

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 14.441/01/2^a
Impugnação: 40.010103441-36
Recurso de Agravo: 40.030104622-54
Impug./Agravante: Xerox do Brasil Ltda
Coobrigados: Xerox Corporation e Carlos Henrique Moreira
Proc. S. Passivo: Sérgio Oliva Penteado/Outros
PTA/AI: 01.000137418-94
Inscrição Estadual: 702.763369.0233
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatado falta de destaque do imposto em notas fiscais, referente a operações tributadas pelo imposto. Razões da Impugnante insuficientes para elidir as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação. Infração plenamente caracterizada. Exigências mantidas.

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Constatado que o pedido de prova pericial não envolve questões que requeiram propriamente a realização de perícia, uma vez que o objeto dos quesitos encontra-se esclarecido pelos documentos que instruem o processo e o mérito dos mesmos (quesitos) foi suficientemente analisado pelas partes e Auditoria Fiscal. Recurso não provido. Decisão unânime.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA - COOBRIGADOS. Exclusão, de ofício, pelo Fisco, dos Coobrigados eleitos, do pólo passivo da obrigação tributária.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias em operações internas e interestaduais, sob os códigos de natureza da operação 07, 18, 53 e 61*, sem destaque e sem recolhimento de ICMS, durante os exercícios de 1.996 a 1.999 e jan/mar/2000, redundando, após recomposição de conta gráfica, em recolhimento a menor do imposto.

* Cód. 07 - Remessa peças manutenção equipamentos

* Cód. 18 - Transferências de materiais e peças

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

* Cód. 53 - Simples remessa em Mandato

* Cód. 61 - Transferência consumo interno - peças.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 431/441), por intermédio de procurador regularmente constituído, comprovando pagamento da taxa de expediente à fl. 430.

Argumenta, em defesa, que sua atividade preponderante é a prestação de serviços de locação de máquinas e equipamentos, promovendo também a manutenção técnica dos bens cujo uso se encontra cedido, mediante aplicação de peças e componentes, seja em dependências próprias, do locatário ou de terceiros.

Alega que as máquinas são retiradas dos clientes e, após revisão, devolvidas às filiais, para reinstalação.

Sustenta que o AI está a exigir ICMS sobre saídas de máquinas, equipamentos, peças e componentes a serem utilizados na prestação de serviços de locação e remetidos às filiais ou diretamente a clientes locatários, o que não procede, porque não incide o ICMS nas prestações de serviço de locação e nem na movimentação de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sejam internas ou interestaduais, para uso em locação, segundo a jurisprudência e a própria Lei 6.763/75 (art. 7º, VII), por ausência de circulação econômica ou jurídica; disso resulta a irrelevância de o destinatário ser a filial, o representante técnico ou o usuário final.

Alega também que todas as remessas de bens para as filiais para reinstalação e continuidade dos serviços de locação estavam acobertadas por notas fiscais fazendo constar amparo na isenção, como tal escrituradas, porém, assim não consideradas pelo Fisco.

Sustenta, por fim, que a norma específica (art. 7º, VII) prepondera sobre a geral (art. 6º, VI).

Transcreve jurisprudências, requer perícia, formulando quesitos, e conclui, pedindo a improcedência do lançamento.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 461/471, refuta as alegações da defesa.

Diz que os argumentos impugnatórios são infundados e protelatórios.

Assegura, diversamente do alegado, que a atividade preponderante da Autuada não é a locação de máquinas e equipamentos, mas a prestação de serviços de manutenção e assistência técnica de equipamentos, com fornecimento de peças. Acresce que a mesma executa consertos em equipamentos de terceiros, portanto, não se configurando consonância aos artigos 1188 e 1189 do CC, os quais prevêm a obrigação de o locador manter o bem locado em perfeitas condições de funcionamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Citando dispositivos constitucionais e legais, assevera que o serviço de manutenção e conservação de máquinas e equipamentos sujeita-se ao ISS, mas não o fornecimento de partes e peças, objeto do ICMS, a teor do item 69 da LS anexa à LC 56/87.

Enfatiza que a movimentação de mercadorias (transferência de peças, partes etc) para revenda ou aplicação em manutenção de equipamentos são típicos atos de comércio.

Informa que, dentre os diversos códigos de operações empregados pela Autuada, foram selecionados apenas 4 (quatro) cujas operações configuram fato gerador do ICMS e não tinham sido oferecidas à tributação.

Ressalta em momento nenhum ter exigido ICMS sobre saídas para locação (cód. 31, 34, DI, DY e RT) ou de bens do ativo permanente.

Afirma que o lançamento ocorrera dentro dos preceitos legais, mormente art. 5º, § 1º, 2 e 6º, VI, da Lei 6.763/75.

Salienta que os dispositivos legais citados nas notas fiscais como amparadores da falta de destaque do ICMS não guardam relação com as operações de fato praticadas (transferência de mercadorias, remessa de peças, vendas etc): muitas das notas são relativas a transferências para outro estabelecimento da empresa, logo, sem envolvimento com locação; outras são para transferências de materiais de uso/consumo (papel, toner etc) destinados a clientes; outras são simplesmente de materiais para venda.

Destaca que o fato de a Impugnante ser uma das grandes contribuintes do ISS não descaracteriza sua condição de contribuinte do ICMS.

Por derradeiro, imputa protelatório o pedido de perícia, arrola os documentos carreados como provas e conclui pugnando pela manutenção das exigências.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fl. 475, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 483/489 e juntada de documentos até fl. 684, cientificando-se a responsabilizada.

DO RECURSO DE AGRAVO

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 695.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 699/702), por meio de procurador regularmente constituído, comprovando recolhimento da taxa de expediente à fl. 698.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que os quesitos formulados referem-se a matéria de fato e de que o indeferimento infundado do pedido configura cerceamento ao constitucional direito de defesa e prova de total parcialidade da autoridade recorrida.

Assevera que apenas por perícia nos registros contábeis se poderia averiguar a existência ou não da irregularidade apontada.

A Auditoria mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.706/714, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos (fls. 441) ou versam sobre mera obrigação acessória (1 a 3), irrelevante para afastar tributação em eventual enquadramento incorreto do caso concreto à hipótese legal invocada, ou intentam fragilizar a imputação fiscal (quesito 4), opondo-lhe a capacidade de estocagem do estabelecimento, o que não tem cabida, pois que as mercadorias comercializadas não dependem necessariamente de trânsito físico pelo alienante.

Noutro dizer, a Impugnante pretende, com a perícia, provar adimplemento de obrigação acessória própria das hipóteses legais de afastamento de tributação. Acontece, porém, que a mera aposição, em notas fiscais, de dispositivo amparador de não-destaque de ICMS não afasta a tributação se as operações não se enquadram nas respectivas hipóteses legais previstas e a escrituração, como tais (isentas, não-tributadas), não têm força suficiente para afastar a exação.

As questões suscitadas, se respondidas, em nada contribuem para o deslinde da controvérsia, donde a razão do indeferimento do pedido.

Portanto, correto o indeferimento de pedido de prova pericial, com fundamento no art. 116, I e IV da CLTA/MG, não se dando provimento, dessa forma, ao Recurso de Agravo.

2. Dos Coobrigados

O Fisco, entendendo o equívoco de responsabilização tributária dos sócios da Autuada, na condição de coobrigados solidários em relação às exigências fiscais, promoveu a devida exclusão dos mesmos do pólo passivo da obrigação tributária, conforme a legislação de regência, *in casu*, Código Tributário Nacional e Lei 6763/75.

DO MÉRITO

Em verificação fiscal analítica no estabelecimento do Contribuinte, o Fisco detectou que inúmeros códigos de natureza de operação, segundo relação de fls. 467, eram empregados quando da movimentação de bens/mercadorias. Entendeu que os de nºs 07, 18, 53 e 61 (remessa de peças para manutenção de equipamentos, transferência de materiais e peças, simples remessa em mandato, transferência de materiais de consumo - peças) se faziam utilizar para vendas tributadas ou para transferências entre estabelecimentos, objeto também de tributação, ainda que fossem citados, no corpo das respectivas notas fiscais, dispositivos legais que serviriam de amparo para falta de destaque do ICMS.

Nesse sentido, levantou, desde 1.996 até março de 2.000, todas as notas fiscais emitidas com utilização desses códigos de natureza de operação (07, 18, 53, 61), tanto para operações internas quanto interestaduais, tributando-as com as respectivas alíquotas (fls. 37 a 314), lançando os totais mensais de débitos (quadros de fls. 15 a 19) na conta gráfica, para efeito de sua recomposição (conforme quadros de fls. 25 a 34), resultando em recolhimento a menor de ICMS no valor de R\$12.344.647,85.

Verifica-se, de fato, que as citações apostas nos documentos fiscais, para motivar a falta de destaque do imposto, não se adequavam à realidade das operações realizadas pela Empresa.

Por outro lado, o Fisco, em sua manifestação, deixou claro que em nenhum momento exigiu ICMS por saídas de mercadorias para locação, até porque essas estavam identificadas pelos códigos 31, 34, DI, DY e RT, ou de saídas de bens do ativo imobilizado.

De igual modo, assegura não ter tributado os serviços de assistência técnica que, como a locação, sujeitam-se ao ISS, mas apenas o fornecimento de peças e de materiais de uso/consumo.

Por provocação da Auditoria Fiscal, fora a Impugnante intimada a apresentar os contratos de locação relacionados com a expedição das notas fiscais de nºs 022361 (de 05/01/96) e 015048 (de 12/12/97), fls. 359 e 367, respectivamente, tendo em vista os valores nelas lançados.

A nota fiscal 022361 (fls. 359) discriminava 158 unidades do item 8R04055, 847 unidades do item 8R07638 e 700 unidades do item 673K08470, ao valor de R\$ 50.816.572,00, sob código de operação 53, fazendo menção de não incidência do ICMS - art. 6º, VI, do Dec. 32.535/91 e observando "material a ser utilizado na manutenção de equipamentos locados".

Intimou-se a Impugnante a apresentar o contrato de locação de máquinas e equipamentos com "Polo D. Informática" (fls. 475). Em resposta (fls. 492/493), a Intimada confirmou a inexistência de contrato de locação com a destinatária e alegou ter existido erro grosseiro na emissão dessa NF 022361, relativamente a valores, e que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a mesma não surtira efeito contábil, tendo sido cancelada no sistema de emissão de documentos fiscais.

Pesquisando a escrita fiscal da Impugnante, no entanto, confirma-se que a NF fora registrada no LRS - código 5.99 - verso de fls. 681, com reflexo no LRAICMS - fl. 682.

À época da expedição de tal NF, a empresa "Polo Distribuidor de Informática Ltda" praticava venda de equipamentos de informática sob a simulação de arrendamento mercantil, sendo autuada, através de dois PTA - 01.000105055.70 (fls. 656) e 01.000106560.55 (fls. 675 - "Delta" era nova Razão Social de "Polo"), com descaracterização de tais "contratos de arrendamento" e exigência de ICMS e Multa de Revalidação. O crédito tributário fora reconhecido e pago, de acordo com as cópias de DAE's às fls. 664 e 679.

Ao que se tem, a "Polo" vendia equipamentos de diversos fornecedores, dentre os quais a Xerox (ver fls. 580).

Conclusivamente, se a Impugnante não mantinha contrato de locação com aquela empresa e lhe remetia mercadorias, só o estaria fazendo a título de venda. A escusa apresentada não convence. (**Vide** Anexos IV a VI - fls. 561/684).

Já a NF 015048, fls. 367, estava a remeter "papel" para a Escola Municipal Freitas Azevedo, em Uberlândia, sob código de operação 53 - Simples Remessa e com informação de tratar-se de "material utilizado na manutenção de equipamentos", logo, sem destaque do ICMS. Seu valor era de **R\$9.510.000,00**.

A Impugnante juntou cópia do contrato de locação firmado com a Prefeitura Municipal de Uberlândia, pelo qual estavam sendo cedidos 53 equipamentos reprográficos, porquanto se contratava, outrossim, o fornecimento de materiais de consumo (cilindro, revelador, papel e toner), além de assistência técnica (ver fls. 494/504).

Não se questiona a locação nem a assistência técnica, mas sim o material de consumo e peças de reposição de equipamentos.

Neste caso, também, não cabe discussão. Material de consumo não é bem infungível, portanto, não se presta à locação. Obviamente seu fornecimento, ainda que incluso o preço no contrato de locação, nada mais é do que venda de mercadoria, logo, objeto de incidência do ICMS.

A Impugnante, também desta vez (fls. 492/493), intenta justificar a emissão da nota fiscal 015048 como erro grosseiro, ao lançar no documento o valor unitário de R\$10.000,00 a resma, posto que não ultrapassasse R\$3,11. Dita nota, no entanto, fora objeto de registro no LRS (fls. 683), refletindo no LRAICMS (fls. 684).

Observa-se, também, que a nota fiscal 015047 (fls. 366), com 30 (trinta) itens - 6R702262 - , discrimina o valor de R\$300.000,00.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, informa o Fisco que a Prefeitura Municipal de Uberlândia possuía máquinas e equipamentos locados e próprios, donde, inclusive, dificilmente detectável se partes e peças, quando a ela remetidas, fossem para aplicação nos locados ou nos próprios.

Ainda a título de comprovação de que os códigos 07, 18, 53 e 61, em especial código 07, ao abrigo indevido da isenção/não-incidência, não correspondiam de fato à verdade, o Fisco diligenciou junto a outros destinatários de notas fiscais com esses códigos, comprovando que a emissão era irregular.

Assim, Meridianos Agência de Turismo, sem contrato de locação com Xerox, recebeu mercadoria sem tributação - NF 023856. De igual modo, Dresde Construtora Ltda (nf 031631), Unimed Uberlândia (nfff 010150, 015414, 019890, 0200077, 034739 e 029520 - ver fl. 523). Pirâmide Adm. E Assessoria SC, locatária com opção de compra, recebera mercadoria sem tributação, após esgotado o prazo de arrendamento - notas fiscais 025480 e 027828.

Tudo isso contraria o argumento impugnatório de que o Fisco está a exigir ICMS sobre saídas de máquinas, equipamentos, peças e componentes a serem utilizados na prestação de serviços de locação e remetidos às filiais ou diretamente a clientes locatários.

As atividades exercidas pela Impugnante não se restringem à locação de máquinas e equipamentos, mas se estendem à manutenção de equipamentos xerográficos de sua propriedade e de terceiros, a serviços e vendas de todo e qualquer produto ligado à xerografia e informática, prestação de serviços de cópias xerográficas e outros (fls. 407).

As transferências que pratica entre os estabelecimentos próprios, se de peças ou de insumos de informática, deverão ser obrigatoriamente tributadas, conforme previsto na legislação, uma vez não se enquadrarem essas operações em nenhuma desoneração do imposto prevista.

Por outro lado, é relevante assinalar que a grande maioria dos contratos de locação de equipamentos, a exemplo dos presentes às fls. 384/406, expressamente estipulam que "o preço da locação não inclui papel, tonalizador, enfim, materiais de consumo em geral". Ainda que estipulassem o contrário, não descaracterizariam a "venda", e conseqüente tributação, já que apenas os bens infungíveis podem ser locados.

No tocante aos códigos 18 e 61, as transferências, como já assinalado, devem ser normalmente tributadas, porque empregadas no processo de comercialização.

Na verdade, os códigos empregados não guardam relação com os próprios significados ou com as operações a que pretensamente se referem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A nota fiscal 021116, fls. 345, com cód. 18, remete mercadoria para filial em Salvador e observa ser material destinado à venda, ainda que utilize, sem previsão legal, o instituto da não-incidência, como se remetesse para manutenção de equipamento locado.

A nota fiscal 020798 (fls. 352) remete toner, material de consumo, utilizando-se do cód. 53. O material de consumo não integra a locação, devendo ser tributado.

Pelo vários exemplos, verifica-se que tais códigos não merecem credibilidade. Outrossim, no caso do código 53, se a remessa se faz em virtude de mandato mercantil, nenhum contrato fora apresentado, além do que, por força da autonomia dos estabelecimentos, de qualquer forma, o remetente responde por suas operações.

Assim, se a documentação expedida pela Impugnante não merece fé e operando com vendas de todas as mercadorias, cumpria-lhe provar, contratualmente, que as peças de reposição que remete para clientes "locatários", em operações internas ou interestaduais, diretamente, sejam de fato para emprego em máquinas/equipamentos integrantes de seu ativo imobilizado locado. A defesa foi de caráter eminentemente genérico, não elidindo a acusação fiscal.

Portanto, corretas as exigências fiscais.

Quanto à legalidade, o trabalho fiscal apresenta-se em conformidade com a legislação pertinente. Dão-lhe suporte os arts. 5º, § 1º, 2, "b" art. e 6º, VI, da Lei 6763/75 c/c o item 69 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 56/87.

Portanto, restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, com a ressalva da correta exclusão dos Coobrigados, do pólo passivo da obrigação tributária, promovida pelo Fisco.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento considerando-se a exclusão dos Coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária, efetuada pelo Fisco às fls. 687/688 dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Cláudia Campos Lopes Lara. Pela Fazenda Estadual sustentou oralmente Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 28/08/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Edwaldo Pereira de Salles
Relator**

CC/MIG