

PROCESSO - A. I. N° 206940.0001/13-4
RECORRENTE - FERROLENE S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0210-05/13
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04/09/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0263-12/14

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. a) TRANSFERÊNCIA DE USO E CONSUMO. Preliminar de pedido de Representação à Câmara Superior indeferido por maioria. Mantida a cobrança face a previsão contida no art. 17 da Lei n.º 7.014/96 e a impossibilidade do CONSEF declarar inconstitucionalidade de norma vigente. b) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Acolhida a arguição de não incidência para os itens comprovadamente enquadrados como imobilizado em face ao benefício do PROAUTO. Infração mantida parcialmente. c) BENS DE USO E CONSUMO. Acolhida a alegação da devolução ocorrida no mesmo período. Infração mantida parcialmente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/2013, para exigir do recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 348.145,12, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 1 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou operação interestadual de saída de mercadorias para uso consumo sem o devido destaque do ICMS. ICMS no valor de R\$ 824,40.

Infração 2 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 347.320,72.

Inicialmente observo que desde a defesa inicial o sujeito passivo reconheceu integralmente a infração 01 e parcialmente a 02, tendo procedido aos pagamentos correspondentes, conforme se comprova do extrato do SIGAT, emitido por esta Secretaria e anexado ao PAF, às fls. 98 a 100. **Desta forma, é o objeto do presente Recurso apenas a infração 2.**

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide, por unanimidade, da seguinte forma, “*in verbis*”:

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 02 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

No que tange a infração 1 o sujeito passivo reconhece, cabendo a manutenção integral da mesma, na medida em que foi exigida em obediência ao devido processo legal.

Quanto à infração 2, do total de R\$ 347.320,72 o sujeito passivo reconhece apenas parte da autuação no total de R\$ 8.221,99, conforme fls. 52 a 55 do presente PAF.

No que diz respeito à parte não reconhecida pelo impugnante:

Arguição do impugnante:

I – 03 (três) Notas Fiscais (9036 de 02/05/2008; 9041 de 05/05/2008 e 456.111 de 24/05/2008 com CFOP 2556 constante do DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DIFAL FERROLENE EXERCÍCIOS 2008 a 2010, constante deste PAF, fls. 6 a 16, conteria equívocos, pois o CFOP correto seria 2551. Sendo o contribuinte beneficiário do PROAUTO, estaria dispensado do pagamento do diferencial de alíquotas, como prescreve o Art. 14 da Lei 7.537. Como meio de prova alega que as referidas Notas Fiscais foram anexadas ao presente PAF em cópias digitalizadas O QUE NÃO OCORREU, conforme pode ser comprovado no CD anexado pelo contribuinte a esse PAF, nas folhas 68.

As aludidas notas fiscais, acima alinhadas, foram registradas com o CFOP 2556, tendo como descrição material para uso e consumo, conforme consta do SINTEGRA, além do mais o sujeito passivo não anexou as Notas Fiscais para comprovar o alegado por ele, apesar do autuante, em 05/08/2013 ter intimado o contribuinte para que apresentasse todas as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de débito DIFAL.

Quanto às Notas Fiscais nº 9036 e 9041, foram aquisições efetuadas junto à empresa Prorack Com. De Embalagens e Estamparia LTDA, conforme informa o autuante: tendo como descrição de material: estradas met. p/ chapa. Com essa descrição e levando em consideração que o contribuinte registrou essa entrada, SINTEGRA, como material de uso/consumo, CFOP 2556. Assim, não cabe acolhimento aos argumentos defensivos.

A Nota Fiscal nº 456.111 indica a aquisição de microcomputador; mouse; monitor; sistema operacional WINDOWS XP; MS OFFICE 2007; etc. Concordo com o autuante que tais mercadorias só podem ser classificadas como ativo quando são colocadas diretamente na produção. O autuante, ainda, intimou o contribuinte em 16/08/2013 a comprovar onde foi alocada essa mercadoria, o contribuinte afirma, através de email de 16/08/2013, anexado a ás fls. desse PAF, que essa mercadoria está sendo utilizada no escritório existente nas dependências da fábrica. Assim, o autuante, bem como esse relator estar confirmada a classificação de mercadoria utilizada para uso e consumo, não cabendo acolhimento a arguição defensiva.

Quanto à alegação de que a Nota Fiscal nº 208.512 de 21/10/2009, não poderia compor o DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DIFAL, pois a mercadoria constante dessa NF teria sido devolvida através da Nota Fiscal nº 2510 e 21/10/2009.

Em relação às demais Notas Fiscais de transferências de materiais de uso consumo, CFOP 2557, o sujeito passivo entende que não cabe a cobrança da Diferença de Alíquotas, sob o argumento de que essa operação não caracteriza uma “circulação” de mercadorias, e, que, essa transferência foi efetuada do Estado de São Paulo para o Estado da Bahia, sendo que o estado de São Paulo em seu ordenamento do ICMS tem essa operação como não incidente do ICMS.

A incidência do ICMS nas transferências estaduais de material de uso consumo está prevista pela Lei 7.014/96, Art. 2º, inciso IV, §§ 1º e 2º. A Lei nº 7.014/96, revelando a clara previsão legal quanto à matéria questionada.

No que diz respeito à previsão constante da Legislação paulista quanto a não haver incidência do ICMS nessas operações, tal entendimento está restrito às operações internas de São Paulo, pois as regras para incidências das aludidas operações defluem da Constituição Federal e das Leis Complementares.

Conforme destaca o autuante tal matéria está disciplinada no Regulamento do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, nos dispositivos a seguir reproduzidos, na forma que foram apontados pelo autuante.

Art. 1º, §2º: O ICMS incide sobre:

IV – a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinadas ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Art. 5º para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I – da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§2º Incluem-se entre os contribuintes:

XIV – qualquer pessoa ou entidade mencionada nos incisos anteriores que, na condição de consumidor ou usuário final, adquira bens ou serviços em operação ou prestação interestadual.

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I – é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou conhecidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

II – só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quanto a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

O Artigo 69, parágrafo único, inciso I, alínea “a”, conforme transcrito, é claro ao determinar que: se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não incidência ou de isenção reconhecidas ou conhecidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais. Assim, o fato do Estado de São Paulo sem convênio firmado através do rito previsto na Lei Complementar n 24/75, não pode autorizar a realização de operações de transferência de material para uso consumo ou ativo permanente, como não incidentes do ICMS.

Diante do exposto, cabe PROCEDÊNCIA da Autuação referente à infração 2, no valor de R\$ 347.320,72 (trezentos e quarenta e sete mil, trezentos e vinte reais e setenta e dois centavos) e procedência integral da infração 1, reconhecida pelo impugnante.

Inconformado com a Decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, aduzindo que, em sede de Impugnação, postulou pelo cancelamento parcial do Auto de Infração, ressaltando que reconheceu e recolheu com multa, juros e correção monetária a primeira infração no valor original de R\$ 824,40 e uma parcial da segunda infração no valor histórico de R\$ 8.221,99.

Defende que a falta de recolhimento do ICMS do diferencial de alíquota nas transferências de material de uso e consumo entre estabelecimentos de um mesmo titular é legal em razão de:

1. A saída da mencionada transferência no Estado de São Paulo está amparada pela não incidência, motivo que levaria a inexistência de qualquer diferença;
2. A transferência entre estabelecimentos de um mesmo titular não representa circulação de mercadoria a ensejar a incidência do ICMS;
3. A jurisprudência dos Tribunais de todo o país pacificou entendimento pela não incidência nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Argumenta que fez a separação dos três CFOP's da seguinte maneira: Primeira: CFOP 2.551 – compra de bem para o ativo imobilizado. Segunda: CFOP 2.556 – compra de material de uso ou consumo. Terceira: CFOP 2.557 – transferência de material para uso ou consumo, para que assim fosse considerado quando do julgamento.

Salienta que apesar dos seus requerimentos, a Junta de Julgamento Fiscal, em votação unânime, decidiu pelo não acolhimento da Impugnação em relação à exigência do diferencial de alíquota, bem como no que diz respeito ao pedido de separação das três CFOP's.

No que se refere ao diferencial de alíquota, reitera todos os argumentos de sua Impugnação, e cita a Decisão da Segunda Câmara Cível, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, proferida nos autos do Processo nº 0323677-51.2012.8.05.0001, que decidiu matéria semelhante em benefício do recorrente, lastreada na súmula 166, do STJ.

Anota que, sob pena de futuro prejuízo ao Erário, decorrente de igual sucumbência judicial, requer que a infração seja julgada improcedente.

Observa ainda, que no que diz respeito à separação das três CFOP'S, servem os mesmos argumentos da defesa, ratificando-os, e também a Decisão da Segunda Câmara Cível anteriormente exaltada.

Conclui com o pedido preliminar de conhecimento do Recurso Voluntário interposto contra a Decisão recorrida, asseverando que por envolver matéria contida em lei ou em ato considerado ilegal já decidido em última instância pelo Poder Judiciário, nos moldes da fundamentação, que seja determinado à representação ao Secretário da Fazenda, nos termos do que disciplina o artigo 168 da RPAF.

Por fim, aduz de forma subsidiária que no caso de não ser acolhida a representação requerida preliminarmente, que seja conhecido o Recurso Voluntário interposto, e, na apreciação dos fundamentos invocados, seja dado provimento integral ao Recurso, no sentido de ser julgado o Auto de Infração indevido e insubstancial, para determinar o seu cancelamento e arquivamento na forma da Lei.

Instada a se manifestar o Representante da PGE/PROFIS, José Augusto Martins Junior, opinou pelo Não Provimento do Recurso por ser a exigência do ICMS nas operações interestaduais de transferências de mercadorias constitucionalmente permitida, com base nos seguintes fundamentos:

1. Tendo em vista o disposto no art. 155, II da CF/88, conduz-se que “*o constituinte definiu o ICMS como um imposto incidente sobre operações “relativas” à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, e não, como quer inferir o recorrente, um tributo sobre operações de venda de mercadorias.*”;
2. O art. 12, I, da Lei Complementar n.º 87/96, ancorado no permissivo constitucional “*estabeleceu como axioma informativo do ICMS o princípio da autonomia dos estabelecimentos*”;
3. Considerando que é legal e constitucional a autonomia dos estabelecimentos de um mesmo contribuinte, as transferências de mercadorias entre eles deverão ser objeto de regular tributação;
4. Informa que apesar dos fortes argumentos para a tributação das transferências o STJ sedimentou procedimento, através da Súmula nº 166, no sentido da não tributação no simples deslocamento de mercadorias entre os estabelecimentos;
5. Entende não ser o caso do recorrente, por entender que a Súmula nº 166 não alcança as operações interestaduais.

Por fim, o Douto Procurador apresentou a Ementa do acórdão do Recurso Especial n.º 242.338/MG, no qual o STJ entendeu pela inaplicabilidade da Súmula nº 166 nas operações interestaduais, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente observo que desde a defesa inicial o sujeito passivo reconheceu integralmente a infração 1 e parcialmente a 2, tendo procedido aos pagamentos correspondentes, conforme se comprova do extrato do SIGAT, emitido por esta Secretaria e anexado ao PAF, às fls. 98 a 100. Desta forma, é o objeto do presente Recurso apenas parte da infração 2.

A autuação fiscal, conforme segregou o recorrente, refere-se a incidência do ICMS diferencial de alíquotas incidente sobre aquisições escrituradas em 3 CFOP's, quais sejam: 2.551 – aquisição de ativo imobilizado; 2.556 - aquisição de material de uso e consumo; e 2.557 – transferência de material de consumo.

Tendo em vista a segregação feita pelo recorrente, pautarei minha análise segregadamente, na forma apresentada na impugnação e no Recurso Voluntário interposto.

a) CFOP 2.557:

Em sede de preliminar sustenta o sujeito passivo a necessidade de remessa do presente processo para apreciação, pela Câmara Superior, da proposta de Representação ao Secretário da Fazenda, na forma disciplinada no art. 168 do RPAF/BA.

Analizando os autos, entendo que a preliminar suscitada pelo sujeito passivo merece ser acolhida, na forma a seguir exposta.

O Superior Tribunal de Justiça, através da publicação da Súmula n.º 166, sedimentou o entendimento no sentido de que as transferências de mercadorias entre estabelecimentos consistem em mera circulação física dos bens, não havendo, destarte, circulação jurídica passível de tributação do ICMS:

Súmula 166. Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Esse entendimento acerca do descabimento do ICMS nas operações de transferências, **ainda que interestaduais** continua incólume, conforme demonstram as ementas abaixo colacionadas:

EMENTA Agravo regimental no Recurso extraordinário com agravo. Alegada ofensa ao art. 97 da CF/88. Inovação recursal. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Inexistência de fato gerador. 1. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos. 2. O Supremo Tribunal Federal entende ser insubstancial a tese do chamado prequestionamento implícito. 3. A Corte tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.

(ARE 756636 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 29/04/2014).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. MERA SAÍDA FÍSICA DO BEM. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA TITULARIDADE DO BEM. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o jurisprudência da Corte no sentido de que a mera saída física do bem, sem que ocorra a transferência efetiva de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS. Precedentes. II A controvérsia referente à suposta violação ao art. 97 da Constituição não foi examinada no acórdão atacada, tampouco foi sustentada no Recurso extraordinário, configurando, portanto, inovação em relação ao pedido inicial. Precedentes. III – Agravo regimental improvido”

(AI nº 784.280/AgR-RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 16/11/10).

(Grifos não existentes no original)

Veja-se, inclusive, que até mesmo o entendimento da inaplicabilidade da Súmula 166 nas operações interestaduais - conforme jurisprudência trazida pelo duto procurador, não é unânime, conforme demonstram as ementas a seguir apresentadas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO.

(...) In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica do recorrente, 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, por quanto 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).

De fato, entendo que a tributação pelo imposto referido tão somente ocorre quando houver mudança de titularidade da mercadoria. Desimportando, no caso de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, que estes estejam situados em Estados diferentes.” (AREsp 069931.Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS. Data da Publicação .21/11/2011)

EMENTA: APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE

TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166 STJ. I. Não incide ICMS sobre o deslocamento de mercadorias de um estabelecimento de uma mesma empresa, mesmo que entre estados diferentes da federação, vez que não ocorre a circulação jurídica do bem, apenas a movimentação física, ou seja, não há a transferência da titularidade jurídica do bem, inteligência do art. 155, II, da CF/88. Precedentes do STF e STJ. Apelação improvida e sentença mantida, inclusive, em reexame necessário. (3ª Câmara Cível, em 16 de setembro de 2012).

Portanto, face ao exposto, sou do entendimento de que, tendo em vista o pacífico entendimento já existente na jurisprudência, manter a cobrança do ICMS sobre transferência entre estabelecimentos do mesmo titular acarretará sérios prejuízos ao Erário Estadual em virtude da sucumbência judicial. Desta forma, acolho a preliminar suscitada e proponho a remessa do processo à Câmara Superior para a análise da necessária Representação ao Secretário de Fazenda do Estado, conforme previsão contida no art. 168 do RPAF, aprovado pela Lei n.º 7.629/99, para que este decida acerca da conveniência ou não da propositura de modificação da Lei n.º 7.014/96, no que tange à incidência do ICMS nas operações de transferências.

Indeferida a proposição, passo ao julgamento do mérito.

Apesar do entendimento acerca da aplicabilidade do previsto na Súmula 166 e, portanto, da não incidência do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, reconheço que a sua cobrança atualmente possui lastro na Lei Complementar n.º 87/96 e na Lei n.º 7.014/96, em vigor no Estado da Bahia.

Assim, para extinguir a cobrança ora combatida, necessário seria que este Conselho de Fazenda se pronunciasse acerca da constitucionalidade dos dispositivos legais existentes, o que foge de sua competência, em conformidade com o previsto no art. 167, II do RPAF.

Desta forma, alternativas não me restam senão decidir a lide com base no disposto no art. 17 da Lei n.º 7.014, negando, portanto, provimento ao Recurso interposto quanto a matéria.

b) CFOP 2.551:

Apesar de em sua alegação o recorrente afirmar que os bens adquiridos nas Notas Fiscais nºs 9.036, 9.041 e 456.111, escrituradas em 02/05/2008, 05/05/2008 e 24/05/2008, respectivamente, serem itens componentes de seu ativo imobilizado.

No que tange às Notas Fiscais nºs 9.036 e 9.041, relativas a aquisição de Estrados met para chapa, o recorrente não apresentou qualquer prova de ser item componente de seu imobilizado, motivo pelo qual, decido pela manutenção da cobrança da diferença de alíquotas correspondente.

Em relação à Nota Fiscal nº 456.111, através da qual foram adquiridos microcomputador, mouse, monitor, sistema operacional Windows XP, etc., peço vênia para discordar do entendimento da JJF e do autuante.

Decerto, não é a escrituração fiscal que determina ativação, ou não, de um bem, mas o seu valor e prazo de vida útil, na forma do art. 301, do Decreto nº 3.000 (Regulamento do Imposto de Renda), abaixo transcrito:

Art. 301. O custo de aquisição de bens do ativo permanente não poderá ser deduzido como despesa operacional, salvo se o bem adquirido tiver valor unitário não superior a trezentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos, ou prazo de vida útil que não ultrapasse um ano (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, Lei nº 8.218, de 1991, art. 20, Lei nº 8.383, de 1991, art. 3º, inciso II, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 30).

O enquadramento de um bem como imobilizado independe de sua vinculação direta ao processo produtivo de seu adquirente, conforme determina o Pronunciamento Técnico nº 27, emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Técnicos, entidade autônoma criada pela Resolução CFC nº 1.055/05, com objetivo de uniformizar a Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais, *in verbis*:

Ativo imobilizado é o item tangível que:

(a) é mantido para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços, para aluguel a outros, ou para fins administrativos; e

(b) se espera utilizar por mais de um período.

Correspondem aos direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da entidade ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram a ela os benefícios, os riscos e o controle desses bens.

Desta forma, independente da prova de serem os itens vinculados ou não à produção do recorrente, este fato **não lhes retira a característica de ativo imobilizado**.

Uma vez estabelecido que microcomputador e outros hardwares são itens componentes do ativo imobilizado, resta-nos verificar o dispensa do ICMS diferencial de alíquota, conforme arguído pelo recorrente.

Acerca da isenção, o art. 14 da Lei nº 7.537/99, que assim dispõe:

Art. 14. Fica dispensado o pagamento da diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições, em outros Estados, de bens destinados ao ativo fixo das empresas beneficiárias do PROAUTO.

Depreende-se da norma que a única condição para a dispensa é que a empresa seja beneficiária do PROAUTO, independente da forma ou local onde o bem será utilizado e, dúvidas não restam, quanto ao cumprimento do requisito.

Desta forma, voto pela exclusão do valor de R\$ 263,66, do débito de maio de 2008, relativo ao ICMS cobrado em relação à Nota Fiscal n.º 456.111.

c) CFOP 2.556:

O recorrente reconheceu parte do débito, solicitando apenas a exclusão do valor relativo à Nota Fiscal nº 208.512, de 21/10/2009, cujo bem foi objeto de devolução, através da Nota Fiscal n.º 2510, emitida na mesma data.

A exclusão foi acatada pela autuante, conforme declaração à fl. 81 do presente PAF, mas desconsiderada pela JJF em seu julgamento.

Face à alegação apresentada voto pela exclusão do valor de R\$ 3.703,56, do total do débito relativo ao mês de outubro de 2010.

No que se refere às Notas Fiscais nºs 13.200, de 07/05/2010 e 76.652, de 05/07/2010, apesar de alegação do pagamento antes da autuação fiscal, não consta dos autos qualquer prova da sua quitação antes do início do procedimento fiscal, motivo pela qual serão mantidos na autuação.

Desta forma, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário apresentado para afastar o valor de R\$ 3.967,22, composto da forma a seguir:

Infração	Competência	CFOP	Valor a Excluir
02	Maio/2008	2.551	263,66
02	Outubro/2010	2.556	3.703,56
Total			3.967,22

Face ao exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração no valor de R\$344.177,90, devendo ser homologado o valor já recolhido.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Súmula nº 166)

Peço vênia para discordar do voto da n. conselheira, especificamente no que concerne à infração que trata das transferências de mercadorias entre estabelecimentos da Recorrente.

Quanto às razões recursais atinentes à infração 2 que acusa a Recorrente de falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, destinadas ao consumo do estabelecimento, mantida integralmente, tem fulcro a tese recursal na alegação de que as mercadorias em questão foram transferidas de outro estabelecimento seu, e que nesta hipótese, não há que se exigir ICMS, dado que não resta configurado o fato gerador do imposto, ante a ausência de circulação econômica dos produtos.

Nesse particular, ainda que não seja entendimento pacificado neste CONSEF, tenho me posicionado no sentido da aplicação da Súmula nº 166 editada pelo STJ que diz textualmente que “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*”.

A doutrina tem entendido que o imposto não incide sobre “*mercadorias*” e sim sobre “*operações onerosas*” que transfiram a titularidade de bens classificados como mercadorias. Nesse sentido, situações como a realização de simples transferência física de mercadorias e assemelhadas não se subsumem à tributação pelo ICMS.

A “*circulação*” a que alude o *nomen juris* do imposto, tal como escrito na CF de 1988: “*imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias...*”, consiste na *transferência de propriedade* ou na *tradição* da mercadoria. Ora, se assim o é, não será a saída física de um determinado local que indica a finalização da operação de compra e venda mercantil, já que, independentemente dessa “*saída*” da mercadoria do estabelecimento, deve-se observar a ocorrência do fato gerador do ICMS.

No caso específico, independentemente dos produtos descritos nas notas fiscais, o que se verifica é que foram efetivamente transferidos da Matriz da Recorrente para o estabelecimento autuado, ambos os estabelecimentos do mesmo contribuinte, tendo como natureza da operação “*transferência*”, o que encaixa a situação de fato à situação prevista na dita Súmula nº 166. Demais disso, há que se destacar, *in casu*, que é verdadeira a afirmativa de que não há mercancia, o que afasta a ocorrência de fato gerador de imposto, o que, por conseguinte, afasta a possibilidade de exigência de ICMS por parte do Fisco da Bahia. Nesse sentido, entendo que não pode ser mantida a exigência em apreço.

Dito isto, entendendo que no caso doa autos não há fato gerador do ICMS, o que determina a insubsistência da infração 2 – voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206940.0001/13-4**, lavrado contra a **FERROLENE S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$344.177,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Evany Cândida Vieira dos Santos, Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

EVANY CANDIDA VIEIRA DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS