

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.426/02/3^a
Impugnação: 40.010107176-17
Impugnante: Luigi Industrial de Alimentos S/A
Proc. S. Passivo: Cláudio Ferreira Ferraz
PTA/AI: 01.000139401-37
CNPJ: 27348499/0001-89-Vilha Velha-ES(Autuada)
Origem: AF/ Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SORVETE - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatadas saídas de sorvetes, acessórios ou componentes para contribuintes mineiros, sem a retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária. Irregularidade comprovada nos autos. Liminar concedida em Mandado de Segurança Impetrado contra autoridade de outra unidade da Federação, por Tribunal de Justiça de outro Estado, não tem eficácia no Estado de Minas Gerais. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido nas saídas de sorvetes, acessórios ou componentes sujeitos à retenção do ICMS por substituição tributária para contribuintes mineiros, no período de 01/01/1.996 a 31/12/1.998. Exige-se ICMS e MR (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 253 a 255, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 270 a 273.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 300 a 306, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

A Impugnante escuda-se em "decisões judiciais" por ela apontadas, proferidas pelo MM. Juiz de Direito da Segunda Vara dos Feitos da Fazenda Pública do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estado do Espírito Santo e pelo Egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos do Mandados de Segurança nº 024930003157 e nº 100970001457, respectivamente.

De certo que a sujeição ativa do crédito tributário em comento é conferida ao Estado de Minas Gerais, porquanto as parcelas de ICMS/ST exigidas referem-se àquelas originárias de operações ocorrentes em seu território (e efetivadas por contribuintes nele estabelecidos), presumidamente antecipadas para obrigar o "remetente" de outra unidade da Federação a promover o recolhimento do imposto correspondente.

Assim sendo, independentemente do resultado de mérito dos referidos *writ*, a eficácia de tais medidas acautelatórias, para a suspensão do regime de substituição tributária relativamente às ditas operações, carecia de terem sido impetradas contra a autoridade fazendária instituída em Minas Gerais.

Todavia, assim não agiu a Impugnante, ao pretender auferir também neste Estado os efeitos suspensivos de liminares que estenderam-se contra atos praticados por agente coator do Espírito Santo.

Tal entendimento mostra-se reforçado ao analisarmos o enunciado transcrito no Artigo 1º, *Caput* e § 1º, da Lei Federal nº 1.533, de 31/12/1951, "ipsis litteris", que alterou disposições do Código de Processo Civil relativas ao mandado de segurança:

"Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de **autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.**

§ 1º - Consideram-se **autoridades**, para os efeitos desta lei, os representantes ou **administradores** das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções."

Ainda sobre o tema, preleciona "Luís Machado Guimarães" que:

"No sistema da nossa legislação especial, o Mandado de Segurança só pode ser requerido contra a **autoridade coatora**, entendendo-se, como tal, a que **direta e indiretamente pratica o ato violador do direito do impetrante.**" (Negritamos)

Da mesma forma, discorre o magistério de "José Cretella Júnior" que:

"O Mandado de Segurança no sistema jurídico brasileiro, é conceituado como ação civil, de rito sumaríssimo de que pode utilizar-se a pessoa física,

jurídica pública ou qualquer entidade que tenha capacidade processual, para a proteção de direito líquido, certo e incontestável, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, ameaçado ou violado **por ato ou fato oriundo de autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.**" (Negrito Nosso)

E o estudioso "Alexandre de Moraes" nos ensina, também, que:

"Poderão ser sujeitos passivos do mandado de segurança os **praticantes de atos ou omissões revestidos de força jurídica especial e componentes de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios**, de autarquias, de empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes dos serviços públicos e, ainda, de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado com funções delegadas do Poder Público, como ocorre em relação às concessionárias de serviços de utilidade pública." (Negritamos)

A alegação da Impugnante de que informou aos seus clientes mineiros, sobre o deferimento de medidas liminares judiciais suspendendo o regime de substituição tributária a que estaria obrigada (fls. 255/256), não lhe retira a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do imposto, nesta modalidade, devido ao Estado de Minas Gerais, justamente porque aqui não surtiram efeitos tais medidas.

Preliminar 2:

A Impugnante levanta ainda, em preliminar, a ocorrência de "prescrição", por entender que parte do crédito tributário, se existente, estaria definitivamente extinta por haver transcorrido mais de cinco anos entre a suposta ocorrência dos fatos geradores do imposto (período anterior a dezembro de 1996) e a data da lavratura do Termo de Início de Ação Fiscal (29.11.2001).

Apesar da confusão entre os institutos da decadência e da prescrição pode-se inferir que a autuada invoca o § 4º do artigo 150 do CTN que prevê um prazo decadencial que caduca em 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do respectivo fato gerador, uma vez que sendo o ICMS imposto sujeito a lançamento por homologação, expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No entanto, não lhe assiste razão, uma vez que ocorre homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte. Em relação ao imposto devido que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no artigo 173, I do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Referido dispositivo estabelece que “o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade: *"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código."*

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período de janeiro a dezembro de 1996, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2002.

Tendo sido a Impugnante regularmente intimada do AI aos 14/12/2001 (AR de fls. 06), claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente àquele período, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo. Não assiste, portanto, razão à Impugnante.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido nas saídas de sorvetes, acessórios ou componentes sujeitos à retenção do ICMS por substituição tributária para contribuintes mineiros.

Excetuando-se a alegação de bis in idem e a informação de que a Distribuidora Peluso Ltda recolheu os impostos de acordo com o regime de substituição tributária, a Impugnante não se manifesta relativamente ao mérito da autuação, apenas apresenta indagações concernentes a questões preliminares, que já foram tratadas.

Não se configura, entretanto, o alegado bis in idem, pois, conforme bem explicitou o Fisco, a sujeição ativa do crédito tributário, decorrente da falta de recolhimento do ICMS apurado através do sistema de débito e crédito, é conferida ao Estado do Espírito Santo que, por sua vez, lavrou peça fiscal em virtude da falta do recolhimento do ICMS regularmente escriturado, já a sujeição ativa do ICMS/ST, devido em razão das operações subsequentes a serem realizadas pelos contribuintes mineiros, cabe à Minas Gerais.

Os recolhimentos efetuados pela Distribuidora Peluso Ltda a título de ICMS/ST, conforme fax anexos às fls. 281 a 283 dos autos, não adquirem status de elementos de prova a favor da Impugnante por falta de vinculação com as notas fiscais autuadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo utilizada pelo Fisco para apurar o quantum de ICMS devido por substituição tributária, nas operações promovidas pela Impugnante, observou corretamente as determinações regulamentares e os cálculos encontram-se demonstrados nas planilhas de fls. 14 a 246 dos autos.

Sendo o lançamento, uma atividade administrativa vinculada, consoante o art. 142 do CTN, não pode a Administração Pública fazer algo diverso senão verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O tributo somente será devido se houver plena subsunção entre o fato que se observa na realidade e aquela hipótese prevista pelo legislador, não prevalecendo a pretensão de uma das partes sobre a outra.

Ocorrendo tal coincidência plena, como no presente caso, considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação tributária sendo cabível a exigência fiscal do tributo, acrescido da respectiva multa de revalidação.

Esta multa de revalidação, no caso em apreço, foi cobrada ao percentual de 100%, mesmo em relação ao período anterior a 31 de dezembro de 1997, no qual deveria ser de 200% se não se aplicasse a retroatividade benéfica da lei posterior que comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração, conforme as disposições do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 10/06/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente/Revisora

Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator

FMBS/EJ/JLS