

PROCESSO - A. I. N° 206969.0015/08-7
RECORRENTE - MARLIN INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF N° 0380-05/09
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 10/05/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0085-12/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. INFORMAÇÕES DIVERGENTES NAS VIAS DOS MESMOS DOCUMENTOS FISCAIS. O contribuinte não conseguiu justificar as incongruências entre as vias das mesmas notas fiscais. Infração caracterizada, restando, contudo reduzido o débito pelo fato de um dos documentos não representar operação sujeita à incidência do ICMS. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. O ICMS será lançado pelo responsável sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a hipótese de a mercadoria vir a ser destinada a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente ou destinatário que a tiver recebido com diferimento do imposto, ou a emprego em objeto alheio às suas atividades (artigo 347, III, “a” do RICMS/BA). Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra o julgamento do Auto de Infração, lavrado em 30 de dezembro de 2008, o qual exige ICMS no valor de R\$72.419,96, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, além de penalidade fixa, decorrentes da constatação de sete infrações, das quais são objeto do mesmo, apenas as de número 4 e 7:

INFRAÇÃO 4: Recolhimento a menor do imposto, em razão de utilização de nota fiscal com numeração ou seriação em duplicidade, no valor exigido de R\$ 4.128,36. Multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, “e” da Lei 7.014/96. A acusação indica que houve recolhimento a menos do tributo em razão de calçamento de nota fiscal ou utilização de nota fiscal com numeração paralela, comprovada pela divergência dos dados coletados no CFAMT e a via fixa do talonário do contribuinte. Os lançamentos efetuados pelo sujeito passivo estariam de acordo com as vias fixas, e a diferença cobrada refere-se à existente entre os valores constantes destas e aqueles do CFAMT, ocorrência no mês de abril de 2004;

INFRAÇÃO 7. Falta de recolhimento de ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Valor de R\$ 61.653,98. Multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Foi constatada a ocorrência de imobilização e aluguéis, nos exercícios de 2003 e 2004, de produtos elaborados pelo sujeito passivo, cujos componentes, partes e peças foram importadas com diferimento do imposto, amparado pelo Decreto nº 4.316/95, não havendo a comercialização das mercadorias, fatos ocorridos em 2003 e 2004.

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JJF 0380-05/09 (fls. 342 a 346), baseou-se nos seguintes fatos e argumentos:

“No que tange à infração 4, da análise dos documentos de fls. 298 a 302, verifico que o contribuinte de fato recebeu as cópias das notas fiscais, pois as colacionou na defesa. Não constatei a alegada modificação de números dos documentos por parte do Fisco (de 252 para 251 e de 250 para 249). Com efeito, nos postos fiscais, as vias das notas são coletadas e enviadas para os auditores quando solicitadas. Evidentemente, assiste razão à autuante quando afirma não haver justificativas para as incongruências entre vias das notas fiscais,

conforme se verifica às fls. 21 a 24, 298, 299, 300, 301 e 302. Infração caracterizada.

(...)

No que se refere à infração 7, verifico que o contribuinte importou mercadorias com o benefício do diferimento, cujo termo para estorno do débito é o da saída do produto industrializado. O próprio autuado confessa ter dado destinação diversa à mercadoria importada, alegando que não incide o ICMS sobre a situação fática (aluguel das mercadorias e destinação das mesmas ao imobilizado). Não é este o foco, mas o imposto devido quando da importação. Não se está exigindo o tributo em função dos aluguéis dos equipamentos, por exemplo, mas aquele que foi diferido sob a condição de ser posteriormente industrializado. O ICMS será lançado pelo responsável sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a hipótese de a mercadoria vir a ser destinada a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente ou destinatário que a tiver recebido com diferimento do imposto, ou a emprego em objeto alheio às suas atividades (art. 347, III, "a" do RICMS/BA). Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 69.774,62, sendo que os valores já pagos devem ser homologados".

Inconformado com tal Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 358 a 362), no qual ataca a Decisão de primeiro grau, em relação às infrações 04 e 07, alegando a inocorrência das mesmas e, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação da penalidade, como realizado.

Argumenta em relação à infração 4 que a:

"Junta a quo não teve o cuidado sequer de diligenciar para verificação nos originais das notas fiscais 249, 250, 251 e 252, fazendo prevalecer uma nota fiscal escaneada transmitida pela CFAMT, em detrimento das notas fiscais em originais e em cópias disponibilizadas com a defesa.

A contradição não está nas notas lançadas na escrita do recorrente, mas na nota escaneada apresentada pela autuante. Necessário se faz para esclarecer a suposta infração à verificação das vias das notas originais, pois só assim este conselho fará um bom julgamento da falsa afirmação lançada pela autuante.

A fiscal autuante afirma que o autuado fraudou documento fiscal com o fim de não pagar tributo, o que configuraria em tese os crimes de sonegação fiscal e falsificação de documento fiscal.

Para esta Câmara entender melhor repetimos o que de fato ocorreu. Observa-se que a Nota Fiscal nº 249 do talonário fiscal é no valor de R\$ 15.730,00 emitida em 17/04/2004 e é de remessa para o imobilizado e de produto que não circulou, já que não se trata de operação mercantil, pois de simples remessa para a próprio autuado. A Nota Fiscal nº 250 do talonário fiscal é no valor de R\$ 36.927,90 emitida em 17/04/2004 e se trata de venda de mercadoria, tendo havido a circulação. Na verdade, a Nota Fiscal apresentada pelo autuado supostamente de nº 249 é a nota fiscal constante do talonário de nº 250, que tem idênticas características e foi devidamente lançada na escrita fiscal do autuado.

Idêntico foi o caso da outra nota fiscal. Vê-se que a Nota Fiscal nº 251 do talonário fiscal é no valor de R\$ 15.730,00 emitida em 19/04/2004 e é de remessa para aluguel. A Nota Fiscal nº 252 do talonário fiscal é no valor de R\$ 22.050,00 emitida em 22/04/2004 e se trata também de remessa para aluguel. Na verdade, a Nota Fiscal apresentada pelo autuado supostamente de nº 251 é a nota fiscal constante do talonário de nº 252, que tem idênticas características e foi devidamente lançada na escrita fiscal do autuado.

Ou seja, em nenhum momento houve calçamento de notas pelo recorrente, mas um equívoco criminoso por parte do fisco, que não cuidou de analisar as vias em originais das notas fiscais em seu poder".

Por tal razão, solicita a realização de diligência para verificação das notas fiscais, a fim de sanar qualquer dúvida existente. Quanto à infração 7, aduz que:

"(...)a Decisão de piso fundamentou pela manutenção da mesma, ao argumento de que foi aplicado ao caso concreto o art. 347, III, "a" do RICMS/BA, ou seja, de que o responsável deve recolher o imposto porque a mercadoria foi destinada a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente ou destinatário que recebeu com diferimento do imposto ou ainda quando utilizado a emprego em objeto alheio às suas atividades.

A imposição do fisco consistiu no seguinte: deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O entendimento do fisco é de que o autuado imobilizou parcela da sua produção própria e utilizou os equipamentos fabricados para aluguel nos exercícios de 2003 e 2004. Argumenta que como os computadores foram fabricados com a utilização de partes e peças importadas com diferimento do ICMS, amparados pelo Decreto 4.316/95, não se aplica tal diploma legal, uma vez que se trata de produção de bens cuja destinação final refere-se a uma atividade fora do campo de incidência do imposto Estadual.

Agiu incorretamente a autuante e a Decisão recorrida, porque não observou o campo de incidência do ICMS, independentemente de fruição de benefício fiscal do diferimento, uma vez que o termo final do diferimento é a saída da mercadoria do estabelecimento.

A operação realizada pelo autuado não é tributável porque a regra matriz de incidência do ICMS não se completa quando da análise do caso em concreto. Observa-se que o autuado produziu alguns microcomputadores e destinou os mesmos para o ativo imobilizado. O fisco então pretende tributar a operação

de imobilização dos microcomputadores. O que nos cabe então analisar é estritamente se foge ou não ao âmbito de incidência do ICMS a operação realizada pelo autuado.

O ICMS incide sobre operações com mercadorias e não sobre a circulação de mercadorias. Isto quer dizer que somente a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, em decorrência de um negócio jurídico, é que gera a possibilidade de incidência do ICMS. Sem este requisito não se falar em tributação por meio deste tributo.

Cita a doutrina para amparar seu raciocínio, inclusive em relação ao conceito de mercadoria, para concluir que “no caso do Auto de Infração ora atacado não houve transmissão de titularidade dos microcomputadores, muito menos negócio jurídico, pois os produtos fabricados pelo autuado foram diretamente para o ativo imobilizado da mesma, não havendo mercancia”.

E conclui:

“caso de introdução no ativo fixo da empresa, o bem pode vir ao status de mercadoria no momento da sua desincorporação como mercadoria usada, oportunidade em que terá a incidência do ICMS. Tal como ocorre no autuado, conforme notas fiscais de venda em anexo.

Do contrário, o que se conclui é uma inovação da moldura constitucional do ICMS, com a sua desvirtuação em detrimento do contribuinte.

Sem a mudança de titularidade da mercadoria não nasce o dever de pagar o ICMS e qualquer dispositivo criado para modificar a arquitetura prevista na Carta Magna para este tributo não deve ser aplicado por flagrante inconstitucionalidade”.

Cita Parecer nº 2188/98 da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda, que reza: “ICMS. INCIDÊNCIA. OPERAÇÕES DE LOCAÇÃO E COMODATO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO DA EMPRESA A TERCEIROS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO”.

Finaliza, afirmando que “se a operação de imobilização não tem incidência do ICMS e se a operação de locação do ativo imobilizado também não pode ser tributada, a autuante agiu em desacerto, uma vez que não observou o princípio da legalidade que impera no Direito Tributário.

Para fundamentar a Decisão a quo a 5ª Junta de julgamento mencionou o art. 347, III, “a”, do RICMS, sob o argumento de que o tributo deveria incidir porque o autuado se utilizou dos produtos para fins diversos da sua atividade. Ocorre que a atividade do autuado também é de locação de equipamentos, de sorte que o fundamento utilizado é inconsistente. De outro modo, se um terceiro recebe os produtos industrializados do autuado não recolhe o ICMS com base no benefício fiscal e a próprio autuado estorna 100% do débito. Ora, como ocorre com o terceiro, a próprio autuado deve usufruir do mesmo tratamento, com base no princípio da igualdade.

Assim, de propósito repetimos o fundamento da defesa, uma vez que a Decisão guerreada não cuidou de enfrentar os argumento jurídicos aduzidos na impugnação”, para requerer o provimento do Recurso Apresentado.

Extratos de pagamento de fls. 369/370 informam o recolhimento ocorrido em 04 de fevereiro de 2009, no valor de R\$ 3.560,50, relativo ao reconhecimento das infrações 1, 2, 3 e 5.

Parecer da PGE/PROFIS (fls. 371 a 373) opina, quanto à infração 4, que a mesma encontra-se devidamente caracterizada, e que, em função da ausência de provas materiais capazes de alterar o lançamento tributário deve ser mantida; quanto à inteligência do artigo 347, inciso III, alínea “a” do RICMS/97 (infração 7), o próprio contribuinte reconhece ter ofertado destinação diversa à mercadoria importada, (locação e imobilização das mercadorias importadas). A legislação, especialmente o artigo retrocitado determina que o imposto deverá ser lançado pelo responsável sempre que se verificar a ocorrência de fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a hipótese da mercadoria vir a ser destinada a uso, consumo, ativo permanente daquele que a tiver recebido com diferimento, além do emprego da mercadoria em objeto alheio à atividade das empresas.

Por tais argumentos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

São objeto do Recurso Voluntário as infrações 4 e 7, quais sejam, aquelas que dizem respeito a recolhimento a menor do imposto fruto de “calçamento” de nota fiscal ou utilização de nota fiscal com numeração paralela, comprovada pela divergência dos dados coletados no CFAMT e a

via fixa do talonário do contribuinte. Os lançamentos efetuados pelo sujeito passivo estariam de acordo com as vias fixas, e a diferença cobrada refere-se à existente entre os valores constantes destas e aquelas coletadas no trânsito das mercadorias até seus destinatários, bem como imobilização e alugueis, nos exercícios de 2003 e 2004, de produtos elaborados pelo sujeito passivo, cujos componentes, partes e peças foram importados com diferimento do imposto, amparados pelo Decreto nº 4.316/95, não havendo a comercialização das mercadorias, fatos ocorridos em 2003 e 2004, respectivamente.

Inicialmente, analisarei o pleito do sujeito passivo a título de preliminar, para a realização de diligência, no tocante à infração 4.

O argumento utilizado pela defesa para tal pedido é o de que o julgador emitiu seu juízo baseado apenas em uma cópia “escaneada” das notas fiscais, obtidas através do sistema CFAMT, desprezando o cotejo entre as vias originais em poder do sujeito passivo.

Entendo desnecessário tal pleito, tendo em vista não somente o livre convencimento do julgador, como, igualmente, o fato de que as vias das notas fiscais 249 e 251 encontrarem-se apensadas ao processo (fls.21 a 24, 298 a 302, estas últimas trazidas ao processo pelo próprio sujeito passivo), possibilitando o cotejamento entre as diversas vias, fazendo prevalecer o entendimento do artigo 147, Inciso I, alínea “a” do RPAF/99, qual seja, aquele do julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos. As referidas notas, esclareça-se, não foram “escaneadas”, e sim, copiadas reprograficamente. Dessa forma, não acolho o pedido.

Quanto ao mérito, na infração 4, o sujeito passivo nega o cometimento da mesma, argumentando, inclusive de forma descortês e agressiva contra a auditora responsável pelo lançamento, o que não se pode aceitar, vez que a discussão é meramente institucional, entre a Fazenda Pública Estadual e o contribuinte. A imputação fiscal é a de cometimento do chamado “calçamento” de notas fiscais, que, tecnicamente, é a constatação de divergências entre os valores das diversas vias de um mesmo documento fiscal, fato, que vem, inclusive, a se constituir em crime contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso III, da Lei 8.137/90, qual seja, a conduta de falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável, podendo, inclusive, ser objeto de ação penal por parte do Ministério Público.

Trata-se, pois, de questão que demanda apenas e tão-somente prova material. A acusação fiscal, informa a ocorrência do fato em relação a dois documentos específicos, a saber, a nota fiscal 249, emitida em 17 de abril de 2004, no total de R\$ 37.017,00, com base de cálculo de R\$ 15.205,06, com ICMS destacado de 17% (R\$2.584,86), e a nota fiscal 251, emitida em 22 de abril de 2004, no total de R\$ 22.050,00, com base de cálculo de R\$ 9.079,08, com ICMS apurado de 17% (R\$1.543,50), totalizando para a infração R\$ 4.128,36.

Informa ainda a autuante, que o registro no livro de saídas de mercadorias está de acordo com as vias fixas do talonário de notas fiscais, sendo cobrado ICMS relativo às vias das notas fiscais coletadas quando da circulação das mercadorias, que foram entregues na forma de cópia ao contribuinte.

Da análise dos documentos em tela, verifico que, de fato, a Nota Fiscal nº 249, em sua via em poder do fisco (fl. 21) apresenta os seguintes dados: emitida em 17 de abril de 2004, destinada à empresa Micro e Soft Informática Ltda., localizada na Rua São Paulo, 44, Salvador, Bahia, CNPJ 40.575.110/0001-04, no valor total de R\$ 37.017,00, com base de cálculo para fins de imposto de R\$ 15.205,06, com ICMS destacado de R\$ 2.584,86, alíquota de 17%, vez tratar-se de operação de venda. Já a via em poder do contribuinte, e que foi utilizada para lançamento nos seus livros fiscais (fl. 22), contém os seguintes dados: foi emitida em 17 de abril de 2004, destinada à própria empresa autuado, localizada na cidade de Ilhéus, Bahia, CNPJ 04.516.558/0001-60, no valor total de R\$ 15.730,00, sem destaque de imposto, vez que relativa à operação de “remessa para imobilizado”, e registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias conforme cópia de fl. 238.

Por outro lado, a nota fiscal 251, na via em poder do fisco (fl. 23) apresenta os seguintes dados: emitida em 22 de abril de 2004, destinada à empresa Marlin Informática Ltda., localizada na Av. Juracy Magalhães Júnior, 806/202, Salvador, Bahia, CNPJ 02.333.773/0001-15, no valor total de R\$ 22.050,00, sem destaque do imposto, em operação de remessa para aluguel, CFOP 5904. Já a via em poder do contribuinte, e que foi utilizada para lançamento nos seus livros fiscais (fl. 24), contém

os seguintes dados: emitida em 19 de abril de 2004, destinada à Comtech Informática Ltda., localizada na Rua Conselheiro Pedro Luís, 218, Salvador, Bahia, CNPJ 00.895.371/0001-89, no valor total de R\$ 15.730,00, sem destaque de imposto, vez que relativa a operação de “remessa para aluguel”, (CFOP 5949), contendo a observação no campo informações complementares de “*equipamentos de nossa propriedade que ora remetemos para aluguel para atender contrato EBAL aditivo*”, sendo registrada conforme cópia do livro Registro de Saídas de Mercadorias de fl. 239.

De forma incontestada, constata-se, pois a ocorrência da divergência apontada no Auto de Infração, inclusive quanto às quantidades e tipos de mercadorias, vez que não somente os tipos gráficos das vias dos documentos apresentam similitude, como, igualmente, a grafia nos documentos pertence à mesma pessoa, não podendo prevalecer a arguição recursal de erro ou equívoco quanto aos documentos fiscais, até porque os documentos trazidos ao processo são de uma clareza inofismável para caracterização do ato, não podendo, pois, prevalecer o entendimento externado no Recurso Voluntário pelo sujeito passivo, de que houve engano por parte da autuante quanto à numeração dos documentos fiscais.

Todavia, verifico que em relação à nota fiscal 251, trata-se de operação não sujeita à incidência do ICMS, razão pela qual entendo que a mesma deva ser excluída, e que o valor do lançamento, em função de tal ajuste deva ser reduzido para R\$ 2.584,86.

Quanto à infração 7, foi lançada, fruto da ocorrência de imobilização e aluguéis, nos exercícios de 2003 e 2004, de produtos elaborados pelo sujeito passivo, cujos componentes, partes e peças foram importados com diferimento do imposto, amparados pelo Decreto nº 4.316/95, não havendo a comercialização das mercadorias, fatos ocorridos em 2003 e 2004.

Interessante, inicialmente, abordarmos a figura do diferimento ou como denominam alguns, substituição tributária das operações antecedentes que é a postergação temporária do pagamento do imposto para uma etapa posterior de operação ou prestação, desde que cumpridos todos os requisitos legais. Nada mais é, pois, do que a transferência da obrigatoriedade de recolhimento do imposto ao próximo contribuinte, adquirente da mercadoria ou tomador do serviço sujeito àquele tributo postergado.

Ele não se confunde com a figura da isenção, sendo categorias de tributação distintas. Aquele configura o nascimento da obrigação tributária, com a postergação do lançamento e pagamento do crédito tributário para etapa posterior, conforme previsão legal. Não é considerado benefício, mas técnica de tributação. Já a isenção é verdadeiro benefício, traduzindo-se na dispensa legal do pagamento da obrigação devida. Nesta, também ocorre o nascimento da obrigação tributária, mas o que se obstaculiza é o surgimento do crédito tributário. Pode-se aqui chegar à conclusão de que o efeito econômico do diferimento confunde-se com o da isenção, mas tal distinção é extremamente importante, pois dela se consegue extrair conclusões em relação ao direito ao crédito escritural ou a manutenção desses créditos. Se o contribuinte tiver nas suas operações a aplicação do diferimento, terá, em relação às aquisições tributadas, direito de se creditar, pois, como visto, no diferimento há o nascimento da obrigação tributária e respectivo crédito tributário, sendo a operação considerada tributada. Não ocorre o mesmo na operação amparada pela isenção. Aqui não se tem o surgimento do crédito tributário, sendo portanto, vedado o direito ao crédito. Caso as operações sejam parcialmente isentas, proporcional será a utilização e apropriação do crédito, respeitando-se o princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto.

A alegação recursal de que “*a atividade do autuado também é de locação de equipamentos, de sorte que o fundamento utilizado é inconsistente*”, não pode prosperar, à vista, inclusive, de posicionamento formal da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda, em resposta a consulta formulada, relativa ao mesmo assunto, e apensada às fls. 119 e 120 dos autos, na qual a Parecerista textualmente afirma: “*(...) considerando que as atividades incluídas no campo de incidência do ICMS. Dessa forma, e considerando que as atividades de locação e comodato de bens móveis estão fora do campo de tributação do imposto estadual, temos que as aquisições de bens, matérias- primas e demais produtos relacionados com tais atividades não estão*

alcançados pelo benefício do diferimento previsto no Decreto n.º. 4.316/95, devendo sofrer tributação normal, conforme previsto na legislação estadual”.

E prossegue, referindo-se a hipótese objeto do lançamento ora apreciado: *“Nesse contexto, concluímos ser devido o pagamento do ICMS relativo às aquisições do exterior de partes, peças e componentes, efetuadas pelo estabelecimento beneficiário do Decreto n.º. 4.316/95, sempre que tais mercadorias forem utilizadas na fabricação de bens móveis destinados a locação e/ou comodato a terceiros, visto que tais atividades encontram-se fora do campo de incidência do ICMS. Com efeito, conforme previsão expressa no art. 347, inciso III, alínea "a", do RICMS/BA (Dec. n.º.6.284/97), que ora transcrevemos, será devido o recolhimento do imposto diferido, sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final, do diferimento, aí incluída a hipótese em que a mercadoria for destinada a uso, consumo, ou ativo permanente do estabelecimento, ou a hipótese em que a mercadoria assim adquirida for utilizada em objeto alheio às atividades do estabelecimento (considerando-se como objeto alheio qualquer finalidade estranha ao campo de tributação do imposto estadual).*

O dispositivo legal mencionado (Decreto n.º. 4.316/95) prevê em seu artigo 1º, inciso I, alínea "a", que ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de componentes, partes e peças, desde que o estabelecimento importador esteja instalado no Distrito Industrial de Ilhéus, destinados à fabricação de produtos de informática, elétricos, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações por parte de estabelecimentos industriais desses setores, nas hipóteses de serem destinados à aplicação no produto de informática, elétricos, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes do processo de industrialização.

Tal benefício estende-se, igualmente a monitor de vídeo, o “mouse”, a “web cam”, o microfone, a caixa de som e o teclado considerados componentes do equipamento de informática que integrem na operação de saída.

Fato incontroverso é a importação realizada pelo sujeito passivo de mercadorias abrangidas pelo Decreto n.º 4.316/95. Igualmente indiscutível é o fato de que parte das mercadorias importadas pelo recorrente foram incorporadas ao seu ativo, servindo para locação, como alega. Dessa forma, o entendimento do fisco é que em tais situações, e, em relação a estas mercadorias, acaba a fase de diferimento, sendo cabível a exigência do imposto, vez que não implementada a condição legal estabelecida para a ocorrência e manutenção do diferimento, que, reafirme-se, é a postergação temporária do pagamento do imposto para uma etapa posterior de operação ou prestação, desde que cumpridos todos os requisitos legais. E tais requisitos não foram devidamente atendidos, o que motivou o lançamento tributário.

Quando o sujeito passivo alega que *" a operação realizada pelo autuado não é tributável porque a regra matriz de incidência do ICMS não se completa quando da análise do caso em concreto. Observa-se que o autuado produziu alguns microcomputadores e destinou os mesmos para o ativo imobilizado. O fisco então pretende tributar a operação de imobilização dos microcomputadores. O que nos cabe então analisar é estritamente se foge ou não ao âmbito de incidência do ICMS a operação realizada pelo autuado.*

O ICMS incide sobre operações com mercadorias e não sobre a circulação de mercadorias. Isto quer dizer que somente a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, em decorrência de um negócio jurídico, é que gera a possibilidade de incidência do ICMS. Sem este requisito não que se falar em tributação por meio deste tributo", comete grave equívoco, pois confunde a operação de remessa (onde não haveria incidência do imposto) ou venda de bens do ativo imobilizado (momento em que existe a incidência do tributo, ainda que sujeita a eventual redução de base de cálculo, ou até mesmo isenção), com o vencimento da etapa de diferimento do imposto que seria devido não neste momento, mas em fase anterior, quando da entrada no país, via importação, dos componentes e equipamentos, onde a incidência do imposto é indiscutível, vez que na forma da Lei 7.014/96, artigo 1º, parágrafo único, ocorre a incidência do ICMS inclusive quando as operações e as prestações se iniciem no exterior, ou seja, ao importar, o recorrente deveria recolher o imposto devido pela importação, mas, que, por força da norma foi

transferido ou adiado para outro momento posterior. É sobre este imposto que gira a discussão do Auto de Infração.

Em reforço a tal argumento, informação relativa aos dados cadastrais do recorrente, constante à fl. 72, informa ser a atividade da mesma “fabricação de equipamentos de informática”, código 2621300, que perde importância diante do fato verificado de importação de componentes para industrialização que foram destinados ao ativo imobilizado do recorrente, vez que a atividade de locação, arrendamento ou similar não se encontra no campo de incidência do ICMS, e sim, do ISS.

Algumas questões se impõem: caso a autuante não realizasse o lançamento do imposto, em que momento o sujeito passivo ofereceria à tributação as mercadorias, vez que incorporadas ao ativo imobilizado? E se as mesmas não sofressem comercialização, quando o imposto diferido seria recolhido? Estaríamos, em tais hipóteses, diante, não da figura do diferimento, e sim, da isenção, auto concedida pelo sujeito passivo, sem qualquer amparo legal, vez que o evento determinado pela legislação para o pagamento do imposto devido na importação nunca ocorreria, e se ocorresse, dependendo do momento em que o bem fosse desincorporado, a prevalecer o entendimento do recorrente, não seria devido mais imposto algum.

Dessa forma, os argumentos recursais não encontram amparo legal ou fático, não tendo o condão de elidir a exigência contida no lançamento, relativo à infração 7, devendo a mesma ser mantida tal como originalmente anotada.

Por tais razões, o Recurso Voluntário há de ser **PARCIALMENTE PROVIDO**, com a redução do valor da infração 4, para R\$ 2.584,86, mantendo integralmente a infração 7, remanescendo o débito de R\$68.231,12, sendo R\$65.738,21 de ICMS e R\$2.492,91 de multa por descumprimento de obrigação acessória ao percentual de 10%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0015/08-7**, lavrado contra **MARLIN INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$65.738,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.631,56, 100% sobre R\$2.584,86 e 70% sobre R\$521,79, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “f”, III, e IV, “e”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.492,91** prevista no art. 42, XI da mesma lei, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos realizados.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS