

Acórdão: 14.488/00/1^a
Impugnação: 40.10057771-94
Impugnante: TV Vídeo Cabo de Uberlândia Ltda.
Advogado: José Roberto Camargo
PTA/AI: 01.000134719-35
Origem: AF/ III/ Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

Importação - Falta de Recolhimento do ICMS - Local da Operação. A imputação fiscal de importação indireta não restou plenamente caracterizada nos autos, diante das razões e provas carreadas pela Impugnante, justifica-se o cancelamento das exigências.

Importação - Base de Cálculo - Despesa ADUANEIRA. Constatado, mediante conferência das operações de importação que a Impugnante recolheu ICMS a menor por não inclusão na base de cálculo das despesas aduaneiras. Infração caracterizada nos termos dos arts. 60, inciso I, do RICMS/91 e 44, inciso I, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

Importação - Falta de Recolhimento do ICMS - Equipamento de Telecomunicação. A isenção do imposto prevista no art. 13, inciso LXXVI, do RICMS/91, vigente à época, não se aplica à Impugnante, visto que suas atividades estão conceituadas como “serviço especial de telecomunicação”, não se enquadrando, pois, como serviço de radiodifusão. Exigências fiscais mantidas.

Importação - Falta de Recolhimento do ICMS - Materiais de Uso e Consumo - Constatada a falta de recolhimento do ICMS devido pela importação de materiais para uso e consumo. Infração caracterizada nos termos dos arts. 5º, §1º, item 5 e 6º, inciso I, da Lei nº 6763/75. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

1) falta de recolhimento de ICMS devido nas aquisições de mercadorias importadas do exterior, no período de 1997, 1998 e 1999, efetuadas por empresas intermediárias, situadas em outros Estados, mas destinadas ao estabelecimento da Autuada, simulando operação interestadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2) recolhimento de ICMS a menor que o devido na importação de mercadorias, nos exercícios de 1995, 1996, 1997 e 1999, decorrente da não agregação à base de cálculo do imposto, dos valores correspondentes às despesas aduaneiras;

3) falta de recolhimento de ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, no ano de 1995, por utilizar-se, indevidamente, do benefício da isenção previsto no artigo 13, inciso LXXVI, do RICMS/91;

4) falta de recolhimento de ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, no exercício de 1995.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 453/482, aos seguintes fundamentos:

- alega que o sujeito passivo, na importação é aquele que importou os bens, ou seja, quem de fato realizou o negócio mercantil (compra e venda) no exterior;

- aduz ser incoerente adotar como critério definidor da competência tributária, o local da entrada física das mercadorias, no caso de esta se dar no estabelecimento de uma pessoa diferente do importador;

- ressalta que o Fisco pretende reduzir a um só, dois negócios jurídicos distintos: importação e posterior revenda dos produtos importados;

- sustenta que o sujeito passivo, na importação, é aquele que, de fato, contrai os direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda internacional, não podendo, na espécie, confundi-lo com a Impugnante, a qual simplesmente adquiriu as mercadorias numa operação de revenda, subsequente à importação, concluindo que o destinatário final da mercadoria nem sempre é o importador;

- afirma que jamais praticou o negócio jurídico que pudesse deflagrar a obrigação tributária que lhe fora imputada, 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;

- salienta que 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 pela Fiscalização, não são meios idôneos para justificar o lançamento;

- sustenta caber à autoridade administrativa o ônus da prova, quanto à ocorrência do fato gerador, o que não resta presente nos autos;

- reafirma que a pretensão fiscal é insustentável, eis que se pauta em presunção e indícios, ao invés de provas;

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- diz que, à época dos fatos apontados nos itens 3 e 4 do relatório do Auto de Infração, fazia “jus” ao benefício da isenção prevista no artigo 13, inciso LXXVI, do RICMS/91;

- corroborando seu entendimento cita o Acórdão n.º 1536/96/CS;

- assevera que as importâncias pagas a título de armazenagem, estadia, capatazia e arrumação foram indevidamente incluídas na base de cálculo do imposto, por não serem despesas compulsórias no controle e desembaraço das mercadorias importadas, conforme dispõe o artigo. 60, inciso I, do RICMS/91, que vigorou até 18 de novembro de 1998;

- cita outras decisões do CC/MG, favoráveis ao seu entendimento, proferidas nos Acórdão 1944/98/CS e 1948/98/CS.

Ao final, pede a procedência da Impugnação.

À vista da irregularidade na representação, não sanada em tempo hábil, o Chefe da AF/ III/ Uberlândia indeferiu a Impugnação apresentada, conforme Ato Declaratório de fl. 504, endereçado à Autuada, em 28 de janeiro de 2000.

Irresignado, o Sujeito Passivo interpõe a Reclamação de fls. 506 a 512, oportunidade em que sana o vício na representação.

A ACT/AF/III/Uberlândia, em Despacho de fl. 521, reconhece ter havido falha na intimação, envia o PTA à Auditoria Fiscal, a qual, após análise, decide deferir a Reclamação, nos termos do Despacho de fl. 522, devolvendo os autos ao Fisco, para manifestação, nos termos do artigo 100, da CLTA/MG.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 528/536 dos autos, às seguintes assertivas:

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

- alega que, no caso em tela, não ocorreu a entrada física da mercadoria importada no estabelecimento importador, porque, em seguida ao seu recebimento em território nacional, estas foram remetidas ao adquirente mineiro, por sua conta e ordem;

- afirma que o contribuinte de fora do Estado apenas “emprestou” seu nome para a operação de importação, mas, de fato, o real importador é o destinatário mineiro, ora autuado. Os documentos acostados aos autos configuram simulação de operação interestadual quando, na realidade, a natureza da operação é importação;

- corroborando seu entendimento cita a Consulta n.º 133/98, respondida pela SLT/SRE, bem como o Acórdão 13574/99/3ª;

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ressalta que não se aplica à Impugnante a isenção prevista no artigo 13, inciso LXXVI, do RICMS/91, concedida tão somente às empresas de radiodifusão;
- explica que a inclusão das despesas aduaneiras à base de cálculo do imposto, decorre de imposição legal, prevista no artigo 13, inciso I, da Lei n.º 6763/75;
- alega ser evidente que todas as empresas com fins lucrativos só desembolsam valores a títulos de despesas, se as mesmas forem necessárias e compulsórias.

Ao final, pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 544/550 dos autos, propugna pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

- 1) falta de recolhimento de ICMS devido nas aquisições de mercadorias importadas do exterior, no período de 1997, 1998 e 1999, efetuadas por empresas intermediárias, situadas em outros Estados, mas destinadas ao estabelecimento da Autuada, simulando operação interestadual;
- 2) recolhimento de ICMS a menor que o devido na importação de mercadorias, nos exercícios de 1995, 1996, 1997 e 1999, decorrente da não agregação à base de cálculo do imposto, dos valores correspondentes às despesas aduaneiras;
- 3) falta de recolhimento de ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, no ano de 1995, por utilizar-se, indevidamente, do benefício da isenção prevista no artigo 13, inciso LXXVI, do RICMS/91;
- 4) falta de recolhimento de ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, no exercício de 1995.

Do Mérito

Irregularidade 1

Inicialmente, destacamos que não se contesta, neste ponto da ação fiscal, a ocorrência da importação, tendo em vista o disposto no artigo 5º, § 1º, item 5 e artigo 6º, inciso I, ambos da Lei n.º 6.763/75, ademais a gama de documentos carreados aos autos evidencia a certeza da ocorrência desta operação. A controvérsia gira em torno da figura do sujeito passivo e, conseqüentemente, da competência para a arrecadação do imposto.

Sustenta a Fiscalização a ocorrência de operação de importação indireta, ou seja, a mercadoria importada é prévia e especificamente destinada à pessoa diversa

daquela que a importou e a ela seja, diretamente, destinada, quando do desembaraço. No caso em tela, a operação teria como destinatário final a empresa mineira ora Impugnante e como intermediárias empresas importadoras, sendo que o ICMS, considerando o critério da entrada física da mercadoria, seria devido ao Estado de Minas Gerais.

No entanto, corroborando entendimento diverso ao desenvolvido pela Fiscalização, dos documentos acostados aos autos, depreende-se, claramente, que os importadores são as empresas Intercontinental Importadora Ltda. (GO), Internacional Importação e Exportação Ltda. (ES) e MEGAPORT Comércio Internacional Ltda. (ES) ou seja, são as destinatárias finais da operação de importação.

Neste sentido, destacamos que a atividade desenvolvida por estas empresas é a importação, sendo assim, promoveram a compra, a importação de mercadorias e, por fim, a revenda das mesmas à empresa mineira ora Impugnante.

Tendo em vista a consagrada prática comercial, temos por lógica a não estocagem dos mesmos pela Importadora, justificando-se a agilidade no processo. Não pode o Fisco desenvolver uma tese que conecte operações distintas (importação e revenda) como se única fosse, inobservando evidentes nuanças das mesmas.

No caso em análise, estaríamos abolindo a figura da empresa que tem por objeto social a importação. É, no mínimo, razoável considerar que esta promova a compra, para, evidentemente, revender. Trata-se de seu ofício.

O sujeito passivo não é, portanto, a empresa TV Vídeo Cabo de Uberlândia, conseqüentemente o Estado de Minas Gerais não é competente para exigir da Impugnante o ICMS/Importação.

Irregularidade 2

O item 2 do Auto de Infração em comento, acusa recolhimento a menor de ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, nos exercícios de 1995 a 1999, tendo em vista que a Impugnante não incluiu, na base de cálculo do imposto, a parcela relativa às despesas aduaneiras, conforme comprovam os documentos que compõem o Anexo II (fls. 201 a 353).

Diante disso, o Fisco apurou a diferença do imposto não recolhido, incidente sobre as despesas pagas a título de armazenagem, capatazia, Infraero, DCI – Declaração Complementar de Importação, recolhido por meio de DARF, etc., valores estes correspondentes às despesas gastas no controle e desembaraço das mercadorias importadas, em cumprimento à norma expressa nos artigos 60, inciso I, do RICMS/91 e 44, inciso I, do RICMS/96, vigentes à época dos fatos, que assim dispõem:

“Art. 60 – Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento, a base de cálculo do imposto é:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior, o valor constante do documento de importação, acrescido do valor dos impostos de importação, sobre produtos industrializados e sobre operações de câmbio, e de despesas aduaneiras, assim entendidas aquelas necessárias e compulsórias no controle e desembaraço da mercadoria, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 70.

.....”

“Art. 44 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento, e nos Anexos IV e XI, a base de cálculo do imposto é:

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 47 deste Regulamento, o valor constante do documento de importação, acrescido:

- a) do valor do Imposto de Importação;
- b) do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados;
- c) do valor do Imposto sobre Operações de Câmbio;
- d) de quaisquer despesas aduaneiras, cobradas ou debitadas ao adquirente no controle de desembaraço da mercadoria, tais como o adicional ao frete para renovação da marinha mercante, adicional de tarifa portuária, despachante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;

.....”

A Impugnante pretende esquivar-se do pagamento do imposto incidente sobre tais quantias, citando, em seu favor, a decisão proferida por este Egrégio Conselho, no Acórdão n.º 1948/98/CS, em que foram excluídas da base de cálculo do ICMS, os valores relacionados à armazenagem, capatazia e arrumação.

Importa aclarar que o referido Acórdão fora amparado em resposta à Consulta Fiscal n.º 612/90, expedida em 14/09/90 pela DLT, quando da vigência do RICMS/84.

Entretanto, a infração apontada pelo Fisco, neste item, refere-se a período posterior (março/95 a fevereiro/99), quando vigia o RICMS/91 e, posteriormente, o RICMS/96, cuja redação relativa à matéria em apreço era diferente daquela em que se embasara a DLT, quando da resposta à Consulta anteriormente citada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, faz-se necessário acrescentar que, sobre este assunto, labora em favor do feito fiscal, a resposta à Consulta de Contribuinte nº 238/98, de 15/09/98, a qual descrevemos a resposta:

“Apesar do Regulamento do ICMS não relacionar as despesas aduaneiras a serem incorporadas à base de cálculo do imposto nas operações de importação, definiu que seriam aquelas necessárias e compulsórias gastas em decorrência do desembaraço da mercadoria, ou seja, despesas sem a realização das quais não seria efetivado o desembaraço.

Destarte, quaisquer despesas indispensáveis, cobradas ou debitadas ao adquirente até o efetivo desembaraço da mercadoria, configura-se como despesas aduaneiras, exemplificativamente, podem ser citadas: adicional sobre o frete para renovação da Marinha Mercante; valores pagos, via DARF (tributos e multas); contribuição ao FUNDAF; armazém, capatazia e arrumação; acompanhamento fiscal, passagens e diárias; técnico certificante; exames laboratoriais.”

Nota-se que a resposta supracitada fora expedida à época em que vigorava a redação original do artigo 44, inciso I, do RICMS/96, que por sua vez era idêntica à disposição inserida no artigo 60, inciso I, do RICMS/91, como já explicitado.

Portanto, há de se concluir que, mesmo no período anterior à nova redação do artigo 44, inciso I, do RICMS/96, dada pelo artigo 1º do Decreto n.º 40.059, de 18/11/98, as despesas com armazenagem, capatazia e arrumação, questionadas pela Impugnante, deveriam compor a base de cálculo do imposto, quando da importação de mercadorias do exterior, sendo, pois, legítima a exigência fiscal.

Irregularidade 3

Aponta o Fisco a falta de recolhimento do ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, no período de 1995, à vista da utilização indevida, pela Impugnante, do benefício da isenção prevista no artigo 13, LXXVI, do RICMS/91.

Inicialmente, evidencia-se como questão a ser elucidada o fato de a natureza dos serviços prestados pela Impugnante serem ou não de comunicação.

Neste sentido, em obediência à Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 6763/75, em seu artigo 5º, instituiu, como fato gerador do ICMS, desde 13 de março de 1989, a prestação de serviços de comunicação.

Referida Lei, em seu artigo 6º, inciso XI, ao definir as situações enquadradas como fato gerador do ICMS assim dispõe:

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

.....

XI- a geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte.

.....”

A Lei Federal n.º 4.117, de 27/08/62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu artigo 4º, definiu como serviços de telecomunicações:

“Art. 4º - Para os efeitos desta Lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.(...)”

Da simples interpretação literal da palavra “telecomunicação”, assim como da comparação da duas definições supracitadas, depreende-se que a telecomunicação é uma modalidade de serviço de comunicação, sujeito, portanto, à incidência do ICMS.

É necessário salientar que, nos termos do artigo 6º, da Lei Federal n.º 4117/62, os serviços de telecomunicação podem ser classificados, quanto aos fins a que se destinam, em serviço público, serviço público restrito, serviço limitado, serviço de radiodifusão, serviço radioamador e serviço especial.

Nota-se que tal Lei define como “serviço de radiodifusão” aquele destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo a radiodifusão sonora e a televisão.

Por outro lado, o “serviço especial” é aquele relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições anteriores.

Pelas definições anteriormente relatadas, há de concluir-se que o serviço de cabodifusão, prestado somente aos assinantes, próprio da Impugnante, é um “serviço especial” de telecomunicação, por força de conceituação legal, presente na alínea “f”, do artigo 6º, da Lei n.º 4117/62, e não serviço de radiodifusão, como pretende enquadrar-se a Defendente.

Tanto isso é verdade que a atividade exercida pela Impugnante, regulamentada pelo Decreto n.º 95.744/88, assim também a considera, bastando observar o que dispõe o seu artigo 2º. : o “*Serviço Especial de Televisão por assinatura é o serviço de telecomunicação destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais do espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação.*”

Diante de todo o exposto, haveremos de inferir que o serviço de televisão por assinatura, atividade da Impugnante, é um serviço de comunicação, da modalidade de Telecomunicação, classificado legalmente como “serviço especial”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conhecida a natureza e a classificação dos serviços prestados pela Defendente, pode-se concluir que não se pode estender à mesma, empresa prestadora de “serviço especial de telecomunicação”, a isenção prevista no artigo 13, inciso LXXVI, do RICMS/91, concedida na importação de equipamentos, aplicável somente à importação de mercadoria promovida por empresas prestadoras de serviço de radiodifusão, eis que, a teor do artigo 111, do Código Tributário Nacional, a legislação tributária que trate de outorga de isenção deve ser interpretada de forma literal.

A Defendente cita, a seu favor a decisão do Acórdão n.º 1.536/96/CS. Todavia, mister ressaltar que a decisão do citado Acórdão fora reformada, por meio do Recurso Extraordinário n.º 066, de 18/08/98, em que o Secretário de Estado da Fazenda decidiu restabelecer as exigências contidas no PTA n.º 01.000002486-80, relacionado à mesma matéria ora discutida.

Irregularidade 4

O item 4 do Auto de Infração em comento, acrescido dos documentos contidos no anexo IV (fls. 15 e 406), revelam a falta de recolhimento do imposto incidente sobre a importação de mercadorias, no período de 1995.

Sobre a referida infração, descrita no subitem 6.4 do Relatório Fiscal, argumenta a Impugnante que não efetuara o recolhimento do imposto, por encontrar-se amparada pelo benefício da isenção, previsto no artigo 13, inciso LXXVI, do RICMS/91, no entanto tal argumento já fora tratado anteriormente, quando da análise da irregularidade 3. Assim sendo, legítimas as exigências fiscais também quanto a este ponto.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas ao item “1” do Auto de Infração (importações indiretas). Vencidos os Conselheiros José Eymard Costa (relator) e Edmundo Spencer Martins que julgavam procedente o lançamento. Decisão sujeita ao disposto no artigo 129, parágrafo 2º da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de recurso de revisão pela Fazenda Pública Estadual. Designada relatora a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (revisora). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro.

Sala das Sessões, 19/09/00.

Windson Luiz da Silva
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ/JP