

Acórdão : 14.668/01/ 2ª
Impugnação : 40.010102864.71
Impugnante : Kone Elevadores Ltda
Proc. S. Passivo : Dirceu Perez Rivas/Outra
PTA/AI : 01.000136420-63
IE/SEF : 062.356872.0077
Origem : AF/Belo Horizonte
Rito : Ordinário

EMENTA

ICMS - RECOLHIMENTO - LOCAL DA OPERAÇÃO/VENDA A CONSUMIDOR FINAL. A Autuada promovia vendas pela filial, estabelecida em Minas Gerais a contribuintes mineiros, fazendo a entrega direta ao consumidor final pela matriz, estabelecida em São Paulo. Foi cobrado o ICMS devido na operação subtraindo-se o incidente na operação anterior e aplicada MR (50%).

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – Constatou-se que a Autuada promoveu vendas de mercadorias sem a emissão de documentação fiscal. Exige-se ICMS, MR(50%) e MI(20%), prevista na alínea “a”, inciso II, art. 55 da Lei 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. Constatou-se a inobservância do aproveitamento do crédito de ICMS proporcional às atividades alcançadas pelo imposto de competência estadual. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se as seguintes irregularidade, nos períodos de 01/07/1996 a 30/04/2000, formalizadas no AI nº 01.000136420.63 de 04/12/00:

01) Vendas de mercadorias a consumidores finais, sendo as mesmas remetidas diretamente para os compradores por estabelecimento da mesma Contribuinte localizado no município de São José dos Campos-SP, quadro 01 anexo ao AI, exige-se ICMS e MR;

02) Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, quadros 01 a 05 anexos ao AI, exige-se ICMS, MR e MI do art. 55, II, "a" da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

03) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de serviços de telecomunicação e aquisições de energia elétrica, quadros 06 a 08 anexos ao AI, exige-se ICMS e MR.

A Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração, fls. 1.634/1.645, por intermédio de procurador regularmente constituído, aduzindo suas razões de defesa e requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação, fls. 1.752/1.758, refuta as alegações da defesa, e mantém na íntegra o lançamento do crédito tributário, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria fiscal, fls. 1763/1771, em parecer conclusivo e fundamentado, opina pela procedência do lançamento, sendo que as exigências decorrentes de parte da irregularidade 02 do AI, demonstradas nos quadros 03, 04 e 05, foram recolhidas em DAE, fls. 1.751.

DECISÃO

Foi imputada a falta de recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, em razão de vendas de mercadorias efetivadas pelo estabelecimento mineiro a consumidores finais neste Estado, apuradas mediante confronto entre as notas fiscais emitidas por estabelecimento da mesma Empresa localizado em outra Unidade da Federação e os contratos celebrados entre clientes e o estabelecimento mineiro, cópias em anexo.

As referências aos contratos, clientes, valores dos contratos e das notas fiscais emitidas, valores de ICMS devido ao Estado de São Paulo e valores devidos ao Estado de Minas Gerais encontram-se demonstrados, conforme anexos constando os contratos de modernização, sendo que os documentos, contratos/propostas, e as notas fiscais emitidas encontram-se ainda anexados aos autos, e também demonstrados no parecer da Auditoria Fiscal.

Analisando-se os contratos e os respectivos “cadastros V.2”, certifica-se que mercadorias foram efetivamente vendidas pelo estabelecimento mineiro, bem como, extrai-se dos contratos e “cadastros V.2” que as operações de venda foram, de fato, efetivadas pelo estabelecimento localizado em Belo Horizonte-MG. Constam dos documentos referências à “Filial BH”, “Responsável pela Filial”, “Proposta BH” e outros.

A própria Autuada admitiu na peça defensiva que os contratos foram firmados com a filial de Belo Horizonte, tendo sido as peças remetidas por estabelecimento diverso.

Sobre a matéria, objeto da lide, aplica-se o disposto no inciso V, artigo 3º e na alínea "m", inciso I, artigo 61, ambos do RICMS/96. *In verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 3º - Para feitos deste Regulamento, considera-se:

V - saída do estabelecimento situado em território mineiro, a mercadoria por ele vendida a consumidor final e remetida diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo contribuinte localizado fora do Estado” (grifo nosso)

“Art. 61 - O local da operação ou da prestação, para efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria:

m - o do estabelecimento, no Estado, que efetuar venda a consumidor final, ainda que a mercadoria tenha saído de estabelecimento de mesmo contribuinte, localizado fora do Estado, diretamente para o adquirente” (grifo nosso).

Afastada a dúvida quanto a ocorrência do fato gerador do imposto devido e ao local da operação, pertinente se faz apreciar a base de cálculo utilizada para fins de exigência do ICMS, cite-se assim o dispositivo legal incisos VII e VIII, artigo 44 do RICMS/96 que rege a matéria. *In verbis*:

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

...

VII - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, o valor total da operação, compreendendo o valor total da mercadoria e o dos serviços prestados;

VIII - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, prevista em lei complementar, o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada” (grifos nossos).

Nesse sentido, verifica-se que a prestação de serviço de modernização de elevadores não se encontra compreendida na competência tributária dos municípios, ou seja, sujeita ao ISS. Lei Complementar nº 56/87 – Lista de Serviços:

Item 69 - conserto, restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto o fornecimento de peças, e partes, que fica sujeito ao ICM)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há divergências, entre os litigantes, e conforme consta dos contratos, reforçado pela afirmação da Impugnante na sua peça de defesa, que as peças aplicadas se destinavam à modernização de elevadores.

A prestação de serviço de modernização não se encontra abarcada pelo item 69 da Lista de Serviços nº 56/87. Pois, o ato de modernizar consiste em instalar algo novo, no sentido de ser mais moderno, inovar, tornar diferente, tornar moderno, não se confundindo, portanto, com consertar, restaurar, manter ou conservar, em análise ao sentido morfológico das palavras:

Modernizar: “tornar moderno; dar feição moderna a; adaptar aos usos ou necessidades modernas”.

Consertar: “pôr em bom estado ou condição (o que estava danificado ou estragado); reparar, restaurar”.

Restaurar: “pôr em bom estado; reconstituir, reparar, recuperar as condições originais”:

Manutenção: “cuidados técnicos indispensáveis ao funcionamento regular e permanente de motores e máquinas”.

Conservar: “resguardar de dano, decadência, deterioração, prejuízo, preservar, manter”.

Assim, nos estritos termos do inciso VII, artigo 44 do RICMS/96, a prestação de serviço de modernização não se encontra compreendida na competência tributária dos municípios, sendo correta a exigência fiscal referente à parcela do ICMS devida ao Estado de Minas Gerais, já concedidos os créditos decorrentes das operações interestaduais.

Na irregularidade citada no item 2 do AI, imputou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, demonstrada nos quadros 01 a 05 anexos ao AI, tendo sido acatado pela Autuada parte da imputação fiscal, extinguindo parte do crédito tributário pelo pagamento das exigências demonstradas nos quadros 03, 04 e 05, DAE de fls. 1.751.

Em relação a exigência do quadro 01, exigiu-se a MI(20%) em relação à Proposta nº 0390499, Cond. Edifício Gerson Dias, por não terem sido apresentadas as notas fiscais dos materiais. Não sendo impugnado pela Impugnante, assim correta a exigência fiscal referente à MI capitulada no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75, pelo descumprimento da obrigação acessória, o ICMS e a respectiva MR, em relação a esta venda, foram exigidos no item 01 do AI.

Ainda, em relação ao item 02 do AI, os valores, contratos e ICMS devido encontram-se demonstrados, os contratos encontram-se anexados, em sua totalidade, e Autuada admitiu, quando de sua Impugnação, que a operação se deu desacoberta de documentação fiscal, discordando, apenas, em relação à base de cálculo utilizada, pleiteando à exclusão dos valores referentes à mão-de-obra pela prestação de serviços.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se que constam em todos os contratos anexados referências aos “Materiais” e ao “Preço” do material, os contratos não fazem referência, em momento algum, aos valores pertinentes à prestação de serviço. Nesse sentido, reputa-se corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS, MR e à MI capitulada na alínea “a”, inciso II, art. 55 da Lei nº 6763/75.

Na irregularidade do item 03 do AI, foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de utilização de serviços de telecomunicação e de aquisições de energia elétrica, valores demonstrados nos quadros 06, 07 e 08 do AI, obtido pelo faturamento mensal da empresa em relação às atividades tributadas pelo ISS, o faturamento em relação às atividades tributadas pelo ICMS e os percentuais relativos às atividades tributadas pelo ICMS em relação ao faturamento total, percentuais esses utilizados para o cálculo do ICMS a apropriar.

Respalda-se o procedimento fiscal, nos ditames do art. 66, incisos I, e II, a.2, do RICMS/96:

Art. 66 - Observadas as demais disposições deste título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

I - ao serviço de transporte e de comunicação prestados ao tomador, observado o disposto no § 2º;

II - à entrada ocorrida:

a - a partir de 1º de novembro de 1996:

a.2 - de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º” (grifo nosso).

Subsida-se o procedimento também na Consulta de Contribuintes nº 225/99, Elevadores SÚR S/A, anexa aos autos, respondida pela DOET/SLT/SEF em 30/12/99:

“Nos casos em que, em um mesmo estabelecimento, desenvolvem-se atividades alcançadas por tributação distinta, prestação de serviço de assistência técnica e manutenção e comércio de peças, admite-se a apropriação do crédito do imposto relativo a aquisição de mercadorias ou serviços pelo estabelecimento, desde que proporcional às atividades alcançadas pelo imposto de competência estadual. Dessa forma, a Consulente somente terá garantida a apropriação dos valores efetivamente pagos e corretamente destacados nos documentos fiscais, na proporção das saídas realizadas com incidência do ICMS”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, correto o procedimento do Fisco em estornar os valores apropriados proporcionalmente às atividades não tributadas pelo ICMS dos serviços de comunicação e as aquisições de energia elétrica não vinculados às operações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, ressalvando-se que o Contribuinte efetuou recolhimento parcial do crédito tributário exigido através de DAE carreada à fl. 1.751 dos autos, devendo, portanto, os valores constantes do mesmo serem abatidos do montante de imposto formalizado no Auto de Infração, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 29/11/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente/Revisor**

**Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora**

RC