

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.061/18/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000758621-64
Recurso de Revisão: 40.060145469-94
Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Recorrida: Energisa Minas Gerais - Distribuidora de Energia S.A.
Proc. S. Passivo: Fernando Louro Pessoa/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário relativo ao período anterior a 23/06/12. Reformada a decisão recorrida.

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 para adequar a multa isolada ao limite de 5% (cinco por cento) do valor da operação nos termos dos arts. 55 e 79, inciso I, alínea “f” da Lei nº 22.549/17. Reformada, em parte, a decisão recorrida, para também considerar válidas as exigências decotadas sob a égide da decadência.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.

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.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.675/17/2ª, pelo voto de qualidade, julgou 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 23/06/12. 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).

Mediante declaração na decisão, foi interposto de ofício, pela 2ª Câmara de Julgamento, o presente Recurso de Revisão.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

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.

Ressalta-se que os fundamentos expostos, em parte, no acórdão recorrido e no voto vencido da Conselheira Maria Vanessa Soares Nunes foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas alterações.

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.

Exigência do ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, § 4º c/c art. 215, inciso VI, alínea "f", todos da Lei nº 6.763/75.

Em preambular, a 2ª Câmara de julgamento acolheu a tese da Recorrida, e reconheceu 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 Código Tributário Nacional - CTN.

Entretanto, este E. Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, no qual o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 23/06/17 (fls. 114), verifica-se, inequivocamente, a inocorrência da 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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 DESCONFORMIDADE 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.

Assim, as exigências do Auto de Infração relativas aos fatos geradores em referência não encontram-se contempladas pela decadência.

Quanto ao mérito das questões postas no Auto de Infração, a discussão cinge-se à utilização da alíquota de ICMS de 18% (dezoito por cento) ao invés da alíquota de 30% (trinta por cento) nas saídas de energia elétrica para uso em condomínios residenciais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste quesito, razão não assiste à Recorrida que se respalda somente no disposto na Resolução Normativa ANEEL nº 414/10. O instrumento confere nova classificação aos condomínios de edifícios residenciais, 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). Portanto, passam 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.

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

Compete à ANEEL, quando julgar 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.

Desta forma, a equiparação dos condomínios de finalidade residencial a condomínios comerciais pode 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, à Recorrida é defeso entender que poderia alterar com a medida regulatória, deliberadamente, a alíquota do ICMS destas unidades sem a aquiescência do estado, pois a este cabe, exclusivamente, instituir e gerenciar a aplicação da legislação sobre tributação 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Recorrida em sede de impugnação, até a edição da Resolução Normativa ANEEL 414/10, 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 Recorrida, 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 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. Confirma-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, 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. Dessa forma, essa é a nova redação do art. 12 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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 -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, necessário o restabelecimento das exigências que foram decotadas na decisão da Câmara *a quo* sob a égide da decadência parcial do lançamento original.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe dar provimento. Vencido o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, que lhe negava provimento, nos termos da decisão recorrida. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Luiz Geraldo de Oliveira e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 27 de abril de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator