc. II e art. 4º, § 5º), (...)"*".

Na infração 04, a exigência do ICMS resulta dos envios de bens (produtos acabados, matérias-primas, material de embalagem e produtos inacabados ou em processo) para o depósito de propriedade de Expresso Nepomuceno.

As remessas, segundo as notas fiscais emitidas pelo fiscalizado, ocorreram sem incidência do gravame estadual, pois tinham como fim o depósito no local de destino, cuja posse decorreu de contrato de locação firmado entre as partes envolvidas na operação. O recorrente deu o tratamento a essas operações de "*remessas para depósito fechado*".

A exigência fiscal, entretanto, é correta, porquanto fundamentada nos seguintes fatos, apurados no curso da auditoria, que depõem contra as argumentações expostas no Recurso, todas citadas no julgamento de base: "*i) a Expresso Nepomuceno (cedente e locadora do local utilizado como depósito) não estava autorizada pelo Fisco estadual a prestar serviço de armazenagem para terceiros; ii) o local de destino das mercadorias também não estava autorizado pela Fazenda Estadual, no Cadastro de Contribuintes do ICMS, a funcionar como depósito fechado; iii) não foram identificadas, na ação fiscal, notas de retorno das mercadorias. (...) não foram efetuadas, no caso concreto, quaisquer vinculações entre as notas fiscais de remessa para fins de depósito e posteriores saídas a qualquer título: retorno – real ou simbólico, transferências, vendas a terceiros etc.*".

Reiterando o que já foi dito no julgamento das infrações 1 e 3, tenho como acertado o entendimento de que as regras de suspensão da exigibilidade contidas no ordenamento não obrigam o contribuinte a cumprir meros deveres instrumentais (artigos 340, 341, 615 a 623 (RICMS/1997) e 278 a 280 (RICMS/2012)). Ao contrário, contém verdadeiras normas impositivas de condições ("*A suspensão prevista neste artigo é condicionada (...)*"), sem o preenchimento das quais o instituto (da suspensão) não pode ser tido como configurado.

O fiscalizado foi devidamente notificado pela autuante, por intermédio de intimações, para fazer as vinculações e apresentar as comprovações das saídas das mercadorias, além da justificativa para que essas tenham ocorrido sem destaque do ICMS. Em resposta, o contribuinte apresentou a comprovação das saídas para o local onde funcionava a Expresso Nepomuceno e declarou que as mercadorias, na realidade, eram destinadas ao depósito da SODECIA-BA, alugado da referida sociedade empresária e que, posteriormente, quando concluída a venda, seriam remetidas à FORD-BA, em Camaçari.

Foi expedida outra intimação, solicitando a comprovação, por meio de documentos fiscais, de que as mercadorias remetidas para a Expresso Nepomuceno foram posteriormente vendidas e

entregues à Ford-Bahia, bem como a apresentação da Inscrição Estadual ou autorização da SEFAZ-BA para que o galpão, situado no endereço da Expresso Nepomuceno fosse utilizado como depósito fechado da SODECIA-BA.

Em resposta, foi dito que não havia autorização ou inscrição cadastral para que o galpão alugado funcionasse como depósito fechado da SODECIA-BA, mas que assim funciona em razão da falta de local para armazenamento de mercadorias, dentro do parque industrial da Ford. Declarado também que "(...) tendo em vista a grande quantidade de mercadorias vendidas à FORD, não foi possível estabelecer o vínculo entre as notas fiscais de vendas emitidas com as notas fiscais de saídas das mercadorias ao deposito".

Portanto, o sujeito passivo não observou os ditames do artigo 34 da Lei nº 7.014/96 e artigos 1º, 2º, e 460 a 463 do RICMS/2012. Tais comandos da legislação tributária baiana não existem para que se cumpram deveres meramente instrumentais, isoladamente considerados, mas para conferir legalidade, transparência e legitimidade à não exigência imediata do tributo (suspenção), sem o cumprimento dos quais não há como se conceder acolhimento à pretensão do recorrente. A falta de emissão das notas fiscais de retorno, real ou simbólico, conjugada com a ausência de demonstração probatória do destino dado às mercadorias nas etapas posteriores de circulação, configura a ocorrência de fatos geradores do ICMS, uma vez não atendidas as condições estabelecidas na legislação.

Relativamente ao suposto precedente em Decisão desta Câmara, mais uma vez, faço minhas as palavras do i. relator da instância originária, que no seu Voto esclareceu que:

"(...) a Decisão paradigmática apresentada na peça defensiva, com trechos reproduzidos à fl. 333 do PAF, não tem nenhuma identidade com os fatos que ensejaram o lançamento fiscal em análise, visto que no caso tido com assemelhado foi apresentada a comprovação de retorno das mercadorias para o estabelecimento remetente. Já no caso em exame essa comprovação não foi trazida aos autos mesmo depois do contribuinte ter sido regularmente intimado para fazê-lo".

As imputações 05 e 06 cuidam da remessa em comodato de bens importados no regime do PROAUTO, com o benefício do diferimento do ICMS.

De acordo com o acima exposto, o benefício do PROAUTO tem origem na Lei nº 7.537/99, que concede, entre outras vantagens, diferimento do ICMS para os fabricantes de veículos automotores instalados na Bahia, entendendo-se o tratamento aos fornecedores cuja atividade econômica seja correlata ou complementar e que esteja no projeto do empreendimento aprovado pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE (§ 1º da Lei 7.537/99).

As operações das quais resultaram essas duas acusações ocorreram na seguinte ordem, discriminada no Acórdão "a quo":

"1- A Sodecia-Bahia importa os bens (equipamentos e ferramentais) com ICMS diferido com a finalidade de revenda (mercadorias adquiridas para comercialização), visando a posterior integração dos mesmos no ativo fixo da Ford estabelecida na Bahia;

2- Todavia, na operação subsequente à importação, os bens foram enviados em comodato, pela Sodecia da Bahia, com ICMS diferido, para as empresas Sodecia-Minas Gerais, IMBE-São Paulo e IMBE - em Camaçari (todas elas, empresas vinculadas ao mesmo grupo econômico da Sodecia-Bahia). A Sodecia-Bahia emitiu notas fiscais de remessa dos bens para aquelas empresas e, à mesma data, formalizou também contratos de cessão em comodato dos bens que importou com diferimento do ICMS, para acobertar as notas fiscais de remessa. Diferentemente do que foi alegado na peça de defesa pelo autuado, a remessa em comodato para terceiros ocorreu antes mesmo da venda dos bens importados (ferramentais e equipamentos) para a Ford da Bahia. Por sua vez, esses bens cedidos em comodato foram usados na produção de mercadorias nos parques industriais das comodatárias, ou seja, em estabelecimentos de empresas não inseridas no PROAUTO;

3- Restou provado também nos autos que os bens importados (ferramentais e equipamentos) foram posteriormente vendidos (entre sete meses a um ano, após a cessão em comodato para terceiros) para a Ford da Bahia, com ICMS diferido, com a finalidade da Ford promover a integração dos mesmos em seu ativo fixo. Nesta etapa os bens não mais se encontravam na posse da Sodecia da Bahia, visto que foram remetidos em comodato para empresas não incluídas no projeto PROAUTO. Não houve também o retorno, real ou simbólico, dos bens cedidos em comodato para a Sodecia da Bahia, permanecendo os mesmos na posse de terceiros

durante todo o tempo;

4- Posteriormente, a FORD de São Paulo emitiu uma nota fiscal de remessa dos bens em comodato para a Sodecia Bahia e, acobertando essa nota de remessa, foi celebrado um contrato de cessão em comodato para a Sodecia-Bahia;

5- Os bens enviados em comodato pela Sodecia para os terceiros comodatários não retornaram ao estabelecimento da Sodecia Bahia (com exceção de duas notas fiscais que retornaram, em prazo superior a seis meses). O autuado declarou que os referidos bens são utilizados no parque industrial dos terceiros comodatários para produção de produtos que são por ela (Sodecia da Bahia) adquiridos e vendidos posteriormente à Ford da Bahia. Já as comodatárias dos bens (empresas vinculadas à Sodecia da Bahia) não procedem venda de sua produção exclusivamente à Sodecia da Bahia".

Percebe-se que os bens importados pela Sodecia da Bahia, com o diferimento do ICMS previsto na Lei nº 7.537/99, não foram destinados, logo após o desembarque aduaneiro, para a Ford da Bahia. Os bens foram imediatamente remetidos em comodato para outras empresas, integrantes do mesmo grupo econômico da Sodecia da Bahia e utilizados nos seus parques industriais. Somente meses após essas remessas em comodato para terceiros (entre 7 meses e um ano) é que ocorreu a venda dos bens para a Ford da Bahia. Todavia, os bens importados pela Sodecia da Bahia continuaram sob a posse e uso de terceiros, acobertados pelos contratos de comodato celebrados anteriormente com SODECIA-MINAS GERAIS, IMBE-SÃO PAULO e IMBE-CAMAÇARI.

Não existem documentos que comprovem as operações de comodato entre a Ford-Bahia e a Sodecia-Bahia, pois as notas fiscais de remessa para comodato dos bens que passaram a ser "propriedade" da Ford da Bahia, apresentadas pelo autuado, foram emitidas pela Ford de São Paulo, assim como os contratos que acobertaram essas notas.

O recorrente foi intimado pela autuante para que comprovasse, com documentos idôneos, a expressa autorização da Ford da Bahia para que os bens importados fossem cedidos em comodato (ou subcomodato) para terceiros. Todavia, foi declarado não existirem tais autorizações.

Por conseguinte, ficou comprovado que os bens foram importados sob os auspícios de um benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia exclusivamente para fabricantes de automóveis e seus fornecedores e, em seguida, transferidos para sociedades empresárias que não estão sob o seu amparo (do PROAUTO).

"As empresas Sodecia Minas Gerais Indústria de Componentes Automotivos Ltda, estabelecida em Sete Lagoas – MG; Indústria Mecânica Brasileira de Estampas – IMBE Ltda, estabelecida em Camaçari – Ba, e, a Indústria Mecânica Brasileira de Estampas – IMBE Ltda, estabelecida em São Paulo, destinatárias dos bens remetidos em comodato não integravam o rol de contribuintes inseridos no PROAUTO, estando configurada, desde a operação de origem, a indevida utilização pelo contribuinte do benefício do diferimento instituído pela Lei Estadual no 7.537/99".

Os bens objeto das operações auditadas não foram utilizados na produção compartilhada de veículos, entre a FORD-BA e o autuado (SODECIA-BA). Após a importação, os equipamentos e ferramentais foram remetidos diretamente, via contrato de comodato, para empresas não integrantes do programa do PROAUTO, sendo duas delas localizadas em outras unidades da Federação, configurando-se, assim, o desvio da finalidade do incentivo.

O questionamento concernente ao crédito de ICMS após o pagamento do Auto de Infração é fato superveniente e não passível de verificação nesta contenda administrativa. *"Poderá, todavia, ser objeto de pedido em processo autônomo, junto à repartição fiscal do domicílio do sujeito passivo, com as provas de que dispuser e desde que formulado antes da extinção do direito pela decadência".*

Quanto à natureza alegadamente confiscatória da multa, este órgão administrativo de julgamento fiscal não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a dispositivo da legislação editada por autoridade superior ou para reduzir ou cancelar penalidade por descumprimento de obrigação principal (arts. 158/159 e 167, I e III do RPAF/99).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206944.0002/15-8, lavrado contra **SODECIA DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.024.007,70**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS