

Acórdão: 13.918/00/2^a
Impugnação: 40.10058051-55
Impugnante: Engeset Engenharia e Serviços de Telemática S/A
Advogado: José Roberto Camargo/Outro
PTA/AI: 01.000132426-77
Inscrição Estadual: 702.628516.0083
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

ICMS - Apuração Incorreta - Divergência de valores entre o DAPI e o LRAICMS. Recolhimento de ICMS a menor que o devido, por consignar no DAPI valor divergente do saldo escriturado no LRAICMS. Infração comprovada nos autos e não contestada. Exigências fiscais mantidas.

Créditos de ICMS - Aproveitamento Indevido - Bens do Ativo Permanente e Energia Elétrica - O artigo 70 do RICMS/96 veda o aproveitamento de ICMS, a título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento. Excluídas as exigências relativas aos “outros créditos a estornar -RAICMS Campo 007”(coluna 5 do quadro de fls. 16), tendo em vista a ausência de informação por parte do Fisco a respeito da origem dos créditos e dos motivos que ensejaram o respectivo estorno.

Importação - Base de Cálculo - Despesas Aduaneiras - Constatado o recolhimento a menor do imposto devido na importação de mercadoria, pela não inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo do ICMS conforme determina o disposto no artigo 44, inciso I, do RICMS/96 (artigo 60, inciso I, do RICMS/91). Infração comprovada nos autos e não contestada. Exigências fiscais mantidas.

Importação - Falta de pagamento do ICMS - Importação Indireta – A Autuada adquiriu mercadorias do exterior, com a participação de empresas intervenientes estabelecidas no Estado do Espírito Santo. As mercadorias não transitaram pelos estabelecimentos capixabas. Aplicação do disposto na Instrução Normativa DLT/SRE 02/93. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente - Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 - recolhimento de ICMS a menor que o devido, por consignar no DAPI referente ao período de 01 a 31/10/96, valor divergente do saldo escriturado no LRAICMS;

2 - falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS, nos exercícios de 1996 a 1998, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos, os quais foram estornados na Verificação Fiscal Analítica, para fins de recomposição da conta gráfica;

3 - recolhimento a menor de ICMS incidente sobre importação de mercadorias, nos exercícios de 1995 a 1997, decorrente da não agregação à base de cálculo do imposto, dos valores correspondentes às despesas aduaneiras;

4 - falta de recolhimento de ICMS devido nas aquisições de mercadorias importadas do exterior, efetuadas por empresas intermediárias, situadas em outros Estados, mas destinadas ao estabelecimento autuado, simulando operação interestadual.

Exige-se ICMS, MR e MI.

Acompanham a peça fiscal, o Relatório de fls. 07/11 e os Anexos 01 a 04, contendo quadros demonstrativos e documentação respectiva (fls. 15/252).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 255 a 279), aduzindo, em síntese o seguinte:

- a Constituição Federal assegura o princípio da não-cumulatividade do ICMS;

- não é a destinação dada ao bem adquirido (revenda, uso, consumo, integração ao ativo fixo) que irá impedir a fruição do direito à compensação do imposto;

- a Fazenda Pública já havia procedido verificação fiscal anterior, relativa ao mesmo período, e naquela ocasião nenhuma irregularidade fora constatada, restando, pois, homologada a apropriação do crédito do ICMS, ora tido por indevido;

- ainda que se admitisse, hipoteticamente, o creditamento indevido, o tributo somente poderia ser exigido pelo seu valor histórico, dada a homologação feita pelo Fisco Estadual em 30/10/97, à vista do que determina o parágrafo único do artigo 100 do CTN;

- o Ente Público competente para exigir o ICMS na importação é definido pela CF/88, bastando, para isso, identificar a unidade da Federação do estabelecimento destinatário, *in casu*, o Estado de localização do importador;

- o contribuinte do ICMS, na importação, é aquele que, de fato, contrai os direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda internacional;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Fisco pretende reduzir a um só, dois negócios jurídicos distintos: importação e posterior revenda de produtos importados;
- o sujeito passivo da obrigação tributária é o importador que, na espécie, não pode ser confundido com a Impugnante, a qual simplesmente adquiriu as mercadorias numa operação de revenda, subsequente à importação;
- não realizou negócio jurídico que pudesse deflagrar a obrigação que lhe fora imputada, uma vez que a importação fora efetuada por terceiros, a quem cumpre o recolhimento do imposto;
- praticou, com os legítimos importadores, negócios lícitos, cujas operações de revenda foram regularmente acobertadas e o imposto devidamente recolhido;
- o Fisco não apresenta provas de que os custos das importações foram arcados pela Autuada, dado que as ordens de compra não se prestam a tal fim;
- os indícios relatados pelo Fisco não são meios idôneos para justificar o lançamento;
- cabe à autoridade administrativa o ônus da prova, quanto a ocorrência do fato gerador, o que não resta caracterizado nos autos;
- a pretensão fiscal é insustentável, uma vez que se pauta em presunção e indícios ao invés de provas;

Requer a procedência da Impugnação.

O Fisco, em Manifestação de fls. 323 a 329, refuta as alegações da defesa, apresentando os seguintes contra-argumentos:

- o estorno de crédito efetuado, não fere o princípio da não-cumulatividade do ICMS, uma vez que as operações ou prestações realizadas pela Autuada estão fora do campo de incidência do referido imposto, ao contrário, são tributadas pelo ISS;
- não se pode pretender compensar o ICMS incidente sobre a aquisição de bens utilizados em prestações sujeitas a outro tipo de tributo, *in casu*, o ISS;
- é equivocada a afirmação de que o creditamento ora estornado já teria sido homologado pelo Fisco. Em verdade, foram desenvolvidas apenas atividades de acompanhamento fiscal, sem a realização de roteiros de fiscalização ou auditoria sobre a legitimidade dos créditos;
- a exigência relativa ao item 4 do Auto de Infração está amparada em dispositivo constitucional, o qual estabelece que o ICMS, na importação, é devido ao Estado destinatário da mercadoria ;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o aspecto relevante na definição do sujeito passivo, na hipótese de importação, é o local onde a circulação é concluída, ou seja o local do estabelecimento ao qual a mercadoria real e fisicamente se destina;

- a mercadoria objeto da presente autuação fora remetida do local de desembaraço diretamente para o estabelecimento mineiro, o qual arcara com todos os custos inerentes à importação;

- o contribuinte não mineiro apenas “emprestou” seu nome na operação de importação, consoante faz constar da documentação de fls. 54 e 56;

- a Autuada é, faticamente, a real destinatária da mercadoria importada;

- os documentos acostados aos autos configuram a simulação de operação interestadual quando, na realidade, a natureza da operação é de importação;

- a Consulta de Contribuinte n.º 133/98, bem como o Acórdão 13574/99/3^a, corroboram o entendimento manifestado na peça acusatória.

Pede a manutenção integral das exigências fiscais.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 333, resultando na manifestação de fls. 335 (Termo de Retificação).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 340/347, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

De início, há que salientar que, embora não tenham sido objeto de contestação pelo sujeito passivo, as infrações apontadas nos itens 1 e 3 do Auto de Infração restam devidamente caracterizadas nos autos.

O documento de fl. 103 (RAICMS) aponta para o período de 01 a 31/10/96, saldo devedor de ICMS no valor de R\$5.078,77, enquanto que o DAPI e o DAE do mesmo período atestam o recolhimento de apenas R\$ 4.078,77 (fls. 99 a 101), caracterizando assim, recolhimento a menor de imposto no valor de R\$1.000,00.

Por outro lado, o demonstrativo consolidado(fl.107), acrescido dos documentos de fls. 108 a 209, comprovam ter havido recolhimento a menor de ICMS, no período de 1995 a 1997, em virtude da não agregação dos valores correspondentes às despesas aduaneiras à base de cálculo do imposto incidente sobre a importação de mercadoria do exterior, em inobservância às determinações do artigo 13, inciso I, da Lei 6763/75.

Quanto a infração apontada no item 2 do Auto de Infração, a mesma versa sobre aproveitamento indevido de crédito de ICMS, conforme valores e períodos demonstrados no documento de fl. 16.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A referida irregularidade fora descrita no Relatório de fl. 07 e melhor tipificada pela redação do documento de fl. 335.

Referidos créditos, levados a estorno pelo Fisco, são originários de ICMS relacionados a bens destinados a compor a ativo fixo da adquirente, acrescidos do valor correspondente ao diferencial de alíquota, além de ICMS relativo a energia elétrica.

Há que se atentar para o que dispõe a legislação tributária sobre a matéria em questão.

Em consonância com o artigo 20, § 1º da LC 87/96, o RICMS/96, em seu artigo 70, veda o aproveitamento de ICMS, a título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Por sua vez, o § 3º do citado dispositivo regulamentar define como alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não forem utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

A Instrução Normativa DLT/SRE Nº 01, de 06/05/98, define como alheio à atividade do estabelecimento, os bens entrados, inclusive mercadorias ou os serviços recebidos que forem utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do ICMS.

À luz da legislação citada, verifica-se que os créditos apropriados pela Autuada o foram de forma indevida, vez que, os valores de ICMS creditados pela Impugnante são originários, em sua maioria, de aquisição de veículos, consoante demonstram documentos apensos às fls. 63 a 96, os quais certamente foram utilizados nos serviços de construção civil, atividade preponderante da empresa, não sujeita à incidência do ICMS. Indubitavelmente, tais bens não foram comercializados, nem utilizados na produção de mercadorias destinadas a revenda, o que não se constitui objeto social da Autuada.

Assim, em razão da inexistência de operações subsequentes tributadas pelo ICMS não se pode legitimar o procedimento adotado pela Impugnante. Se não houve débito do referido imposto não há que se falar em crédito ou compensação do mesmo, sendo, portanto, pertinente o estorno dos valores provenientes das referidas aquisições, acrescido do diferencial de alíquota relativo a mercadorias alheias à atividade do estabelecimento.

Pelo mesmo motivo, os créditos relacionados ao consumo de energia elétrica também foram apropriados indevidamente pela Impugnante, dada a sua utilização em atividade não alcançada pela incidência do ICMS, o que contraria as determinações do artigo 70, inciso IV, do RICMS/96.

Por outro lado, não procede a alegação do sujeito passivo de que os valores creditados já teriam sido objeto de homologação pela Fazenda Pública.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As anotações contidas no RUDFTO, à fl. 292, não contêm homologação expressa dos valores ora estornados, salientando-se que o trabalho realizado foi tão-somente de acompanhamento fiscal. Ressalte-se que, ainda que homologado o lançamento declarado pelo contribuinte, observado o prazo decadencial, o Fisco poderia revê-lo, nos termos do artigo 149, do CTN.

Entretanto, devem ser excluídas do crédito tributário, as exigências relativas aos “outros créditos a estornar -RAICMS Campo 007”(coluna 5 do quadro de fls. 16), tendo em vista a ausência de informação por parte do Fisco a respeito da origem destes créditos e dos motivos que ensejaram o respectivo estorno.

A irregularidade descrita no tem 4 do Auto de Infração é originária da falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operação de importação de mercadorias do exterior, destinadas a contribuinte mineiro, realizada por empresas intermediárias, sediadas em outras Unidades da Federação.

Nos termos da Constituição Federal/1988, o ICMS incidente sobre a importação de mercadoria do exterior é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria, (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”).

O legislador constituinte procurou destacar o aspecto finalístico da operação de circulação da mercadoria importada, sendo imperioso conhecer, na definição do sujeito ativo da obrigação, o local onde a circulação da mercadoria se concluir.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei Complementar 87/96, em seu art. 11, alínea “d” estabelece que, o local da operação, na importação, será aquele onde estiver localizado o estabelecimento que promover a entrada física da mercadoria.

Esse entendimento foi também adotado pelo legislador mineiro, que assim se posicionou na Lei 6763/75, com redação posterior à LC 87/96:

“Art. 33

(...)

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para efeitos de pagamento do imposto:

1 - Tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

i - importados do exterior:

i - 1 - o do estabelecimento:

(...)

i .1.3 - destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

previamente vinculada ao objetivo de destiná-los àquele.”

Diante do que dispõe a legislação tributária, é fundamental que se busque conhecer quem é, de fato, o estabelecimento que promoveu a importação das mercadorias objeto da presente ação fiscal, a fim de se determinar a sujeição passiva da obrigação tributária.

O relatório fiscal anexo às fls. 08 e 09, bem como a documentação complementar trazida nos autos, dão conta de que as mercadorias importadas não transitaram pelos estabelecimentos tidos como “revendedores” das mercadorias. Ao contrário, os produtos foram remetidos do porto, aeroporto ou local de desembarque diretamente para o estabelecimento da Autuada, real destinatária das mercadorias.

Diversos são os documentos que retratam essa afirmação, a exemplo do pedido de compra 7811 (fls. 219 a 225) correspondentes às Notas Fiscais 000788 e 000789, emitidas por Sudamex Trading Importação e Exportação, bem como a planilha de custo de importação indireta (fl. 226). Tais documentos atestam que as operações de importação foram realizadas com o objetivo prévio de destinar as mercadorias ali elencadas ao estabelecimento da Autuada, tanto assim que a mesma arcaria com todos os custos de importação, conforme faz constar da Planilha supracitada.

A salientar que uma das empresas, supostamente revendedora, a Lucent Thecnologies Brasil Ltda, sequer consta do cadastro da Receita Federal como empresa importadora, nos termos da consulta anexa à fl. 251.

Ressalte-se, ainda, que os valores constantes do pedido anexo à fl. 243 a 246, estão expressos em moeda do país exportador (dólar), o que reforça a conclusão de ser a Autuada a real importadora das mercadorias.

Acresça-se, por fim, que o procedimento da Autuada, além de contrariar a norma constitucional e a legislação tributária mineira, citadas anteriormente, deixa de observar a Instrução Normativa nº 02/93, a qual estabelece:

“1 - É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:

(...)

b - por estabelecimento situado em outra unidade da Federação;

(...)

b.2 - quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado; (...).”

Por estas razões, infere-se restarem caracterizadas as infrações apontadas pelo Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir, no que se refere ao item 2 do Auto de Infração, as exigências relativas aos "outros créditos a estornar" (coluna 5 do quadro de fls. 16). Vencido o Conselheiro Wagner Dias Rabelo que excluía as exigências relativas a este item, na sua totalidade. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente, a Dra. Nilber Andrade. Participou do julgamento, também o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 11/10/00.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Edmundo Spencer Martins
Relator

/H

CC/MG