

ICMS

QUESTÕES FUNDAMENTAIS

Fábio Soares de Melo
Marcelo Magalhães Peixoto

ORGANIZADORES

Roque Antonio Carrazza
Ives Gandra da Silva Martins
Marcelo Viana Salomão
Júlio Maria de Oliveira
Fábio Soares de Melo
Antonio Augusto Silva Pereira de Carvalho
Carolina Romanini Miguel
Igor Mauler Santiago
Gustavo André Muller Brigagão
José Eduardo Soares de Melo
Clélio Chiesa
Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli
Marcelo Magalhães Peixoto
Karem Jureidini Dias
German Alejandro San Martín Fernández
Lais Vieira Cardoso
Luiz Antonio Caldeira Miretti
Luiz Fernando Mussolini Júnior
Semíramis Oliveira

2007



MP
EDITORA

Revisão Denis Marcello e Paulo Sposati
Edição Pedro Barros
Diretor responsável Marcelo Magalhães Peixoto

I22

ICMS : questões fundamentais / Marcelo Magalhães Peixoto e Fábio Soares de Melo, organizadores. - São Paulo : MP Ed., 2006.

ISBN 85-98848-45-X

1. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. I. Peixoto, Marcelo Magalhães, 1971-. II. Melo, Fábio Soares de.

06-4058.

CDU 34:336.226

Todos os direitos desta edição reservados a

MP Editora
Av. Paulista, 2202, cj. 51
São Paulo-SP 01310-300
Tel./Fax: (11) 3171 2898
adm@mpeditora.com.br
www.mpeditora.com.br

SUMÁRIO

IMPORTAÇÃO DE BENS PROMOVIDA POR "NÃO-CONTRIBUENTES" DO ICMS	9
<i>Antonio Augusto Silva Pereira de Carvalho</i>	
1. Introdução	9
2. A rigidez e a supremacia da Constituição Federal	10
3. O Imposto de Importação da União	11
4. O ICMS-Importação no período anterior à EC 33/01	11
5. A EC 33/01 e a amputação de direito individual	15
6. A EC 33/01 e o princípio da não-cumulatividade	16
7. Conclusão	17
ICMS. BENEFÍCIO FISCAL CONSISTENTE NA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. VEDAÇÃO AO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO. INCONSTITUCIONALIDADE	19
<i>Clélio Chiesa</i>	
1. Delineamento do princípio da não-cumulatividade	19
2. A exceção contida no art. 155, § 2º, II, da CF	24
3. A redução de base de cálculo e o direito de crédito	28
4. Conclusão	31
ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE VENDA DE MERCADORIAS. CLÁUSULA <i>FREE ON BOARD (FOB)</i> . RESPONSABILIDADE. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS	33
<i>Fábio Soares de Melo</i>	
1. Considerações preliminares	33
2. Operações albergadas pela Cláusula FOB: responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária	34
3. Responsabilidade da pessoa jurídica alienante das mercadorias e impossibilidade de exigência da multa	39
VEDAÇÃO AO CRÉDITO INTEGRAL DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS PROVENIENTES DE UNIDADES DA FEDERAÇÃO QUE CONCEDEM INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS SEM APROVAÇÃO DO CONFAZ. COMUNICADO CAT Nº 36/2004. INCENTIVOS CONCEDIDOS PELO ESTADO DE GOIÁS MEDIANTE PROGRAMAS DE CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS E FINANCEIROS DENOMINADOS "FOMENTAR" OU "PRODUZIR" E TODOS OS DEMAIS PROGRAMAS DELES DECORRENTES	45
<i>German Alejandro San Martín Fernández</i>	
Introdução	45
1. Do direito ao crédito de ICMS relativos às operações anteriores de aquisição de mercadorias e serviços. Princípio da não-cumulatividade. Incisos I e II do § 2º do art. 155, II, da CF/88	47
2. Da efetiva circulação física das mercadorias entre os estabelecimentos	54
3. Da inaplicabilidade da LC nº 24/75, do § 3º do art. 36 da Lei Estadual Paulista nº 6.374/89 e do Comunicado CAT nº 36/04	56
4. Da necessidade da Fazenda Estadual buscar a invalidação da Legislação das demais unidades federadas antes de punir os contribuintes paulistas por terem se creditado integralmente do ICMS: princípio da presunção de constitucionalidade das leis	59
5. Conclusão	62

ICMS, OPERAÇÕES COM PRODUTOS ISENTOS OU COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REALIZADAS POR ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS OU INDUSTRIAIS 65

Gustavo André Muller Brigagão

1. A evolução da jurisprudência do STF e das regras constitucionais relativas ao direito ao crédito nos casos de isenção 66
2. As aquisições isentas e a possibilidade de creditamento do imposto incidente nas etapas anteriores à operação beneficiada pela isenção 71
3. Creditamento do imposto por contribuinte que realize operações beneficiadas com redução de base de cálculo 77
4. Conclusão 85

A EXIGÊNCIA DE ICMS SOBRE AS TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUST E TUSD): ASPECTOS REGULATÓRIOS, TRIBUTÁRIOS E PROCESSUAIS 87

Igor Mauler Santiago

1. Aspectos regulatórios 87
2. Aspectos tributários 91
3. Aspectos processuais 97
- 3.1. Legitimidade ativa e passiva para a contestação do imposto 97
- 3.2. O interesse de agir do contribuinte de fato 98
4. Conclusão 100

CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS PARA PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS A PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS – INTELIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 4/69 E DOS CONVÊNIOS 23/90 E 61/99 DO CONFAZ. PARECER. 101

Ives Gandra da Silva Martins

ICMS: SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA 129

José Eduardo Soares de Melo

1. Previsões normativas 129
2. Conceito 129
3. Espécies 131
- 3.1. Radiodifusão e televisão 131
- 3.2. Internet 133
- 3.3. Telefonia e serviço móvel celular 136
- 3.4. Radiochamada (*paging*) 138
- 3.5. Operações com satélites e serviços especiais 139

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PARA INSTITUIR O ICMS E A CONCORRÊNCIA ENTRE AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO 141

Júlio Maria de Oliveira e Carolina Romanini Miguel

1. A competência tributária e o caráter nacional do ICMS 142
2. A Lei Complementar nº 24/75 144
- 2.1. O objeto da lei complementar 145
- 2.2. A forma de concessão de benefícios fiscais 148
3. As conseqüências da concessão unilateral de benefícios fiscais 149
- 3.1. A concessão de crédito presumido e benefícios de natureza financeira 149
- 3.2. A aplicação cumulativa da anulação do crédito e a exigibilidade do ICMS 157

3.3.	Necessidade de declaração de inconstitucionalidade do ato concessivo de benefício fiscal	159
3.4.	A jurisprudência do STF e os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade	161
CRÉDITOS DE ICMS NOS CASOS DE ISENÇÃO E REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO		165
<i>Karem Jureidini Dias</i>		
1.	Introdução	165
2.	Mitigação do princípio da não-cumulatividade	169
3.	Dos conceitos de isenção, não-incidência e redução de base de cálculo	170
4.	Crédito de ICMS nas hipóteses de redução de base de cálculo	173
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO ICMS E A RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO PAGO A MAIOR		179
<i>Lais Vieira Cardoso</i>		
1.	Resumo	179
2.	A substituição tributária no ICMS	180
2.1.	Conceito e requisitos da substituição tributária para frente no ICMS	180
2.2.	Normas que regulam a substituição tributária no direito pátrio	182
2.3.	Constitucionalidade do § 7º do art. 150 da CF	185
2.4.	Da definitividade da tributação por substituição	185
3.	Distinções entre a ADIn 1.851 e as ADIn's 2.675 e 2.777, propostas perante o STF	186
3.1.	A ADIn 1.851 e seu objeto	186
3.2.	Distinções entre a ADIn 1.851/AL e a ADIn 2.777/SP	187
3.3.	A inconstitucionalidade questionada na ADIn 2.675/PE	188
3.4.	Observações sobre os votos proferidos pela Corte Suprema na ADIn 2.777/SP	188
4.	A premissa da realização do fato gerador final como elemento essencial e não como condição resolutória	190
4.1.	Princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência e o instituto da intervenção	192
4.2.	As regras da economia	194
5.	Conclusão	196
6.	Referências	197
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE E O DIREITO AO CRÉDITO DO ICMS		199
<i>Luiz Antonio Caldeira Miretti</i>		
A TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE BENS INTEGRADOS NO ATIVO PERMANENTE DAS EMPRESAS E O ICMS: BREVES CONSIDERAÇÕES		209
<i>Luiz Fernando Mussolini Júnior</i>		
O ICMS NAS IMPORTAÇÕES FEITAS POR LEASING INTERNACIONAL		217
<i>Marcelo Viana Salomão</i>		
1.	ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias	219
2.	ICMS sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal	219
3.	ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação	220
4.	ICMS nas Importações	224

ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 – LIMITAÇÕES AO DIREITO DE CRÉDITO: BREVES CONSIDERAÇÕES	237
<i>Marcelo Magalhães Peixoto e Semíramis Oliveira</i>	
1. Introdução	237
2. O ICMS na Constituição Federal	238
2.1. Linhas gerais do ICMS na Constituição Federal	238
2.2. O ICMS como imposto não-cumulativo	239
2.3. Extensão e limites do princípio da não-cumulatividade	240
2.4. O papel da Lei Complementar e o ICMS	243
3. O direito ao crédito de ICMS	244
3.1. A idoneidade da documentação	245
3.2. Da escrituração do crédito	249
3.3. Da natureza do crédito de ICMS e o prazo previsto no parágrafo único do art. 23 da Lei Complementar 87/96	250
4. Conclusões	255
5. Bibliografia	256
ICMS E OS ENCARGOS DECORRENTES DE CONTRATOS DE CONEXÃO E DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CONVÊNIO ICMS Nº 117/2004	257
<i>Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli</i>	
1. Do enquadramento jurídico da energia elétrica no nível constitucional tributário	257
2. Dos enquadramentos normativos das atividades de energia elétrica no nível infraconstitucional	264
2.1. Do enquadramento da energia elétrica como bem móvel	264
2.2. Do enquadramento dos sistemas de conexão e de transmissão de energia elétrica	269
2.3. Dos limites normativos do regime de substituição tributária e da função dos convênios estaduais	277
3. Conclusões	287
ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DO IMPOSTO SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (ICMS-COMUNICAÇÃO)	289
<i>Roque Antonio Carrazza</i>	
1. Plano de trabalho	289
2. Considerações gerais	289
2.1. O perfil constitucional do ICMS-comunicação	289
2.2. Das atividades que aperfeiçoam ou potencializam a prestação dos serviços de comunicação: sua intributabilidade por meio de ICMS	298
3. Questões específicas	311
3.1. Da inexigibilidade de ICMS sobre os serviços de informática e de outras naturezas, bem como sobre as locações de equipamentos, ainda que tudo esteja a cargo da própria empresa de telecomunicação	311
3.2. Da inexigibilidade de ICMS-comunicação sobre os serviços de provedor de acesso à Internet	316
3.3. Da intributabilidade, por meio de ICMS-comunicação, do serviço de disponibilização de conteúdo	320
3.4. Da incidência de ICMS-comunicação sobre as vendas de cartões indutivos e para celulares	323

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que, em nome da Associação Paulista de Estudos Tributários (APET) e na condição de coordenadores, apresentamos a presente obra coletiva atinente ao ICMS, tributo das mais variadas peculiaridades e responsável por temas extremamente contagiantes.

Nossa idéia compreendeu, basicamente, a sugestão de temas e a formulação de convites para especialistas em matéria do ICMS, os quais prontamente colaboraram com suas valiosas e excitantes argumentações jurídicas acerca das mais variadas questões sobre o referido gravame estadual (ICMS).

Os artigos compilados nesta obra abordam temas sob os enfoques teórico e prático, traços marcantes de seus autores, renomados juristas, professores, advogados, julgadores tributários e, acima de tudo, cientistas dedicados ao estudo do ICMS.

Nesta oportunidade, agradecemos imensamente aos autores pelas prestigiosas colaborações, que certamente implicaram no indubitável sucesso desta obra coletiva.

Aos leitores, esperamos que desfrutem do conhecimento contido em cada um dos artigos apresentados, na certeza de que foram elaborados com rigor de detalhes e com a inerente riqueza decorrente do saber jurídico dos seus autores.

Cordialmente,
Marcelo Magalhães Peixoto
Fábio Soares de Melo