

Acórdão: 16.043/03/1^a
Impugnação: 40.010107629-90
Recurso de Agravo: 40.030108179-23
Impugnante/Agrav.: Teleflex do Brasil S/A
Proc. S. Passivo: Sandra Mara Lopomo/Outros
PTA/AI: 01.000140066-16
Inscrição Estadual: 324.107488.00-89(Autuada)
Origem: AF/ Itajubá
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Constan dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - USO, CONSUMO E ATIVO FIXO. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo fixo. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para cancelar as exigências relativas às notas fiscais para as quais comprovou-se tratar de erro formal de escrituração do CFOP e que as mercadorias foram destinadas a revenda.

IMPORTAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - DESPESAS ADUANEIRAS E O PRÓPRIO IMPOSTO. Constatado, mediante conferência das operações de importação, o recolhimento a menor de ICMS, em face da não inclusão na base de cálculo de despesas aduaneiras, bem como do valor do próprio ICMS. Infração caracterizada nos termos dos artigos 44, inciso I, "d" e 49, ambos do RICMS/96.

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - LOCAL DA OPERAÇÃO - IMPORTAÇÃO INDIRETA. Não restou caracterizada a acusação de que as mercadorias foram importadas por contribuinte localizado em outra unidade da Federação, com o objetivo prévio de serem destinadas à Autuada, neste Estado. Infração não configurada. Exigências fiscais canceladas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO. Constatado o aproveitamento integral de créditos de ICMS, originários de entradas de bens destinados a integrar o ativo permanente, quando o correto seria o aproveitamento do imposto à razão de 1/48 (hum quarenta e oito avos), conforme disposto no item 1, § 3º do artigo 66 do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para conceder o crédito integral relativamente às Notas Fiscais para as quais comprovou-se tratar de mercadorias destinadas a revenda.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, apurado em Verificação Fiscal Analítica - B, no período de 28/12/2000 a 31/10/2001, pelas seguintes irregularidades:

- 1) falta de recolhimento do diferencial de alíquota, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da federação, destinadas ao ativo fixo e/ou uso ou consumo;
- 2) não inclusão, na base de cálculo, de todas as despesas aduaneiras, bem como do próprio ICMS;
- 3) falta de recolhimento de ICMS, em operações de importação indireta de mercadorias do exterior;
- 4) falta de recolhimento de ICMS, em operações de importação indireta de mercadorias do exterior, lançadas nas DSI's 00/0037279-4 e 01/0132933-9;
- 5) aproveitamento integral de créditos de ICMS, originários de entradas de bens destinados a integrar o ativo permanente, quando o correto seria o aproveitamento à razão de 1/48 ao mês, o que resultou, após recomposição da conta gráfica, na redução do saldo credor relativamente ao período fiscalizado.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 342 a 357, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 462 a 495.

Indeferido o requerimento de prova pericial às fls. 500 a 501, o mesmo foi agravado às fls. 504 a 509.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 514 a 523, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos, cumpre observar que a prova pericial suscitada pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a sua produção.

O pleito da Impugnante diz respeito a questões relacionadas com a análise meritória do lançamento tributário, que deverá ser objeto de julgamento pelo CCMG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, infere-se desnecessária a realização da prova pericial requerida, razão pela qual deve-se indeferir o requerimento de perícia, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

1 - Do diferencial de alíquota

O item 1 do AI versa sobre acusação de falta de recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, em operações de aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, destinadas ao uso, consumo e/ou ativo fixo, conforme notas fiscais elencadas às fls. 20/21, que resultou na cobrança de diferença de ICMS a recolher, nos meses de março/01 a julho/01 e outubro/01, no valor total de R\$7.537,97.

A exigência fiscal tem respaldo no artigo 12, § 2º da Lei 6763/75 e nos artigos 84, inciso III e 85 § 5º, item 1, ambos do RICMS/96.

A Autuada alega que as mercadorias objeto desta acusação, na verdade, teriam sido destinadas a revenda, mas que, por equívoco no lançamento contábil relativamente ao Código Fiscal de Operações, teriam sido lançadas como sendo aquisições destinadas ao uso, consumo ou ativo fixo.

Entretanto, a tese da defesa não se mostra totalmente sustentável, eis que, da análise da planilha elaborada pelo Sujeito Passivo (fls. 377/379), bem como dos demais elementos por ele carreados aos autos, verifica-se que apenas as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 27856 de 01/03/01 (fl. 382) e a Nota Fiscal nº 005440 (fl. 381) de 31/05/01, possuem a correspondente nota fiscal de revenda (fl. 383), conforme conclui a própria Impugnante à fl. 380.

Assim, restando comprovado, em relação a essas duas notas fiscais, tratar-se de erro material na escrituração do Código Fiscal de Operação (CFOP), equívoco este que não resultou em falta de recolhimento de imposto, faz-se necessário excluir das exigências apontadas na listagem de fls. 20/21, as parcelas de ICMS/MR relacionadas com essas duas notas fiscais:

Nº NOTA FISCAL	DATA	DIFERENÇA DE ALÍQUOTA (R\$)
027856	01/03/01	857,40
005440	31/05/01	4.019,77

2 - Do Recolhimento a Menor de ICMS na Importação

A segunda irregularidade apontada no AI em apreço versa sobre recolhimento a menor de ICMS incidente na importação de mercadorias do exterior, em face da não inclusão de todas as despesas aduaneiras incorridas, bem como do valor referente ao próprio ICMS, o que resultou na cobrança de diferença de imposto no valor de R\$20.759,99, conforme demonstra o Autuante no "Anexo 6" (fls. 260/264).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No demonstrativo de fls. 261, o Fisco aponta diversas DI's, sendo que, para algumas não se incluiu na base de cálculo do imposto, o valor correspondente às despesas aduaneiras e, para outras, ofereceu-se à tributação valor inferior ao devido.

A inclusão das despesas apontadas pela Autoridade Lançadora, tais como, Serviço de Despachante Aduaneiro - SDA, AFRMM, Demurrage, Seguro, Taxas, Comissões, Armazenagem, Conferência, etc., cobradas do importador no controle e desembaraço das mercadorias, obedece a regra inserida no artigo 13, inciso I da Lei 6763/75 e artigo 44, inciso I, Alínea "d", do RICMS/96.

Insurge-se a Autuada contra a inclusão das despesas com despachante, lançadas em notas fiscais de serviços como sendo "Comissões", alegando que a não inclusão desse valor na base tributável se deve à observância de orientação recebida da própria SEF, conforme notícia o despacho de fls. 388.

Cumprе assinalar, contudo, que o referido pronunciamento fora emitido quando ainda não vigia a redação da alínea "d" do inciso I do artigo 44, do RICMS/96, que passou a vigorar a partir de 19/11/98, quando então as despesas com despachante, entre outras, foram ali exemplificadas.

Portanto, a orientação anterior, dada pela SEF, deixa de surtir efeitos, tendo em vista a edição de norma regulamentar superveniente, que com ela é incompatível.

Quanto à exigência fiscal decorrente da não inclusão do ICMS, na base de cálculo do próprio imposto, deriva da inobservância, pelo Sujeito Passivo, da regra geral do ICMS, prevista no parágrafo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, segundo a qual "integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle".

Nota-se, pois, que a mencionada regra, reproduzida no § 15, do artigo 13, da Lei 6763/75 e artigo 49, da Parte Geral do RICMS/96, alcança a base de cálculo relativa a qualquer uma das hipóteses de incidência do ICMS, inclusive, na entrada de mercadorias importadas do exterior.

Assim, na importação, além das parcelas elencadas no inciso V do artigo 13, da citada Lei Complementar, há de se proceder a inclusão, no montante relativo à base de cálculo, do valor referente ao próprio ICMS, uma vez que essa parcela não se encontra incorporada nos demais itens ali mencionados.

Verifica-se, então, que o comando legal que caracteriza o ICMS como um "imposto por dentro" deriva da própria Lei Complementar nº 87/96.

Desse modo, percebe-se que a Emenda Constitucional nº 33/2001, citada pela Impugnante, embora constitua norma jurídica de *status* hierarquicamente superior à LC, não ampliou a base de cálculo do ICMS, mas teve por objetivo, tão-somente, explicitar a regra geral do ICMS, já contemplada na LC 87/96.

Convém assinalar que esta é a conclusão a que chegara a SLT/SEF, por ocasião das respostas a diversas Consultas de Contribuintes, a exemplo das Consultas de nº 31 e 32/2001 e 125/2002.

3 e 4 - Importação Indireta

O Fisco acusa, no item 3 do AI, a falta de recolhimento de ICMS incidente na importação indireta de mercadorias do exterior, alegando que o imposto devido teria sido recolhido para São Paulo ou Minas Gerais, mas por outro contribuinte, diverso do importador (Autuada).

De acordo com o relatório do AI, as exigências fiscais foram apuradas no "*confronto com os documentos e livros Diário e Razão Analítico, comprovando assim a real destinação das mercadorias*", o que teria justificado a cobrança do ICMS, no valor de R\$1.362,57.

Pelo que se vê dos autos, tal quantia refere-se às operações relacionadas no "Anexo 7" (fls. 265/268), intituladas de "Importações via Courier - Regime de Tributação Simplificada".

Porém, não foram trazidos aos autos deste PTA, elementos materiais que comprovem a ocorrência da importação indireta, a exemplo daqueles mencionados na Instrução Normativa Conjunta SLT/SRE/SCT nº 03, de 14/11/2001.

Com referência às exigências relativas à acusação do item 4 do AI em apreço, a qual também refere-se a importação indireta, segundo o Autuante, decorrem das operações mencionadas nas DSI - Declarações Simplificadas de Importação - de nº 00/0038279-4 e 01/0132933-9, que resultaram na cobrança de ICMS no valor de R\$1.306,55, conforme valores demonstrados no "Anexo 8" (fls. 269/271).

As citadas DSI's, cujas cópias encontram-se às fls. 233/240 e 253/257, indicam como importador das mercadorias a empresa FÂNIA FABR. NACIONAL DE INSTRUMENTOS P/ AUTO VEICULOS LTDA, sediada no Estado de São Paulo, mas, de acordo com a acusação fiscal, tais produtos teriam sido importados com o objetivo prévio de serem destinados à Autuada, neste Estado, a quem cabe o ICMS, por configurar a hipótese de importação indireta.

Existem evidências nos autos de que despesas aduaneiras, incorridas em ambas as importações, teriam sido suportadas pela Autuada. É o que se vê do lançamento do livro Razão Analítico (fl. 285), que contém registro de pagamento referente a serviços mencionados na NF 15426 (fl. 228), bem como pagamento de despesas aduaneiras constantes da Nota Fiscal 17839 (fl. 250), apontado no Livro Razão Analítico (fls. 288 e 293), sendo que para este último livro, não se pode conhecer ao certo, a que empresa pertence, vez que contém nome da FANIA e TELEFLEX.

No entanto, em ambos os casos (itens 3 e 4 do AI), não foram trazidos aos autos o elemento fundamental para a caracterização da infração, qual seja, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovante de que a entrada física da mercadoria ocorreu no estabelecimento da Autuada, a fim de configurar a hipótese prevista no artigo 33, § 1º, item 1, "i" da Lei 6763/75.

Assim, não restando devidamente configuradas as acusações descritas nos itens 3 e 4 do AI, há que se cancelar as exigências fiscais delas decorrentes.

5 - Alteração do saldo credor

O item 5 do relatório fiscal de fls. 23/24, menciona o procedimento denominado - Roteiro 2 - Verificação Fiscal Analítica B (fls. 18/19), que consistiu na recomposição da conta gráfica do contribuinte, no período de Fevereiro/01 a Outubro/01, quando foram concedidos créditos legítimos, não apropriados pelo contribuinte, bem como glosados valores aproveitados em excesso, resultando, ao final, na redução do saldo credor do contribuinte de R\$123.161,04 para R\$73.656,72.

Da análise das cópias das notas fiscais que tiveram seus créditos estornados, trazidas pela Impugnante às fls. 438/447 e do Livro de Registro de Entradas (fls. 314/336), percebe-se que o procedimento fiscal que resultou na glosa de créditos, deriva do aproveitamento integral de créditos do imposto, originários de entradas de bens destinados a integrar o ativo fixo, quando o correto seria o aproveitamento do imposto à razão de 1/48 (hum quarenta e oito avos) ao mês, em consonância com a regra inserida na subalínea "a.2" do item 4 do § 5º do art. 29 da Lei 6763/75, reproduzida no item 1, § 3º do art. 66 do RICMS/96.

Entretanto, para algumas das notas fiscais que tiveram seus créditos glosados pelo Fisco, a Autuada comprovou tratar-se de mercadorias destinadas a revenda, mas que, inadvertidamente, foram lançadas com CFOP como se destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, tal como ocorrera em algumas das situações mencionadas no item 1 do AI, relativamente à diferença de alíquota.

É o caso das seguintes notas fiscais:

NOTA FISCAL AQUISIÇÃO	VR. ICMS	NF REVENDA
004890 (fl. 439)	1.927,18	000164 (fl. 450)
004058 (fl. 440)	1.443,33	000164 (fl. 450)
005440 (fl. 443)	8.039,53	000164 (fl. 450)
072558 (fl. 447)	5.137,90	000163 (fl. 449)

Para as operações acima citadas, em que a Autuada comprovou tratar-se de aquisições destinadas a revenda, há que se conceder o crédito integral, em obediência ao princípio da não-cumulatividade do imposto.

Nos demais casos, depreende-se legítimo o procedimento do Fisco, eis que o contribuinte não trouxe aos autos elementos probantes de que as mercadorias foram,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de fato, objeto de revenda, eis que as mercadorias constantes das demais notas fiscais de aquisição não guardam correlação com os produtos vendidos, seja pela incompatibilidade na descrição do produto, seja pela diferença no código da classificação fiscal, dado pela NBM.

Feitas estas considerações, conclui-se que o crédito tributário merece os reparos já salientados.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos Autos. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para excluir as exigências fiscais, em relação ao item 1, das Notas Fiscais nºs 027856 e 005440, para cancelar as exigências fiscais em relação aos itens 3 e 4 e, em relação ao item 5, conceder o crédito integral das Notas Fiscais nºs 004890, 004058, 05440 e 072558. Vencidos os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que o julgavam parcialmente procedente, para a manutenção das exigências fiscais somente em relação ao item 2. Designado Relator o Conselheiro José Luiz Ricardo (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Carlos Henrique Crosara Delgado e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participou também do julgamento, a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 19/03/03.

**José Luiz Ricardo
Presidente/Relator**

JLR/EJ