

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	19.244/09/1ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000157572-83	
Impugnação:	40.010122687-80	
Impugnante:	União Comercializadora de Energia Elétrica Ltda. CNPJ: 04.407774/0001-92	
Proc. S. Passivo:	Murilo Marco/Outro(s)	
Origem:	DGP/SUFIS - Belo Horizonte	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatou-se, mediante conferência de documentos fiscais, falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas remessas de energia elétrica para estabelecimento industrial mineiro. Procedimento fiscal respaldado no Convênio ICMS nº 83/00 e no art. 5º, § 1º, item 4 da Lei nº 6.763/75, bem como no art. 1º, inciso IV, Parte Geral e art. 51, Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, I da Lei nº 6.763/75. Contudo, deve ser excluída a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL - Contribuinte substituto localizado no Estado de São Paulo. Infração caracterizada. Correta a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75, tendo em vista o descumprimento da obrigação de inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS prevista no art. 52 do Anexo IX do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relacionadas a operações de venda/remessa de energia elétrica, sujeitas ao regime de recolhimento de ICMS por substituição tributária, efetuadas pela Autuada para contribuintes industriais estabelecidos em território mineiro:

- a - falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST;
- b - falta de retenção/recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, em desacordo com o Convênio Confaz 83/00 e legislação tributária estadual, no período de maio de 2003 a janeiro de 2005;
- c - falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, I e das Multas Isoladas, capituladas nos art. 54, inciso I e 55, inciso VII, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 52/87, em síntese, aos argumentos seguintes:

- não obstante exista disposição constitucional estabelecendo que a remessa interestadual de energia elétrica é imune ao ICMS, o Estado de Minas Gerais entendeu por bem instituir a incidência do tributo nas "entradas" de energia em estabelecimento situado em território mineiro e estabeleceu que em tais operações o responsável pelo recolhimento do tributo, cujo contribuinte é o estabelecimento mineiro, é o vendedor da energia, situado em outra Unidade da Federação;

- a autuação em comento não merece prosperar, seja em razão do erro na identificação do sujeito passivo do tributo, seja porque a incidência tributária estabelecida pela legislação mineira, bem como a condição de substituto tributário lhe atribuída, não se coadunam com as disposições constitucionais acerca da matéria;

- preliminarmente, argui erro na identificação do sujeito passivo, pois, em face do art. 22, § 8º, item 6 da Lei nº 6.763/75, na redação que se aplica à maior parte do período objeto desta autuação, atribuiu-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto à empresa de outra Unidade da Federação, geradora ou distribuidora de energia elétrica, apenas e tão somente quando enviada a consumidor final situado em Minas Gerais e, portanto, não contribuinte do ICMS o que não é o caso dos autos;

- em relação à questão da responsabilidade tributária por substituição, foram capitulados no Auto de Infração os art. 20, §1º e 51 (este último constante do Anexo IX), ambos do RICMS/MG, os quais deixam claro que a figura do substituto tributário é distinta da figura do contribuinte;

- o fato gerador do ICMS, na operação em comento, conforme indicado no próprio Auto de Infração não é a saída da mercadoria do estabelecimento, mas sim a entrada desta em estabelecimento adquirente de energia, situado em Minas Gerais;

- ao tratar deste fato gerador do ICMS, a Lei nº 6.763/75, estabeleceu que o contribuinte do ICMS devido na entrada de energia em estabelecimento mineiro é o adquirente da energia;

- em sendo a entrada da energia o fato gerador, no caso em tela, sequer o realizou, pois apenas seu cliente é quem concretiza o fato jurídico tributário e, por esta razão, somente ele é o real contribuinte do imposto;

- não obstante a Fiscalização não tenha aplicado o art. 68 do Anexo XV do RICMS/MG, a norma é totalmente coerente, e não há qualquer justificativa legal para negar-lhe vigência, e plena aplicabilidade;

- não efetuada a retenção e recolhimento por parte do substituto, nada mais lógico que o efetivo contribuinte readquirir a responsabilidade pelo pagamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- nada mais natural que o Fisco recorra ao contribuinte de fato, para que este suporte diretamente o ônus fiscal em comento, não sendo admissível a postura adotada de constituir contra si o crédito de ICMS que não foi retido, previamente, do efetivo contribuinte; e exigir-lhe o tributo devido pela Alcoa Alumínio S/A;

- houve flagrante erro na eleição do sujeito passivo, visto que jamais deveria ser cobrada de tributo pelo qual deixou de ser responsável no momento da entrada da energia por vendida no estabelecimento do adquirente mineiro, quando então a Alcoa Alumínio S/A readquiriu a qualidade de responsável pelo recolhimento tributo, do qual é contribuinte, devendo ser declarado nulo o lançamento;

- a falta de sua inscrição no cadastro de contribuintes de Minas Gerais já seria razão suficiente à lavratura do Auto de Infração contra o efetivo contribuinte do ICMS lançado, ou seja, a Alcoa Alumínios S/A;

- a Administração Pública deve respeitar não só o princípio da legalidade como também o da eficiência, contido no caput do art. 37 da Constituição Federal;

- fato é que não possui capacidade contributiva ou disponibilidade financeira para arcar com débito de tributo de outrem, pois, ainda que o Fisco Mineiro promova a liquidação de todos os seus bens não possui patrimônio suficiente para saldar a dívida da Alcoa Alumínio S/A e somente depois buscar ressarcimento do ICMS em questão;

- não reteve os valores da Alcoa Alumínio S/A;

- caso pudesse ser sujeito passivo, haveria que se imputar a solidariedade do adquirente por disposição expressa da legislação mineira;

- a conduta adotada pela adquirente é agravada na medida em que tinha pleno conhecimento da exigência do tributo por Minas Gerais em operações similares, inclusive porque sofreu autuação, mas ficou-se silente, sendo inegável que sua omissão concorreu, exclusivamente, para o não recolhimento do tributo;

- deve, ou ao menos, ser determinada a inclusão do responsável no lançamento objeto deste processo;

- no mérito, sustenta que as operações que destinam a outros Estados, energia elétrica, não sofrem a incidência do ICMS, ou seja, são imunes na forma da redação original da Constituição Federal (art. 155 § 2º, inciso X, alínea “b”);

- nada obstante, a Lei Complementar nº 87/96, a despeito da clara redação constitucional, incluiu no inciso III do § 1º do art. 2º, uma verdadeira hipótese de incidência para tal produto, que consistiria na entrada dos mesmos no Estado destinatário, como se possível fosse desmembrar o negócio jurídico em duas partes;

- em 2000, a Lei Complementar nº 102 insere o inciso IV no parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, de forma a definir como contribuinte o adquirente de energia elétrica, quando tal produto for oriundo de outro Estado e quando não destinado à comercialização ou à industrialização, mas esta extrapolou sua competência;

- se a Carta Magna estabeleceu que as operações interestaduais de energia elétrica são imunes, não poderia a lei complementar estabelecer a incidência;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- vale notar que não se trata aqui de questionamento de constitucionalidade de norma, mas sim de fazer valer a aplicação da Constituição Federal;
- assim, se a Lei Complementar nº 87/96 e o Convênio nº 83/00 foram editados em desacordo com o sistema vigente, não possuem validade, e, portanto, a eles não pode ser conferida aplicabilidade, devendo ser reconhecida a impossibilidade de tributação pelo ICMS das operações em comento, pois fundadas em normas inválidas;
- além das razões preliminares e de mérito já expostas, o Auto de Infração ora combatido também não pode prosperar contra a Impugnante, em razão da ilegalidade na sua eleição como substituto tributário de ICMS;
- o substituto tributário, no caso, não é contribuinte de ICMS algum, seja para o Fisco Mineiro, seja para o Fisco do Estado em que ele próprio se situa, pois a operação interestadual de energia elétrica não sofre incidência de ICMS;
- para que a lei possa criar a figura da substituição tributária faz-se necessário que estejam presentes duas condições: (I) a existência de sujeito passivo de uma obrigação tributária - a quem possa ser atribuída a condição de substituto e (II) a existência de fatos geradores posteriores (ainda que presumidos), pelo qual o substituto possa ser responsabilizado pelo pagamento do tributo devido por outrem;
- destaca o disposto no art. 121 do Código Tributário Nacional;
- no caso sob análise uma das condições necessárias para que a lei estabeleça a substituição tributária não se perfez, pois não é contribuinte do ICMS, em momento algum da cadeia de circulação da energia, em favor de nenhum Estado;
- o substituto tributário, segundo as regras estabelecidas pela Constituição Federal, tem de ser sujeito passivo do tributo pelo qual se tornará responsável por fatos geradores futuros;
- no caso em análise, a responsabilidade tributária por substituição nos casos de operação interestadual com energia elétrica, jamais poderia ser-lhe atribuída, pela legislação mineira, pelo simples fato de que não é contribuinte do tributo nestas operações e, assim sendo, não perfaz condição essencial para ser eleita como substituta;
- mister seja excluída a penalidade imposta de 100% (cem por cento) haja vista a falta de identificação precisa da razão da imposição da penalidade, o que torna o lançamento nulo, por cerceamento do direito de defesa;
- quanto à multa isolada de 40%, (quarenta por cento) é evidente a falta de subsunção do fato à norma, uma vez que não houve acobertamento de operação ou descrição de base de cálculo diversa que a prevista na legislação. O valor da operação foi integral e corretamente descrito na nota fiscal, tendo ocorrido falta de destaque do imposto;
- a conduta que se pretende apenar jamais foi cometida, de modo que a manutenção da multa em comento configuraria verdadeira arbitrariedade;
- não bastasse, ainda que houvesse subsunção do fato à norma, a penalidade deve ser aplicada pelo não recolhimento do tributo, não há que se aplicar a penalidade pelo não destaque correto do tributo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as multas aplicadas tem caráter confiscatório;
- por fim, mesmo que não se entenda que a multa aplicada seja indevida e tenha caráter confiscatório, existe disposição expressa na Lei nº 6.763/75 que permite a redução da multa, atendidos alguns requisitos, nos termos do art. 53.

Ao final, requer sejam acolhidas as preliminares suscitadas, decretando-se a nulidade do presente lançamento, por erro na eleição do sujeito passivo e, caso assim não se entenda, requer seja, no mérito, dado integral provimento à impugnação.

A Fiscalização à fl. 142, emite o “Termo de Rerratificação de AI nº 01”, procedendo à retificação da penalidade indicada à fl. 18, inicialmente grafada como “Lei Estadual nº 6.763/75 art. 56, inciso II, § 2º” para “Lei Estadual nº 6.763/75 art. 56, inciso II c/c o art. 56, § 2º, I”, permanecendo inalterados os demais itens do Auto de Infração.

O referido ato foi levado ao conhecimento do Sujeito Passivo e do seu patrono constituído, conforme atestam os Avisos de Recebimento – AR, juntados às fls. 143 e 144, reabrindo-se o prazo de 30 (trinta) dias para aditamento de sua impugnação ou pagamento do crédito tributário, nos termos do § 1º do art. 120 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

A Impugnante comparece novamente aos autos, às fls. 147/188, trazendo basicamente os mesmos argumentos postos em sua peça defensória inicial e acrescentando que o levantamento realizado pelo Fisco alcança fatos geradores ocorridos de maio de 2003 a dezembro de 2005, mas que parte da cobrança não pode prosperar pelo decurso de cinco anos para o Fisco proceder ao lançamento tributário.

Sustenta ainda a Defendente que a decadência impede que os efeitos de determinada relação jurídica se prolonguem indefinidamente e preserva a estabilidade nas relações entre o Estado e o particular. Transcreve o art. 150 e seu § 4º do Código Tributário Nacional, afirmando que a doutrina e a jurisprudência têm concluído que o marco inicial do prazo decadencial do direito de constituição do crédito tributário no caso presente é o da ocorrência do fato gerador.

Aduz que somente quando há dolo, fraude ou simulação, o prazo desloca-se para aquele previsto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional.

Assegura que para o tributo objeto do lançamento em discussão, não há outra conclusão senão a de que o início da contagem do prazo decadencial é marcado pela ocorrência do fato gerador, de forma que a constituição de eventual crédito devido pelo contribuinte somente poderia ser efetuada até maio de 2008.

Grifa e destaca que a decadência manifesta-se quanto aos fatos geradores ocorridos de maio a dezembro de 2003, pois, apesar de ter sido notificada em 29 de fevereiro de 2008, quando do novo lançamento realizado após análise preliminar da impugnação apresentada, foi cientificada do mesmo apenas em janeiro de 2009.

Arremata seus argumentos afirmando que, em virtude da decadência, não deve o Auto de Infração subsistir, devendo ser cancelada a exigência fiscal em relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de maio a dezembro de 2003.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitera o pedido para que sejam acolhidas as preliminares suscitadas, devendo ser declarada a decadência com relação ao período de maio a dezembro de 2003, decretando-se a nulidade do presente lançamento, por erro na eleição do sujeito passivo. Pede, ainda, o cancelamento do Auto de Infração e a extinção do crédito tributário nele consubstanciado.

O Fisco, na manifestação fiscal de fls. 192/217, refutando ponto a ponto as alegações da defesa, bem como descreve os motivos da ação fiscal pedindo, por fim, a improcedência das impugnações apresentadas e a manutenção integral do lançamento.

A Assessoria do Conselho de Contribuintes, em parecer de às fls. 221/232, opina pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual formaliza as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º e das Multas Isoladas, capituladas nos art. 54, inciso I e 55, inciso VII, todos da Lei nº 6.763/75 em face das seguintes imputações fiscais relacionadas a operações de venda/remessa de energia elétrica, sujeitas ao regime de recolhimento de ICMS por substituição tributária, efetuadas pela Autuada para contribuintes industriais estabelecidos em território mineiro:

- a - falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST;
- b - falta de retenção/recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, em desacordo com o Convênio Confaz 83/00 e legislação tributária estadual, no período de maio de 2003 a janeiro de 2005;
- c - falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Inicialmente, cumpre destacar que as questões postas pela Impugnante como preliminares relativas à sujeição passiva e a ocorrência de decadência, são analisadas pelo Conselho de Contribuintes como mérito. Desta forma, apesar de não haver o destaque como preliminares destas matérias, as mesmas foram observadas tendo sido verificados todos os argumentos impugnatórios.

Portanto, antes de se adentrar nas exigências de ICMS e multas, passa-se à análise da eleição do sujeito passivo e da ocorrência da decadência.

Em sede de preliminar, a Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, sob pretexto de que teria ocorrido flagrante erro na eleição do sujeito passivo do lançamento em questão, visto que jamais deveria ser cobrada de tributo pelo qual deixou de ser responsável no momento da entrada da energia por ela vendida no estabelecimento do adquirente mineiro, quando então a Alcoa Alumínio S/A readquiriu a qualidade de responsável pelo recolhimento do tributo, do qual é contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que pertine à aplicação dos dispositivos do Regulamento do ICMS invocados pela Impugnante, precipuamente o art. 68 do Anexo XV, a questão será avaliada juntamente com as demais relativas ao mérito propriamente dito.

Cumprido de pronto destacar que não se inclui na competência do Conselho de Contribuintes promover o lançamento do crédito tributário, nem sequer quanto à inclusão sujeitos passivos no Auto de Infração.

Ademais, não tem procedência a arguição da Impugnante de que deveria ser excluída do lançamento, justamente por não ter promovido o devido cumprimento de suas obrigações ditadas pelo Regulamento do ICMS. Não é possível admitir-se que não tendo o contribuinte se inscrito no cadastro de contribuintes, esta sua omissão transfira responsabilidade pelo pagamento do tributo ao adquirente da energia elétrica.

Cumprido ainda destacar que o citado art. 68 do Anexo XV ainda não vigorava à época dos fatos geradores das remessas de energia elétrica objeto do presente lançamento.

Por ocasião da segunda intervenção nos autos (fls. 147/188), também em preliminar, a Defendente invoca o instituto da decadência, alegando que esta estaria configurada em relação aos fatos geradores ocorridos de maio a dezembro de 2003, porquanto, apesar de ter sido notificada da lavratura do Auto de Infração originário em 29 de fevereiro de 2008, quando do novo lançamento realizado após análise preliminar da Impugnação apresentada, teria sido notificada do novo lançamento apenas em janeiro de 2009. Em apoio à sua tese, transcreve ementas de decisões emanadas do Tribunal Administrativo Federal e do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Para análise desta questão é crucial deixar claro que a Fiscalização emitiu o “Termo de Rerratificação de AI nº 01” de fl. 142, para retificação a penalidade indicada no Auto de Infração. Note-se que nem ao menos houve alteração da penalidade. A retificação apenas clareou a exigência já existente na peça formalizadora do lançamento.

Assim, a retificação somente alterou a forma de escrita da penalidade que estava inicialmente grafada como “Lei Estadual nº 6.763/75 art. 56, inciso II, § 2º” para “Lei Estadual nº 6.763/75 art. 56, inciso II c/c o art. 56, § 2º, I”, permanecendo inalterados os demais itens do Auto de Infração.

Em sua segunda peça de defesa a Impugnante, preliminarmente, discute esta retificação do Auto de Infração, afirmando ter ocorrido novo lançamento do qual apenas teria sido notificada em janeiro de 2009.

O chamado “Processo Tributário Administrativo” constitui-se em verdade em um procedimento tendente a apuração de irregularidades que ensejaram o descumprimento das obrigações principais e/ou acessórias. Desta forma, observados os prazos de prescrição e decadência, é permitido ao Fisco a devida apuração dos fatos e a formalização das exigências que porventura existam.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a reformulação de um auto de infração é possível no curso do procedimento administrativo, desde que atenda a todos os requisitos dos atos administrativos.

Nesta linha, verifica-se que as infringências encontram-se relacionadas com a devida clareza no Auto de Infração de fls. 18/19 do qual a Impugnante foi intimada dentro do prazo decadencial. Não houve qualquer alteração das imputações fiscais, tão pouco de valores na retificação feita pelo Fisco.

Acrescente-se que esta conclusão é permitida por estar-se aqui adotando o posicionamento de que o processo tributário administrativo trata-se verdadeiramente de um procedimento tendente a apurar os valores devidos ao estado podendo ser adequado em seu desenrolar, respeitando, como já dito, os prazos de prescrição e decadência.

Este mesmo entendimento é compartilhado pelos diversos doutrinadores pátrios, dentre os quais cite-se:

“Em verdade, quando Administração e administrado discutem sobre o índice de procedência legal do lançamento efetuado, o que de fato acontece é a instalação de um procedimento administrativo, que pretende ser contraditório, propiciando à Fazenda Pública o controle de legalidade de seus próprios atos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.)

“O procedimento administrativo de lançamento tem duas fases: a oficiosa e a contenciosa. Concluída a primeira fase, com a determinação do valor do crédito tributário, é feita a notificação ao sujeito passivo. E a partir daí somente pode ser modificado em virtude de: (a) impugnação do sujeito passivo; (b) recurso de ofício; (c) iniciativa da própria autoridade administrativa, nos casos previstos em lei (CTN, art. 145). Enquanto comporta alterações na própria esfera administrativa, o lançamento não é definitivo, não está juridicamente concluído, está em processo de elaboração.” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004. p. 170-171. (grifos não constam do original))

Repita-se, pela importância, que o denominado “novo lançamento” pela Defendente, na verdade trata-se do Termo de Rerratificação emitido pela Fiscalização (fl. 142) para retificar a capitulação legal referente à multa de revalidação aplicada.

Assim, dos fatos mencionados, depreende que não ocorreu qualquer alteração de critério jurídico, mas simples retificação para incluir inciso de penalidade aplicada e já caracterizada pelo relatório fiscal. A rerratificação, como o próprio nome indica, retifica o lançamento em parte e ratifica todo o restante do trabalho fiscal, em perfeita observância ao princípio do contraditório e da verdade material.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registre-se que o fato gerador autuado mais antigo ocorreu em 02 de maio de 2003 (fls. 27/28), sendo que a Defendente tomou ciência do Auto de Infração em 29 de fevereiro de 2008 (fl. 19) aproximadamente quatro anos e nove meses depois do referido fato gerador.

No entanto, busca a Impugnante valer-se rerratificação efetuada, da qual foi cientificada em 28 de janeiro de 2009 (fl. 143), para pleitear a aplicação da contagem do prazo decadencial de 05 (cinco) anos a contar daquela data.

Contudo, nenhuma razão lhe assiste neste aspecto, pois está claro que o lançamento regularmente levado ao conhecimento da Impugnante no prazo legal.

Ademais, o lançamento não foi alterado em sua essência, afastando a possibilidade de cancelamento da exigência fiscal em relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de maio a dezembro de 2003.

A Impugnante alega que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de maio a dezembro de 2003, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse 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.”

Entretanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no citado período. Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Entretanto, em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Portanto, à luz do retro transcrito art. 173, o prazo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte.

Frise-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício, é regulado pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do mesmo diploma legal.

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." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, pág. 912 e 913.)

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2009.

Tendo sido a Impugnante regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 29 de fevereiro de 2008 (fl. 19), claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2003, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste diapasão, inexistente nulidade no presente procedimento do Fisco e tão pouco se pode adotar a data da segunda intimação para se verificar a ocorrência da decadência.

Atente-se que foi reaberto o prazo para o pagamento do crédito tido como devido com as reduções previstas na Lei nº 6.763/75 ou mesmo apresentação da defesa, medidas estas que afastam qualquer vício de procedimento por parte do Fisco e que, de fato, não trouxeram qualquer prejuízo à parte.

Conforme relato acima, versa a presente autuação acerca das exigências de ICMS/ST e das respectivas multas, em razão de remessas de energia elétrica efetuadas pela ora Impugnante para estabelecimento industrial situado em território mineiro sem retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária e, ainda, pela falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST nos documentos fiscais e falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Sustenta a Fiscalização que o procedimento da Defendente ocorreu em desacordo com o Convênio ICMS n.º 83/00 e legislação tributária estadual, no período de maio de 2003 a janeiro de 2005.

O presente processo encontra-se instruído com os documentos que embasam o feito fiscal, assim identificados: Autos de Início de Ação Fiscal (fls. 02/05); Auto de Infração (fls. 18/19); DCM (fls. 20/21); Relatório de Autuação Fiscal (fls. 22/24); planilha contendo o resumo geral das exigências fiscais - Anexo A (fl. 25); planilha com a relação das notas fiscais sem o destaque da base de cálculo e do ICMS/ST - Anexo B (fl. 26); cópias de 24 (vinte e quatro) notas fiscais emitidas pela Impugnante, listadas no Anexo C (fls. 27/50) e cópia de Consulta Restrita ao Cadastro do Estado de São Paulo (fl. 51).

O levantamento fiscal encontra-se demonstrado, por período mensal, na planilha denominada “Exigências – Resumo Geral” (fl. 25). Os valores relativos ao ICMS/ST acham-se apurados, por documento fiscal, na planilha “Relação de NFs sem destaque da BC e do ICMS/ST – Apuração do ICMS/ST Devido/Omisso” (fl. 26), onde o Fisco considerou como base de cálculo do tributo o valor corresponde a cada operação consignado nas notas fiscais, objeto da autuação, acrescido da parcela do próprio imposto, em consonância com as disposições contidas no art. 13, inciso IX, § 15 da Lei nº 6.763/75.

É inegável que as notas fiscais, objeto da autuação, cujas cópias estão anexadas às fls. 27/50 autos, foram emitidas pela Impugnante, sem a indicação de qualquer parcela referente à retenção do ICMS/ST.

Ao contrário do que sustenta a Defendente, a incidência do ICMS nas operações objeto da autuação está expressamente prevista na Lei Complementar n.º 87/96, que autorizada pela Constituição Federal de 1988 (art. 146, inciso III) dispõe:

“Art. 2º - O imposto incide sobre:

.....

§ 1º - O imposto incide também:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

.....”

Em consonância com a lei complementar, a Lei Estadual n.º 6.763/75 dispõe da mesma forma em seu art. 5º, § 1º, inciso IV.

A incidência do imposto, portanto, está claramente delineada na legislação de regência.

Já o recolhimento através do instituto da substituição tributária, que deveria ter sido efetuado pelo remetente, posição em que se encontra a ora Impugnante em relação às operações objeto da autuação, tem suporte também em mandamento contido na Lei Complementar n.º 87/96:

“Art. 9º - A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º - A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

.....

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer esta operação.

§ 2º - Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

.....”

Da leitura do artigo acima transcrito verifica-se que a Lei Complementar n.º 87/96 estabeleceu a possibilidade dos Estados interessados firmarem acordo para adoção do regime de substituição tributária. Citado acordo concretizou-se pelo Convênio ICMS n.º 83/00, que entrou em vigor a partir de 21 de dezembro de 2000.

O Convênio ICMS n.º 83/00 autoriza os Estados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive ao agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As disposições constantes do Convênio ICMS n.º 83/00 foram, por sua vez, incorporadas às normas regulamentadoras mineiras pelo Decreto n.º 41.549/01, com efeitos a partir de 21 de dezembro de 2000, que alterou a redação do art. 49 do RICMS/MG aprovado pelo Decreto n.º 38.104/96, então vigente.

A partir de 15 de dezembro de 2002 entrou em vigor o Decreto 43.080/02, tratando da matéria no art. 51 do Anexo IX, que manteve a mesma redação do dispositivo constante do Regulamento anterior, alterada a partir de 07 de agosto de 2003 pelo Decreto 43.785/04 para inclusão da expressão “do próprio produto” após o termo “industrialização”.

Já a partir de 1º de dezembro de 2005 a matéria ora em discussão foi inserida no Capítulo XIII do Anexo XV do RICMS/02.

Percebe-se que a legislação mineira está desenvolvida no sentido de garantir que o ICMS incidente sobre a energia elétrica seja arrecadado no Estado destinatário.

As operações interestaduais com energia elétrica, nos termos da Constituição Federal, submetem-se a regime peculiar que já ensejou divergências quanto ao seu alcance, mas hoje se encontra sedimentada.

Justificável, portanto, a determinação legal de incidência do ICMS na entrada no território do Estado destinatário de energia elétrica, quando não destinados à sua comercialização ou à sua industrialização, decorrentes de operações interestaduais.

As normas mineiras às quais encontra-se o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, portanto, são claras e objetivas quando dispõem sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, de energia elétrica, quando não destinada à comercialização ou à sua própria industrialização.

A mesma clareza se repete nas regras que determinam o recolhimento do imposto por substituição tributária, com a responsabilidade pela retenção atribuída ao remetente (art. 22, § 8º, item 6, da Lei n.º 6.763/75, cuja transcrição se faz oportuna:

“Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

.....

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

.....

6) a empresa de outra unidade da Federação que gere, distribua ou comercialize energia elétrica, com destino a adquirente situado neste Estado e não destinada à industrialização ou comercialização, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou a importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/11/96 a 30/12/04 - redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 8º, ambos da Lei n.º 12.423/96:

6) a empresa de outra unidade da Federação geradora ou distribuidora de energia elétrica, em operação com destino a consumidor final no Estado, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou a importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final.”

Na peça de defesa apresentada argumenta a Impugnante que não lhe pode ser atribuída responsabilidade pelo recolhimento do imposto, isto porque, na redação do dispositivo que se aplicaria à maior parte do período objeto da autuação, atribui-se a responsabilidade à empresa de outra Unidade da Federação, geradora ou distribuidora de energia elétrica, apenas e tão somente quando enviada a consumidor final situado em Minas Gerais e, portanto, não contribuinte do ICMS.

Entretanto, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 83/00, com vigência anterior às operações autuadas, impõe a condição de substituto tributário inclusive ao agente comercializador, ou seja, alcança exatamente o caso da Impugnante, *in verbis*:

“Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

.....”

Portanto, não é possível acolher a tese da defesa quando alega que a tributação se daria apenas e tão-somente quando a energia é enviada a consumidor final, excluindo o contribuinte do imposto.

No caso presente, a destinatária é a empresa Alcoa Alumínio S/A, contribuinte do ICMS, que não industrializou nem comercializou a própria energia elétrica, motivo pelo qual se aplica a responsabilidade prevista art. 22, § 8º, item 6, da Lei nº 6.763/75 acima transcrito.

Não obstante as alegações da Defendente no sentido de que lançamento deveria ter sido realizado diretamente contra Alcoa Alumínio S/A, restou demonstrado que não havia essa previsão na legislação mineira à época dos fatos.

As afirmações feitas pela Impugnante no sentido de não possuir capacidade contributiva ou disponibilidade financeira para arcar com o tributo de outrem não têm o condão de desviar a exigência tributária consignada no Auto de Infração em comento. Com efeito, era obrigação da Impugnante reter e recolher o ICMS/ST quando da remessa de energia elétrica para destinatários mineiros e, se assim não procedeu.

As alegações de que a adquirente permaneceu silente ao constatar, no momento do recebimento da nota fiscal da mercadoria, que o ICMS não fora retido e,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ainda, que a esta já havia sido autuada em operações similares, não autorizam imputar à mesma a solidariedade pelo adimplemento da obrigação tributária. No mesmo sentido, a transcrição que a Impugnante faz das ementas de decisões referentes aos PTAs nº 01.000134731.81 e 02.000159410-82 (fls. 70/71) corrobora a impossibilidade de imposição da responsabilidade solidária prevista no art. 21 da Lei nº 6.763/75, uma vez que essas ementas retratam a exclusão de coobrigado por falta de previsão legal.

No tocante à inclusão do estabelecimento mineiro que deu entrada à mercadoria, no polo passivo como coobrigado ou responsável solidário constatada nos PTAs 02.000201636-61, 01.000137701-85 e 02.000201607-78 mencionados pela Impugnante (fl. 173), o procedimento foi possível por haver previsão legal para tanto. Contrariamente, no caso presente, à época dos fatos geradores referentes às operações autuadas, não havia embasamento legal para inclusão da adquirente das mercadorias na condição de coobrigada. Outrossim, a lei tributária que impõe responsabilidade solidária aos adquirentes de energia elétrica não pode retroagir para, no caso concreto, responsabilizar também a destinatária, restando demonstrado que não houve erro na eleição do sujeito passivo, inclusive em matéria de solidariedade.

Ademais, como já dito e deve ser repetido pela importância, ao Conselho de Contribuintes não é dado incluir pessoas no polo passivo da obrigação tributária.

Importante destacar que a Impugnante defendeu-se plenamente ao argumentar, por exemplo, que não estava sozinha e exclusivamente obrigada a efetuar tal retenção, evocando a adquirente da energia elétrica para integrar o polo passivo da presente obrigação tributária. Assim, tendo exercido de forma integral o seu direito de defesa, como de fato o fez, não pode a Defendente pretender o cancelamento do presente Auto de Infração, sob o pretexto de cerceamento desse direito.

No que tange ao protesto apresentado em relação à imposição da multa de revalidação, nenhuma razão assiste à Impugnante, de vez que o relatório constante do Auto de Infração aponta claramente que a irregularidade praticada foi a falta de retenção e destaque do ICMS/ST, esta consubstanciada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763.75.

Também relativamente à exigência da penalidade isolada por falta de inscrição estadual prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75 e objeto de lançamento no crédito tributário ora em exame, verifica-se estar correta tal exigência, face à comprovada prática pela Defendente de operações nas quais se qualifica como contribuinte substituto deste Estado.

Já sobre as assertivas de inconstitucionalidade dos dispositivos capitulados na autuação, bem como da ocorrência de confisco nas exigências fiscais e no percentual da multa aplicada, cabe lembrar que, consoante determinação do art. 88, inciso I da CLTA/MG (vigente por ocasião dos fatos) e do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 (atualmente em vigor), estas questões estão fora do campo de atuação deste Conselho, *in verbis*:

“Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.”

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, I e da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame quanto a estes itens.

Entretanto, relativamente à Multa Isolada, a mesma não foi aplicada nos termos da legislação de regência da matéria.

Assim, a partir da penalidade exigida, percebe-se que o Fisco entendeu que foi descumprida a obrigação de emitir documentos fiscais com o correto destaque do imposto devido por substituição tributária.

Necessária se faz a análise pormenorizada do tipo descrito no citado inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, para verificação da perfeita aplicação da penalidade prevista em face da imputação fiscal ora em exame.

Nesta linha, verifica-se os exatos termos do citado dispositivo legal:

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se refere os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são os seguintes:

.....
VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

Efeitos de 1º/01/1976 a 31/10/2003 - Redação original:

"VII - por consignar em documento fiscal importância diversa do efetivo valor da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;"

....." (grifos não constam do original)

Esclarecemos que o dispositivo foi acima transcrito nas duas redações, aquela em vigor na data em que ocorreram alguns dos fatos e na do presente julgamento, a qual entendemos cabível à luz das disposições contidas no art. 106 do Código Tributário Nacional.

No entanto, cumpre frisar que, pelo relatório fiscal (fl. 23), a penalidade está sendo exigida a partir de novembro de 2003. Portanto, na redação hoje em vigor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A conduta descrita na norma sancionatória, vigente na data do julgamento, é a consignação em documento fiscal de “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”.

Se o contribuinte entendia que à época da ocorrência das operações não deveria destacar a base de cálculo do ICMS devido por substituição ele não deixou de fazer uma inclusão prevista na legislação. Este fato torna-se importante para o deslinde da questão e para a verificação da correta aplicação da penalidade determinada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75.

Neste sentido, a base de cálculo do ICMS destacado nos documentos fiscais objeto do lançamento está determinada, na forma ditada pela Lei n.º 6.763/75, pelo art. 43 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02.

Portanto, os fatos e fundamentos que levaram a autuação dizem respeito a entendimentos e interpretações da legislação tributária.

Ao analisar a questão do erro no Direito Penal, o eminente jurista Hugo de Brito Machado, em sua obra “Estudos de Direito Penal Tributário”, assim se manifesta:

“ A doutrina do Direito Penal registra notável evolução no tratamento do erro. Antes, referia-se ao erro de fato, como capaz de elidir a responsabilidade penal, e ao erro de direito, que tinha como irrelevante para esse fim, fundada no princípio de que ninguém pode descumprir a lei alegando que a desconhece.

A doutrina moderna, porém, já não cogita de *erro de fato* e *erro de direito*, mas de *erro de tipo* e *erro de proibição*. (.....)

Assim, o erro na interpretação da lei tributária, que no entendimento do Chefe do Ministério Público Federal, acolhido em alguns julgados da Corte Maior, é capaz de excluir a configuração do crime de supressão ou redução de tributo, ganha explicação coerente, e consistente, no âmbito da doutrina dos penalistas, como *erro de tipo*. O erro, que, em princípio, não tem esse relevo é o denominado erro de proibição, consistente no errado entendimento do próprio preceito penal.”

Ademais o mandamento consubstanciado no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 dita que a penalidade a ser cobrada deverá representar 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada entre o valor da base de cálculo constante do documento fiscal objeto da autuação e o valor da base de cálculo prevista na legislação.

Nesta linha, não há como aplicar a penalidade disposta no inciso VII acima transcrito para o presente processo.

Para aplicação das penalidades no campo tributário, por se tratar de norma sancionatória, deve-se ter em mente os mesmos ditames do direito penal e para tanto deve o tipo descrito na norma sancionatória guardar estrita consonância com a conduta tida como faltosa ou delituosa.

Não é outro o entendimento da doutrina pátria. Neste sentido, cite-se do Mestre Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias – natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis”:

“ Toda legislação sobre multas deve necessariamente obedecer aos Princípios da Tipicidade e da Generalidade, conforme exposto neste trabalho.

De que tratam realmente estes princípios?

Quanto ao primeiro, o da Tipicidade, pode ser definido como sendo o delineamento completo da hipótese de incidência das multas. É o que descreve a sujeição ativa e passiva, a base econômica, a alíquota, a materialidade, o lugar, o tempo de descumprimento dos deveres instrumentais e outros aspectos relevantes.

Misabel Derzi já esclareceu que **“o modo de pensar padronizante (dito, inadequadamente, tipificante) conduz o intérprete a uma distância do caso isolado; ele só alcança o esquema do próprio caso.”**

Costuma-se entender a tipicidade de forma restritiva. Para nos, trata-se do delineamento completo da hipótese sancionatória, no caso, a multa tributária.”

No caso em tela, a norma determina como conduta a ser punida *“consignar em documento fiscal que acobertar a operação (...) base de cálculo diversa da prevista pela legislação.”*

Na hipótese ora analisada, a Impugnante deixou de destacar o imposto devido por substituição tributária.

É de se destacar aqui que a penalidade insculpida no inciso VII do art. 55, da forma como está redigida, procura punir contribuintes que conhecendo a base de cálculo da operação no momento de sua realização, deixa de consigná-la no documento fiscal de forma proposital visando reduzir os valores a serem recolhidos de forma indevida e questionável.

A sanção trazida pelo inciso VII do art. 55 visa coibir procedimentos tomados com o conhecimento da questão. Efetivamente, o legislador não procurou punir com tal multa o erro na interpretação das leis tributárias.

Assim, esta penalidade apresenta-se afeta aos casos conhecidos como de subfaturamento. O subfaturamento é o caso preciso em que o contribuinte conhece exatamente o valor da base de cálculo do imposto, mas, propositalmente, consigna no documento fiscal destinado a informar ao Fisco o imposto devido, valor da operação inferior.

Neste diapasão, quer se analise a norma punitiva por qualquer prisma não há como aplicá-la à matéria tratada nos presentes autos, devendo ser excluída do crédito tributário a exigência da Multa Isolada capitulada no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pede ainda a Impugnante o acionamento do permissivo legal constante do artigo 53, §3º da Lei n.º 6.763/75, que estabelece poder ao órgão julgador administrativo para reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória, mas também estabelece requisitos e condições para que este mister possa ser efetivado. Cabe aqui a verificação do inteiro teor tanto do próprio §3º retrocitado, quanto dos §§ 5º e 6º do art. 53, por conterem estes os requisitos impeditivos do acionamento do permissivo legal. Senão veja-se:

“CAPÍTULO XIV

Das Penalidades

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

.....
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.
.....

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

- 1) de reincidência;
- 2) de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;
- 3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.
- 4) de imposição da penalidade prevista no inciso XXIV do art. 55 desta Lei;
- 5) de aproveitamento indevido de crédito;
- 6) de imposição da penalidade prevista na alínea "b" do inciso X do art. 54 desta lei.

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.” (grifos não constam do original)

Observe-se que a única penalidade isolada remanescente diz respeito à falta de inscrição estadual. Pela Impugnação apresentada a Defendente teve em mente a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicação do permissivo não sobre esta penalidade, já que questiona o valor exorbitante da multa sobre a qual quer ver aplicado o permissivo. Contudo, cabe frisar que, em relação à penalidade do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, embora não seja mais o caso dos autos, não poderia ser aplicado o permissivo por força da norma contida no item 3 do § 5º do art. 53 acima transcrito.

A par disto a Câmara analisou a aplicação do permissivo, mas, diante do fato de ser imprescindível a inscrição estadual da ora Impugnante, e do valor da penalidade para esta irregularidade, não foi aplicado o disposto no art. 53 supra transcrito.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor), que o julgava procedente. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros e Edécio José Cançado Ferreira.

Sala das Sessões, 11 de agosto de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora