

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.626/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000159904-17
Impugnação: 40.010124368-36
Impugnante: Microservice Tecnologia Digital da Amazônia Ltda
IE: 035005546.00-67
Proc. S. Passivo: Solferina Mendes Setti Polati/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – DISCOS E FITAS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada efetuou remessas de discos fonográficos, fitas e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, para estabelecimentos destinatários situados no território mineiro, sem efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS relativo às saídas subsequentes para contribuintes varejistas, em desacordo com a legislação tributária estadual vigente e Protocolo ICMS nº 19/85. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75. Exclusão da multa isolada, por inaplicável à espécie. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre remessas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária em operações interestaduais pela empresa autuada (substituta tributária), sediada em Manaus/AM para contribuintes localizados em Minas Gerais, sem a devida retenção e recolhimento do ICMS-ST, no período de 01/01/03 a 31/11/03.

Exige-se ICMS/ST, acrescido de Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, combinado com o § 2º do mesmo artigo e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, todos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 73/91, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 399/406, juntando novos documentos em fls. 407/430.

Às fls. 431 é aberta vista para a Impugnante que não se manifesta.

DECISÃO

Versa o feito em questão sobre as remessas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária em operações interestaduais, realizadas por substituto tributário sediado em Manaus/AM para contribuintes localizados em Minas Gerais, sem a devida retenção e recolhimento do ICMS-ST, no período de 01/01/03 a 31/11/03.

Da Preliminar

É de se observar, da análise do Auto de Infração recebido pela Impugnante, que o mesmo foi lavrado em consonância com a legislação em vigor, observando as disposições do art. 89 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, c/c o art. 142 do CTN e contém todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive as indicações precisas das infringências e penalidades.

Sendo as infrações corretamente destacadas e a legislação regularmente apontada no Auto de Infração não há que se falar em nulidade do lançamento.

Do Mérito

Inicialmente, alega a Impugnante a decadência para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, uma vez que o lançamento somente ocorreu em 19/12/08, sendo dada ciência à Impugnante em 26/12/08. Fundamenta sua tese afirmando que o crédito tributário se constitui e extingue da forma prevista em lei, conforme definição do art. 141 do Código Tributário Nacional.

Entende a Impugnante que, no caso, deve prevalecer a determinação de que se não haver previsão legal a homologação será de 5 (cinco) anos do fato gerador.

Entretanto, cabe destacar que não há de se falar em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 2003, com aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Constitui regra geral, no entanto, que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao §4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2003 somente expirou em 31/12/08, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 26/12/08.

A defesa alega que os adquirentes desenvolvem atividade de serviço de locação e cessão de direito de uso, hipótese de incidência do ISS. Destaca que os adquirentes não são contribuintes do ICMS, impedindo assim a aplicação do regime de substituição tributária.

A Lei Complementar nº 87/96 em seu art. 7º prevê a exigência do imposto por substituição tributária na entrada de mercadoria:

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Assim, no que se refere à justificativa da Autuada para a falta de recolhimento do ICMS/ST baseada no fato de que os consumidores finais da venda iriam utilizar-se da mercadoria para fins próprios, sem revenda do produto comercializado, não encontra amparo na legislação em vigor, pois a tributação por substituição tributária alcança a entrada de discos, fitas e outros produtos, classificados nas posições 8523 e 8524 quando destinadas para uso e consumo ou ativo imobilizado, conforme prevê o Protocolo ICM nº 19/85, que regulamenta a matéria, *in verbis*:

PROTOCOLO ICM 19/85

Redação dada pelo Protocolo ICMS 07/00, efeitos de 03.04.00 a 26.12.07

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na NBM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo. (grifou-se).

Pelo exposto fica afastada a alegação de falta de tipicidade, pois é aplicável a substituição tributária na entrada de mercadorias, conforme previsto no diploma legal acima, independente das mercadorias serem utilizadas como imobilizado ou para futura comercialização.

O RICMS/02, seguindo hierarquicamente as previsões acima estabelecidas, regulamentou no Anexo IX, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 257 - Os estabelecimentos industrial, importador ou arrematante de mercadoria importada objeto de apreensão ou abandono, situados nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe e Tocantins e no Distrito Federal, nas remessas para contribuintes deste Estado das mercadorias abaixo classificadas nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subseqüentes ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:

I - fitas magnéticas de largura igual ou inferior a 4 mm:

a - em cassete - 8523.11.10;

b - outras - 8523.11.90;

II - outras fitas magnéticas de largura igual ou inferior a 4 mm:

a - em cartuchos ou cassetes - 8524.51.10;

b - outras - 8524.51.90;

III - fitas magnéticas de largura superior a 4 mm e igual ou inferior a 6,5 mm - 8523.12.00;

IV - outras fitas magnéticas de largura superior a 4 mm e igual ou inferior a 6,5 mm - 8524.52.00;

V - fitas magnéticas de largura superior a 6,5 mm:

a - em rolos ou carretéis, de largura igual ou inferior a 50,8 mm (2") - 8523.13.10;

b - em cassetes para gravação de vídeo - 8523.13.20;

c - outras - 8523.13.90;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - outras fitas magnéticas de largura superior a 6,5 mm - 8524.53.00;

VII - discos fonográficos - 8524.10.00;

VIII - discos para sistemas de leitura por raio laser para reprodução apenas do som - 8524.32.00;

IX - outros discos para sistemas de leitura por raio laser - 8524.39.00.

Parágrafo único - A responsabilidade prevista no caput deste artigo não se aplica às operações com discos gravados com programas de computador ou destinados à reprodução de fenômenos diferentes do som e da imagem e às fitas próprias para máquinas de processamento de dados ou para reprodução de fenômenos diferentes do som e da imagem.

Efeitos de 15/12/02 a 30/11/05

Com relação à alegação dos destinatários não serem contribuintes, com as informações de não terem inscrições estaduais por exercerem atividades isentas, a Fiscalização trouxe aos autos documentos, frutos de diligências junto aos destinatários, que esclarecem a existência de atividade mista de venda e locação, o que coloca os destinatários na condição de contribuinte de fato do imposto, independentemente de estarem regularmente inscrito ou não, uma vez que o art. 58 da Parte Geral do RICMS/02 considera estabelecimento o local, privado ou público, com ou sem edificação, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades, em caráter temporário ou permanente.

No que tange à aplicação da Multa Isolada capitulada no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6763/75, abaixo transcrito, verifica-se, no presente caso, que o fato de não consignar a base de cálculo do ICMS/ST na nota fiscal não se confunde com a hipótese prevista no citado dispositivo, ou seja, consignar base de cálculo diversa da prevista pela legislação.

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

Conforme se extrai da análise dos documentos constantes dos autos, a Impugnante não destacou o imposto devido por substituição tributária. Contudo, no documento fiscal foi destacada a base de cálculo do ICMS relativa à operação própria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E a penalidade aplicada, diz respeito a casos em que o contribuinte conhece exatamente o valor da base de cálculo do imposto, mas, propositalmente, consigna no documento fiscal valor da operação menor do que o devido.

Portanto, no caso sob análise, a conduta da Autuada não se submete àquela prevista no mencionado dispositivo legal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 15 de junho de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Vander Francisco Costa
Relator

Vfc/ml