

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.446/15/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000237787-66
Recurso de Revisão: 40.060138001-96
Recorrente: Copobras S/A Indústria e Comércio de Embalagens
IE: 001006208.00-24
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Rafael Mallmann/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, no período de janeiro de 2010 a junho de 2014, nas saídas, a contribuintes mineiros, das mercadorias da linha "Food Service", classificados na subposição 3923.90.00 da NBM/SH, relacionadas no Anexo I do Auto de Infração.

A linha "Food Service" (*folder* à fl. 23) é composta de hamburgueiras e potes marmitex, fabricados com a utilização de poliestireno expansível, conhecido como "EPS expansível".

O trabalho fiscal está fundamentado nos subitens 30.2.3 (efeitos de 1º/01/10 a 28/02/11) e 30.2.2 (efeitos a partir de 1º/03/11) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, abaixo transcritos:

30.2. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária - Interno			
Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA (%)
30.2.2	3923.10.90	Recipientes isotérmicos sem isolamento produzido pelo vácuo, bem como suas partes (garrafas, garrafões com ou sem torneira, cantis, caixas)	70
	3923.30.00		
	3923.90.00		
	7615.19.00		
	7323.93.00		
30.2.3	3923.10.90	Recipientes isotérmicos sem isolamento produzido pelo vácuo, bem como suas partes (garrafas, garrafões com ou sem torneira, cantis, caixas)	69,69
	3923.30.00		
	3923.90.00		
	7615.19.00		
	7323.93.00		

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro (100% do valor do ICMS/ST), conforme art. 56, inciso II, e seu § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada, a partir de janeiro de 2012, prevista no art. 55, inciso XXXVII da mencionada lei, majorada em 50% (cinquenta por cento) a partir de 17/04/14 em virtude de reincidência, e em 100% (cem por cento) a partir de 04/06/14 em razão de dupla reincidência, conforme demonstrativo de fls. 17/18.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.664/15/3ª, à unanimidade dos votos, julgou procedente o lançamento.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 155/191.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº 20.612/14/2ª indicado como paradigma.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 229/234, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e do inteiro teor do acórdão indicado como divergente, constata-se não assistir razão à Recorrente, uma vez não caracterizada a alegada divergência jurisprudencial.

A Recorrente afirma que a Câmara *a quo* utilizou interpretação extensiva do termo “isotérmico”, ferindo o princípio da tipicidade cerrada, para enquadrar os produtos por ela comercializados (hamburgueiras e potes marmitex) como “Recipientes isotérmicos sem isolamento produzido pelo vácuo, e as suas partes (garrafas, garrações com ou sem torneira, cantis, caixas)”, sujeitos à substituição tributária, nos termos previstos nos subitens 30.2 e 30.3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Argumenta que a decisão hostilizada diverge da proferida no Acórdão nº 20.612/14/2ª, ementada na forma abaixo, que interpretou, restritivamente, o conteúdo e o alcance da expressão “comunicação”, para excluir as exigências relativas à locação de equipamentos da base de cálculo da prestação de serviços de comunicação:

Acórdão nº 20.612/14/2ª (Paradigma)

Ementa:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS – Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS decorrente da não inclusão na base de cálculo do imposto dos valores oriundos da locação de equipamentos. Exige-se ICMS e Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos art. 56, inciso II e 54, inciso VI, § 4º, majorada nos termos do art. 53, § 6º e 7º, do mesmo diploma legal. Entretanto, a locação de equipamento não se configura como fato gerador do ICMS e, portanto, não deve compor a base de cálculo do imposto. Não restou caracterizada nos autos que a locação se configura como um serviço auxiliar a prestação do serviço de comunicação, ao contrário, é dele totalmente independente. Canceladas as exigências fiscais.

Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

Conclui, dessa forma, que o acórdão paradigma (20.612/14/2ª) “exige que o fato ‘se encaixe perfeitamente dentro do tipo legal’”, enquanto que a decisão recorrida “afasta a aplicação restritiva do termo isotérmico, integrante do tipo legal”, o que demonstraria a divergência jurisprudencial.

Inexiste, entretanto, a alegada divergência jurisprudencial, pois as decisões confrontadas analisaram matérias totalmente distintas, vinculadas a dispositivos legais também distintos.

Independentemente do tipo de interpretação utilizada pela Câmara *a quo* (restritiva, extensiva, gramatical, teleológica, etc.), a divergência jurisprudencial somente se caracterizaria se a Recorrente apresentasse decisão paradigma que apresentasse interpretação distinta do termo “isotérmico” em relação à adotada pela decisão recorrida.

Outrossim, o acórdão indicado com paradigma foi reformado pelo Acórdão nº 4.410/15/CE, que restabeleceu as exigências relativas à locação de equipamentos, quando estes forem vinculados à prestação de serviços de comunicação, *verbis*:

Acórdão nº 4.410/15/CE

Ementa:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS – Constatação fiscal de recolhimento a menor do ICMS decorrente da não inclusão, na base de cálculo do imposto, dos valores oriundos da locação de equipamentos. Exige-se ICMS e Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75,

respectivamente, nos art. 56, inciso II e 54, inciso VI, § 4º, majorada nos termos do art. 53, § 6º e 7º, do mesmo diploma legal. Mantida a exclusão da multa isolada e restabelecidas as exigências do ICMS e da multa de revalidação. Reformada, em parte, a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e parcialmente provido pelo voto de qualidade.

Relatório:

A autuação refere-se à constatação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de 1º de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2013, em decorrência da não inclusão dos valores relativos à locação de equipamentos vinculados a prestação de serviços de comunicação/telecomunicação na base de cálculo do imposto. As operações de locação eram tratadas ao abrigo da isenção ou da não incidência do ICMS, não sendo destacado o ICMS.

[...]

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no **Acórdão nº 20.612/14/2ª**, pelo voto de qualidade, julgou improcedente o lançamento. Vencidos, em parte, o Conselheiro José Luiz Drumond (Relator), que o julgava parcialmente procedente para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie e, a Conselheira Ivana Maria de Almeida, que o julgava procedente, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Designada relatora a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora).

[...]

Decisão:

Cumprido de início ressaltar que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

[...]

As irregularidades apontadas no Auto de Infração dizem respeito a recolhimento a menor de ICMS, no período de 1º/01/11 a 31/12/13, decorrente da constatação de que a Recorrida deixou de destacar o imposto correspondente às rubricas de locação de equipamentos vinculados à prestação de serviço de comunicação, e descumprimento de obrigação

accessória atinente à falta de destaque ou destaque a menor do ICMS nas notas fiscais emitidas.

A decisão da câmara *a quo*, pelo voto de qualidade da Presidente, julgou improcedente o lançamento sob o entendimento de que a locação de equipamentos não compõe a hipótese de incidência do ICMS.

No entanto, com o devido respeito, a interpretação que se extrai da legislação tributária do ICMS, compartilhada com as normas que regem os serviços de comunicação, bem como, do conjunto de informações a respeito do serviço prestado e cobrado do usuário, acostado aos autos pela Fiscalização, conduz ao entendimento de que **as rubricas de locação de equipamentos, cobradas dos tomadores do serviço de comunicação prestado pela Recorrida estão alcançadas pela hipótese de incidência do ICMS**, como se verá a seguir.

[...]

Repita-se que **os aluguéis e locações de equipamentos e meios caracterizam-se como instrumentos para prestação de serviço de telecomunicação, perfeitamente enquadrado na base de cálculo, determinada pelo art. 43, § 4º do RICMS/02**. As atividades desenvolvidas pela Recorrida estão voltadas para o desenvolvimento da prestação de serviço de comunicação, otimizando e/ou agilizando o processo de comunicação.

[...]

Demonstrado, portanto, que os aparelhos ofertados representam os meios materiais necessários à efetivação da comunicação, constituem eles instrumentos indispensáveis à atividade-fim da Recorrida, incluindo-se, por consequência, no conteúdo da hipótese de incidência do ICMS estabelecida pela legislação tributária.

[...]

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. **No mérito, pelo voto de qualidade, em lhe dar provimento parcial para restabelecer as exigências de ICMS e multa de revalidação**. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Carlos Alberto Moreira Alves e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe negavam provimento nos termos do acórdão recorrido e o Conselheiro Eduardo de Souza Assis, que lhe dava provimento nos termos do voto vencido da Conselheira Ivana Maria de Almeida, de fls. 189/198. Pela Fazenda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.” (Grifou-se.)

Portanto, o acórdão indicado pela Recorrente (20.612/14/2ª), não se presta como paradigma, face ao disposto no art. 59 do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.906/08:

Art. 59. Além das hipóteses previstas no inciso II do art. 165 do RPTA, o Recurso de Revisão interposto com base no inciso II do art. 163 do RPTA não será conhecido se versar sobre questão consubstanciada em acórdão paradigma reformado em caráter definitivo.

Ressalte-se que o Acórdão nº 4.410/15/CE, que reformou a decisão indicada como divergente (Acórdão nº 20.612/14/2ª), foi disponibilizado no Diário Eletrônico em 08/04/15, data anterior, portanto, à da protocolização do presente recurso (24/04/15).

Após análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, constata-se não assistir razão à Recorrente, eis que a decisão apontada como paradigma não se revela divergente da recorrida quanto à aplicação da legislação tributária.

Pelo exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal.

Por consequência, constata-se que não se encontram configurados os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Gustavo Nygaard e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor), Carlos Alberto Moreira Alves, José Luiz Drumond e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 03 de junho de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**