

Acórdão: 21.675/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000758621-64
Impugnação: 40.010144189-91
Impugnante: Energisa Minas Gerais - Distribuidora de Energia S.A.
IE: 153056023.00-00
Proc. S. Passivo: Fernando Louro Pessoa/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - Comprovado nos autos que se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário, nos termos do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional, relativo ao período anterior a 23/06/12. Cancelam-se as exigências fiscais.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA. Constatado o recolhimento a menor de ICMS em decorrência da aplicação incorreta da alíquota em operações de fornecimento de energia elétrica para consumo nos condomínios de finalidade residencial. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, § 4º c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

Decadência parcialmente reconhecida. Decisão pelo voto de qualidade.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a junho de 2012, em decorrência de aplicação incorreta de alíquota de ICMS de 18% (dezoito por cento) estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “d” da Lei nº 6.763/75, sobre energia elétrica fornecida para consumo nos condomínios de finalidade residencial, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 30% (trinta por cento), estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “g.2” da Lei nº 6.763/75

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, § 4º c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 115/121, acompanhada dos documentos de fls.122/148.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls.154/156.

Aberta vista, a Impugnante não se manifesta.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 159/167.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram, em parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Conforme relatado a autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a junho de 2012, em decorrência de aplicação incorreta de alíquota de ICMS de 18% (dezoito por cento) estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “d” da Lei nº 6.763/75, sobre energia elétrica fornecida para consumo nos condomínios de finalidade residencial, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 30% (trinta por cento), estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “g.2” da Lei nº 6.763/75

Inicialmente, a Impugnante alega que operou-se a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativamente aos tributos com vencimento em 31/01/12, 29/02/12, 31/03/12, 30/04/12 e 31/05/12, sendo aplicável o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, uma vez que houve o pagamento do tributo, ainda que parcial.

Cumpra registrar que razão assiste à Defesa relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 01 de janeiro a 23 de junho de 2012, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN.

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

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

Em decisão de 19/10/10, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTA na hipótese de apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental do Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG
RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A ADVOGADO:
SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
AGRAVADO: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR: GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E
OUTRO(S) EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E
TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS.
COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE
COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA
RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM
LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRADO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)." OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR. IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA. BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO).

Todavia, a decisão ora destacada foi levada novamente a apreciação, em embargos de divergência, quando se proferiu a seguinte decisão:

AGRG NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 – MG (2011/0036985-1) RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES AGRAVANTE: ESTADO DE

MINAS GERAIS PROCURADORA: FABIOLA PINHEIRO LUDWIG AGRAVADO: TELEMAR NORTE LESTE S/A. ADVOGADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PELOS QUAIS A CONTRIBUINTE SUSCITA DISSENSO PRETORIANO ACERCA DA CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO PAGO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO.

2. A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C E SOB A RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, SEDIMENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ART. 173, I, DO CTN SE APLICA AOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU, QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ O PAGAMENTO, SALVO NOS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

3. "[...] OCORRENDO O PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS É DE CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR, CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN" (AGRG NOS ERESP. 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 10.4.2006).

4. COM EFEITO, A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA POR ESTA CORTE DIRIME A QUESTÃO JURÍDICA APRESENTADA A PARTIR DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. PARA ESSA FINALIDADE, SALVO OS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, DESPICIENDO SE MOSTRA INDAGAR A RAZÃO PELA QUAL O CONTRIBUINTE NÃO REALIZOU O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO. 5. A DEDUÇÃO AQUI CONSIDERADA (CREDITAMENTO INDEVIDO) NADA MAIS É DO QUE UM CRÉDITO UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE DECORRENTE DA ESCRITURAÇÃO DO TRIBUTO APURADO EM DETERMINADO PERÍODO

(PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE), QUE VEIO A SER RECUSADA (GLOSADA) PELA ADMINISTRAÇÃO. SE ESSE CRÉDITO ABARCASSE TODO O DÉBITO TRIBUTÁRIO A PONTO DE DISPENSAR QUALQUER PAGAMENTO, AÍ SIM, ESTAR-SE-IA, COMO VISTO, DIANTE DE UMA SITUAÇÃO EXCLUDENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. 6. NA ESPÉCIE, O ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL FOI CLARO AO CONSIGNAR QUE HOUVE PAGAMENTO A MENOR DE DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO.

DESSA FORMA, DEVE-SE OBSERVAR O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CTN. 7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Com isso, no rol do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro a 23 de junho de 2012, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que, no caso do Auto de Infração em exame, como ocorreu o pagamento antecipado, embora à menor, por parte da Impugnante, são aplicáveis as razões constantes dos itens 4 e 5 do supracitado Embargo de Divergência.

Assim, as exigências do Auto de Infração relativas aos fatos geradores em referência encontram-se contemplados pela decadência, uma vez que a Impugnante foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 24/06/16, conforme Aviso de Recebimento - AR acostado às fls. 114 deste PTA.

Quanto às exigências remanescentes apontadas no Auto de Infração a discussão seria tão somente quanto à utilização da alíquota de ICMS de 18% (dezoito por cento) ao invés da alíquota de 30% (trinta por cento).

Neste quesito razão não assiste à Impugnante por se respaldar somente na Resolução Normativa nº 414/2010, da ANEEL que conferiu nova classificação aos condomínios de edifícios residenciais, que passaram de “classe residencial” para “classe comercial, serviços e outras atividades” (subclasse administração condominial: iluminação e instalações de uso comum de prédio ou conjunto de edificações) e passaram a receber o mesmo tratamento regulatório conferido aos condomínios e consumidores comerciais, ou seja, a mesma tarifa de remuneração pela energia elétrica que lhes foi fornecida pela distribuidora.

Não caberia a uma resolução da ANEEL a definição de condomínio para fins jurídicos e especialmente tributários, visto que legislação complementar já tratou de fazê-lo.

Caberia sim à ANEEL, quando julgasse conveniente e dentro de suas atribuições próprias de normatização, quantificação e valoração dos serviços públicos de fornecimento de energia elétrica, promover alterações na composição do tarifário aplicável para fins de adequar a remuneração da atividade econômica das distribuidoras.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, a equiparação dos condomínios de finalidade residencial a condomínios comerciais poderia ser, como de fato foi, feita pela ANEEL, dentro de suas atribuições legais, ou seja, somente para fins de tarifação e de remuneração da distribuidora pelo fornecimento de energia.

Entretanto, a Impugnante não poderia entender que teria que alterar também, deliberadamente, a alíquota do ICMS destas unidades, sem a aquiescência do estado, pois a este cabe, exclusivamente, estabelecer a tributação aplicável a cada hipótese de incidência do imposto.

A Constituição da República de 1988 (CR/88), pilar fundamental de todo ordenamento jurídico nacional tem que ser observada e cumprida por cada ente federativo, pois fixa direitos, deveres, competências e as respectivas atribuições de exploração de atividades, funcionamento, bem como as competências tributárias por esfera de atuação, examine-se:

CR/88

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

O Sistema Tributário Nacional distribui suas competências tributárias por níveis de atuação, ou esferas de atuação no território Nacional, ou seja, União, Estados e Municípios têm competência privativa para instituição, tributação, fiscalização e arrecadação dos tributos pertinentes a cada um.

O ICMS é tributo de competência privativa dos estados, cabendo a estes a sua legislação, tributação, fiscalização e arrecadação.

Como informado pela Impugnante, até a edição da Resolução Normativa ANEEL 414/2010, os condomínios de unidades de finalidades residenciais, objeto do PTA em comento, eram classificados pela ANEEL na Classe de Consumidores Residenciais e, como tais, eram submetidos à aplicação da tarifa própria para consumidores residenciais e tributados pelo ICMS à alíquota de 30%, (trinta por cento) visto que esta era a alíquota prevista pela legislação tributária deste estado para todas as unidades cujo consumo tinha finalidade residencial.

Considerando que a reclassificação promovida alterou somente a tarifa de remuneração da distribuidora, constatou-se que a Impugnante, deliberadamente e de maneira totalmente equivocada, passou a aplicar aos condomínios dos edifícios residenciais a alíquota geral de 18% (dezoito por cento) de ICMS, correspondente à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

classificação de consumo de energia relativa a operações e prestações não especificadas na Lei Estadual nº 6.763/75.

Nesse caso, o art. 12, inciso I, alínea “g”, subalínea “g.2” da Lei nº 6.763/75 fixou a alíquota de 30% (trinta por cento) para o fornecimento de energia para consumo residencial, alíquota vigente durante o período autuado pela Fiscalização, confira-se:

Lei nº 6.763/1975:

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

g) 30% (trinta por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

g.2) energia elétrica para consumo residencial.

(Grifou-se).

A regulamentação em Minas Gerais viria a ocorrer com a promulgação da Lei nº 21.781, de 02/10/15, que no seu art. 5º, infra transcrito, que autorizou a aplicação de alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) ou seja, nem 30% (trinta por cento) e tampouco 18% (dezoito por cento) do ICMS sobre a energia elétrica para consumo das classes comercial, serviços e outras atividades, conforme definido pela ANEEL:

Lei nº 21.781/15

Art. 5º O item 6 da Tabela F da Lei nº 6.763, de 1975, passa a vigorar com a seguinte redação, ficando acrescentado à mesma tabela o item 12 a seguir:

(...)

TABELA F (a que se refere a alínea "a" do inciso I do artigo 12 da Lei nº 6.763, de 26/12/75)

MERCADORIAS E SERVIÇOS

(...)

12 - Energia elétrica para consumo da classe Comercial, Serviços e outras Atividades, assim definida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel -, exceto para os imóveis das entidades religiosas, das entidades beneficentes educacionais, de assistência social ou de saúde, inclusive filantrópicas, e dos hospitais públicos e privados.

Assim, a partir da nova lei, o estado de Minas Gerais incorporou a reclassificação de consumidores estabelecida pela ANEEL e estabeleceu uma nova alíquota de ICMS, de 25% (vinte e cinco por cento) para as classes de consumo Comercial, Serviços e Outras Atividades. Desta forma essa é a nova redação do art. 12 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

a) 25% (vinte e cinco por cento), nas operações com as mercadorias e nas prestações de serviços relacionados na Tabela "F", anexa a esta Lei; (grifou-se).

Para a regulamentação da alteração estabelecida na supracitada lei editou-se o Decreto nº 46.924, de 30/12/15, com vigência a partir de 01/01/16, que disciplinou para os consumidores da classe comercial e outros, assim definidos pela ANEEL, a aplicação da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), veja-se:

Decreto nº 46.924/15

Art. 2º O inciso I do art. 42 do RICMS passa a vigorar acrescido da subalínea "a.12" e das alíneas "i" e "j", com a seguinte redação:

42.....
.....
.....
I
.....
.....

a.12) energia elétrica para consumo da classe Comercial, Serviços e outras Atividades, assim definida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), exceto para os imóveis das entidades religiosas, das entidades beneficentes educacionais, de assistência social ou de saúde, inclusive filantrópicas, e dos hospitais públicos e privados.

Transcreve-se a nova redação do art. 42 do RICMS/02, confira-se:

RICMS/02

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

a) 25% (vinte e cinco por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

a.12 - energia elétrica para consumo da classe Comercial, Serviços e outras Atividades, assim definida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), exceto para os imóveis das entidades religiosas, das entidades beneficentes educacionais, de assistência social ou de saúde, inclusive filantrópicas, e dos hospitais públicos e privados.

Diante disso, configurada a infração à legislação tributária, corretas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, § 4º c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” todos da Lei nº 6.763/75.

Entretanto, o art. 55 da Lei nº 22.549/17 alterou o inciso VI do art. 54 da Lei nº 6.763/75, limitando a aplicação da Multa Isolada a 5% (cinco por cento) do valor da operação e o art. 79, inciso I, alínea “f” da Lei nº 22.549/17 revogou o § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75, que estabelecia o limite mínimo da citada penalidade isolada.

A partir dessas modificações, passou a existir apenas o limitador máximo de 5% (cinco por cento) do valor da operação.

Conforme preceitua o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração ou lhe comine penalidade menos severa, que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Sendo a lei mais benéfica, seus efeitos retroagem e alcançam o crédito tributário já formalizado.

Visando adequar o estabelecido na Lei nº 22.549/17 e no CTN, a Fiscalização corretamente procedeu a reformulação do crédito tributário, conforme documentos de fls. 154/156.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, pelo voto de qualidade, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação às exigências anteriores a 23/06/2012. Vencidos os Conselheiros Maria Vanessa Soares Nunes (Relatora) e Marco Túlio da Silva, que não a reconheciam. No mérito, à unanimidade, quanto às exigências remanescentes, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 154/156. Designado relator o Conselheiro José Tavares Pereira (Revisor). Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

José Tavares Pereira
Relator designado

CS/M

21.675/17/2ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	21.675/17/2 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000758621-64	
Impugnação:	40.010144189-91	
Impugnante:	Energisa Minas Gerais - Distribuidora de Energia S.A.	
	IE: 153056023.00-00	
Proc. S. Passivo:	Fernando Louro Pessoa/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-2 - Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Maria Vanessa Soares Nunes, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A 2ª Câmara de julgamento decidiu, pelo voto de qualidade, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 23/06/12, nos termos do art. 150 § 4º do CTN.

No entanto, este E. Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, no qual o prazo de 5 anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2012, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/13, findando-se somente em 31/12/17. Considerando-se que o Sujeito Passivo foi intimado do crédito tributário em 29/06/17 (fl. 107), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento deste procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento integral do tributo devido, em função da irregularidade narrada no Auto de Infração (recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação indevida da alíquota de 18% nas saídas de energia elétrica para condomínios residenciais, ao invés de 30%). Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento e sim em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mesmo sentido 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 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.

Em outra decisão (12/04/12), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 76.977/RS, com a seguinte ementa:

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.977 – RS (2011/0191109-3)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMENTA - TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I,

DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCÔNFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262).

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Rejeito, portanto, a arguição de decadência do crédito tributário relativo ao período anterior a 23/06/12.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2017.

**Maria Vanessa Soares Nunes
Conselheira**