

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0059/09-5
RECORRENTE - MARLIN INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF 0323-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 01/11/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. TRANSFERÊNCIAS INTERNAS. PRODUTOS ACABADOS. MICROCOMPUTADORES. O benefício fiscal previsto no Decreto nº 4.316/95, somente alcança os produtos, partes, peças e componentes destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais instalados no Distrito Industrial de Ilhéus, não se aplicando aos produtos acabados, prontos para serem vendidos ao consumidor final. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração, trata da exigência do ICMS no valor total de R\$45.438,75, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 20/12/2009 decorre do cometimento da infração relativa à “*Operação com mercadorias tributadas como não tributada*”.

Depois de apreciar os argumentos defensivos trazidos pelo autuado, bem como as contra razões do fiscal autuante, a 2ª JJF fundamentou sua Decisão unânime alinhando os argumentos a seguir reproduzidos:

[...]

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de operação com mercadoria tributável, considerada como não tributável.”

“Analiso os elementos acostados aos autos, constatei que a mercadoria objeto da presente lide é microcomputador, portanto, trata-se de produto acabado.”

“Por sua vez, o benefício fiscal previsto no Decreto Nº 4.316/95, alcança os produtos, partes, peças e componentes destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais instalados no Distrito Industrial de Ilhéus.”

“O tratamento tributário alcança apenas produtos destinados à fabricação, não alcancendo os produtos prontos e acabados.”

“Os documentos que embasaram a autuação, Termo de Apreensão e de Ocorrência e o DANFE, comprovam que a mercadoria objeto da autuação não se destinava à fabricação. Trata-se de microcomputadores acabados, prontos para serem comercializados, não estando alcançado pelo benefício fiscal previsto no citado decreto. Sendo, portanto, uma operação de transferência de produtos acabado, devendo ser tributado normalmente.”

“Ante ao acima exposto, entendo que a infração restou caracterizada, e voto pela procedência do Auto de Infração.”

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 52 a 54, o sujeito passivo retorna aos autos repisando os mesmos argumentos enunciados na impugnação, reafirmando que

é devidamente habilitada para atuar com o regime de diferimento desde 20/06/2006, bem como sua filial, localizada em Lauro de Freitas, a partir de 17/02/2009. Ressalta que a habilitação, tanto para a matriz, ora autuado, quanto para a filial tem como fundamento o Decreto nº 4.316/95, fls. 13 e 14, ambas com o código 10.704 – Produtos de Informática Elétricos e Eletrônicos.

Esclarece que o fato objeto do presente caso decorreu da transferência pela matriz em Ilhéus para a filial em Lauro de Freitas de 375 unidades de microcomputadores, através da Nota Fiscal nº 277, asseverando que essa operação é não tributável pelo fato de que, tanto a matriz, quanto a filial possui o regime de diferimento que se encontrava vigente na data da emissão e circulação das mercadorias. Acrescenta ainda que, por ter habilitação para operar no regime de diferimento, consoante previsão do § 2º do art. 346 do RICMS/BA, não destacou o ICMS na nota fiscal.

Destaca que o § 4º, incisos I e II do Decreto 4.316/95, permite a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa com o benefício do diferimento, hipótese dos autos em que a filial também goza do mesmo benefício.

Diz que o autuante e o julgador não observaram que nas operações de saídas dos produtos resultantes da industrialização há lançamento “a crédito” do valor do imposto destacado, o que não ocorreu no presente caso, já que, sequer houve destaque do ICMS na nota fiscal e, na forma do art. 2º, do Decreto 4.316/95, teria direito de lançar o crédito e não o fez.

Assevera que o argumento de que o produto era acabado, pois se trata de microcomputadores, é insubstancial para o presente caso, tendo em vista que a remessa fora feita para a mesma empresa dentro do Estado da Bahia, ambas gozando dos benefícios do supracitado decreto estadual, portanto, não há como se sustentar a Decisão recorrida, já que contrariou toda a orientação normativa sobre o benefício fiscal do diferimento e o estorno do crédito fiscal na saída da mercadoria.

Ressalta que a fiscalização não observou o descumprimento do § 1º do art. 346 do RICMS/BA, já que na nota fiscal, objeto do Auto de Infração, não consta no quadro “Dados Adicionais”, no campo “Informações Complementares” o nº da habilitação do destinatário e a expressão “ICMS diferido – art. 343 do RICMS-BA”. Asseverando que seria devido somente a aplicação de penalidade pelo descumprimento desta obrigação acessória, prevista no inciso XXII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário para julgar a infração improcedente ou, com base no princípio da eventualidade, fixar o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória, ou ainda, em última hipótese, que seja reconhecido seu direito ao crédito do ICMS, deduzindo do Auto de Infração o crédito devido na forma do art. 2º do Decreto 4.316/95.

Em Parecer conclusivo, a PGE/PROFIS, pela Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, fls. 96 a 98, destaca que em sede recursal o autuado volta a repetir os mesmos argumentos alinhados na impugnação inicial, alegando, em suma, que não há incidência do ICMS na operação entre os estabelecimentos habilitados no regime de diferimento.

Transcreve o art. 2º do Decreto nº 4.316/95 para afirmar que comunga com a Decisão de primeiro grau, asseverando que, efetivamente, o recorrente agiu em desacordo com o Decreto, eis que esse dispositivo legal estabelece o alcance do benefício fiscal exclusivamente para os componentes, partes e peças destinados a fabricação de produtos de informáticas, e não produtos acabados com é o caso dos microcomputadores constantes da DANFE nº 277, objeto do presente Auto de Infração.

Conclui opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que os argumentos são insuficientes para infirmar a Decisão recorrida.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte com o intento de modificar o

Acórdão nº 0323-02/10 da 2ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido em razão de promover “*Operação com mercadorias tributadas como não tributada*”.

Da análise das peças que constituem os autos depreende-se claramente que o fato motivador da exigência fiscal decorreu da remessa de 375 unidades de microcomputadores, através da DANFE nº 277, fl. 07, sem destaque do imposto, em operação de transferência do estabelecimento localizado em Ilhéus, ora autuado, para sua filial em Lauro de Freitas.

O recorrente não denega a ocorrência do fato imponível, entretanto, alega que a operação de transferência dos computadores não é tributada, eis que está amparada pelo deferimento preconizado pelo § 4º, incisos I e II do Decreto nº 4.316/95, acrescentando que, tanto sua matriz quanto a filial encontravam-se devidamente habilitadas para usufruírem do benefício. Reconhece, tão-somente, que cometera o descumprimento de obrigação acessória, por não ter, consoante determinação expressa do RICMS/BA, aposto a expressão “ICMS diferido – art. 343 do RICMS-BA” e nº da habilitação do destinatário, no campo “Informações Complementares” do quadro “Dados Adicionais” da nota fiscal, objeto do Auto de Infração.

Entretanto, ao compulsar o teor do Decreto 4.316/95, verifico que não assiste razão ao recorrente, pois, conforme se pode constatar da intelecção do art. 2º, do referido dispositivo legal, a seguir reproduzido, que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo.

“Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de:

[...]

I - 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-eletrônico e de telecomunicações, por parte de estabelecimentos industriais desses setores, nas seguintes hipóteses:

a) Quando destinados à aplicação no produto de informática, elétricos, de eletro-eletrônico e de telecomunicações, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes do processo de industrialização;

§ 4º - Ficam igualmente diferidos o lançamento e o pagamento do imposto, na saída interna dos produtos tratados no inciso I do caput e no § 2º deste artigo, promovida pelo estabelecimento industrial importador nas seguintes hipóteses:

I – quando destinados a estabelecimento industrial neste Estado, que os utilize na fabricação de produtos de informática, elétricos, de eletrônica, de eletro-eletrônico e de telecomunicações ou prestação de assistência técnica e manutenção, para o momento em que ocorrer a saída dos mesmos produtos ou de produto deles resultantes, desde que o seu projeto de implantação tenha sido aprovado pela Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração;

II – quando destinados a outro estabelecimento da mesma empresa neste Estado, com a finalidade e a exigência previstas no inciso anterior.”

Como se vê, é inequívoco o que do Decreto visa com o benefício do deferimento alcançar, tão-somente, os componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática. Assim, resta evidenciado que os computadores transferidos para a filial do autuado, na condição indubitável de produto final, pronto e acabado, não podem ser confundidos com componentes, partes e peças, como expressamente consta no texto legal.

Por consequência, infere-se nitidamente que o recorrente agiu em total desacordo com o Decreto nº 4.316/95, tendo em vista que a transferência do produto acabado para a filial, hipótese apurada no presente lançamento, não é alcançada pelo tratamento tributário diferenciado, ou seja, o deferimento do lançamento e do pagamento do ICMS.

Por tudo isso, alinho-me ao entendimento da PGE/PROFIS, no sentido de que os argumentos alinhados pelo sujeito passivo são insuficientes para macular a Decisão recorrida.

No que diz respeito ao pleito do recorrente para que seja deduzido do Auto de Infração o crédito fiscal ao qual entende fazer jus, a legislação tributária exige tratamento escritural específico,

descabendo, portanto, o atendimento da dedução pretendida do valor da exigência fiscal apurada no Auto de Infração.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Aplicação da Multa)

Compulsando os autos, pude constatar que a autuação trata de exigência do ICMS no valor total de R\$45.438,75, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Constatou que o recorrente arguiu que o fulcro da autuação originou-se da transferência pela matriz, em Ilhéus, para a filial, em Lauro de Freitas, de 375 unidades de microcomputadores, através da Nota Fiscal nº 277, ao tempo que afirmou que essa operação é não tributável pelo fato de que, tanto a matriz, quanto a filial possuarem o regime de diferimento que se encontrava vigente na data da emissão e circulação das mercadorias.

Com a devida vénia do ilustre Conselheiro Relator José Franklin Reis, em que pese seu brilhante voto, estou convencido do equívoco do seu julgamento acerca da infração em tela. O motivo de tal divergência segue a esteira de outros votos já exarados por mim, nesta egrégia 2ª CJF, em matéria de similar teor.

Da análise dos autos, conforme já susomencionado, verifiquei que a origem da autuação está na simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos, ou seja, entre matriz e filial, de uma mesma empresa situada no Estado da Bahia.

Estou convencido de que as mercadorias simplesmente transferidas entre a matriz localizada em Ilhéus/BA e Lauro de Freitas/BA, não representam uma operação tributável, ou seja, não se constitui fato gerador de ICMS e, portanto, a exigibilidade do referido imposto estadual resta prejudicada, vez que não houve a **circulação econômica**, isto significa dizer que não ocorreu o ato ou negócio jurídico perfeito que suscitasse tal circulação.

Em que pese entendimentos diferentes advindos de juristas e do seio do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), existem Pareceres de inúmeros juristas, diversos Acórdãos prolatados por Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, através da sua Súmula nº 166, que entendem que não existe fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, não ocorrendo o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou seja, não houve mudança de titularidade.

Nesta esteira, me permito reiterar que, neste caso, não pode haver a cobrança do ICMS, posto que a exação se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume à ocorrência apenas e tão-somente a circulação física.

Com efeito, é cediço que a atividade tributária do Estado se condiciona, por força da capacidade contributiva, a gravar situações que revelem riqueza, ou seja, dirige-se apenas aos signos presuntivos de riqueza.

Nesse sentido, o ICMS só pode incidir quando haja signo presuntivo de riqueza indicativo de circulação da mercadoria que, evidentemente, não pode ser a circulação física, mas a circulação econômica que, naturalmente, resulte de uma circulação jurídica.

A circulação jurídica de mercadoria decorre de operações que envolvam a translação da propriedade da mercadoria, o que não ocorre se há mera circulação de um estabelecimento para outro da mesma sociedade empresarial.

Entendo, alinhando-me com esta vertente jurídica, que encontra eco no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 166, segundo a qual o **simples**

deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui-se fato gerador do ICMS. Transcrevo a seguir a íntegra do seu teor

“Súmula 166:

“*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte(...).*”.

Apenas com a mudança de titularidade pode-se conceber a circulação para efeitos jurídicos capaz de ensejar o fator gerador do ICMS. Tal entendimento ainda se mantém firme nos julgados mais recentes, como se vislumbra abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ.

DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. *O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.* (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.

Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. “*Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*” (Súmula 166 do STJ).

3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;” 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. “*Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.*

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.” (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica do corrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

(Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a Decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(*REsp 1125133/SP, Rel. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010*)

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO- INCIDÊNCIA. SÚMULAS 166 E 7 DO STJ.

1. *Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que houve simples deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sem finalidade de comercialização e com retorno ao local de origem. Nessas condições, não incide o ICMS, nos termos da Súmula 166/STJ.*

2. *Rever tal aspecto, indicado pelo TJ-MA, de que não houve efetiva circulação econômica da mercadoria, é inviável em Recurso Especial (Súmula 7/STJ).*

3. *Agravo Regimental não provido.*

(*AgRg no REsp 780.543/MA, Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 19/12/2008*)

Portanto, ainda que por fundamentação diversa, acolho o solicitado pelo recorrente em sua peça recursal, que clama pela improcedência da infração imputada. Assim sendo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgou IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** Auto de Infração nº 210943.0059/09-5, lavrado contra **MARLIN INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.438,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Aplicação da Multa) – Conselheiros(as): José Franklin Fontes Reis, Valtércio Serpa Júnior, José Antonio Marques Ribeiro e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Aplicação da Multa) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantos e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS