

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.231/19/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000956012-85
Recurso de Revisão: 40.060148184-12
Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. - Em Recuperação Judicial
IE: 062149964.00-47
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: André Mendes Moreira/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/04/13 a 31/12/16, em decorrência de a Autuada não ter considerado na base de cálculo do ICMS os serviços de comunicação/telecomunicação, na modalidade de “assinatura sem franquia”, conseqüentemente, sem destaque do imposto.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos art. 56, inciso II e art. 55, inciso VII, alínea “c”.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.075/19/2ª, por maioria de votos, julgou quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, que o julgava improcedente.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 466/476.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida Acórdão indicado como paradigma de nº 22.333/16/1ª (PTA nº 01000172435-97), cópia às fls. 482/494.

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

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 497/509, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG, exceto quanto à nulidade suscitada, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por essa razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da nulidade da decisão recorrida suscitada de ofício pelo relator

O Relator entendeu que a 2ª Câmara, **por omissão ou contradição**, teria deixado de apreciar os efeitos da coisa julgada ao presente processo, o que acarretaria nulidade da decisão ora recorrida por ofensa ao devido processo legal e que os autos deveriam retornar à Câmara “*a quo*” para novo julgamento. Dessa forma, considerou prejudicada a apreciação do Recurso de Revisão.

Assim, levantou a questão e propôs que, antes da análise do conhecimento do Recurso de Revisão, a Câmara Especial analisasse a nulidade suscitada.

De fato, a nulidade pode ser suscitada de ofício, tanto que vários lançamentos já foram extintos por este Conselho de Contribuintes após esta análise, mas sempre no âmbito da Câmara Comum, a quem compete julgar o lançamento impugnado, conforme dispõe o art. 19 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes (aprovado pelo Decreto nº 44.906/08). Assim, na Câmara Comum basta haver uma impugnação válida para que a Câmara aprecie e julgue o lançamento, em todos os seus aspectos, é o que dispõe a legislação.

Em sede de Recurso de Revisão, caso em análise, para se enfrentar a nulidade de ofício é preciso analisar a competência atribuída à Câmara Especial. No caso, a questão envolve típica competência absoluta em razão funcional ou de hierarquia.

Vale dizer que em relação aos atos deste órgão julgador administrativo a Lei nº 6.763/75 dispõe sobre a competência, sendo este um elemento sempre vinculado do ato administrativo.

No caso em exame, o que se verifica é que falta a este órgão julgador a competência para análise da nulidade arguida, preliminarmente, antes de se conhecer do recurso de revisão.

Nesses termos, a Lei nº 6.763/75, que consolida a Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, em seu LIVRO SEGUNDO trata DO PROCESSO TRIBUTÁRIO-ADMINISTRATIVO E DA ADMINISTRAÇÃO-TRIBUTÁRIA e traz uma Subseção específica acerca do julgamento e recursos, conforme segue:

SUBSEÇÃO V

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO JULGAMENTO, DO RECURSO DE REVISÃO E DO PEDIDO DE RETIFICAÇÃO

Art. 174. O PTA será incluído em pauta de julgamento, que será publicada com antecedência mínima de onze dias úteis contados da realização da respectiva sessão, tendo vista dos autos, nos prazos previstos no regulamento, o sujeito passivo, o revisor, o advogado do Estado e o relator.

Art. 175. Na sessão de julgamento, a questão preliminar será decidida previamente, entrando-se na discussão e no julgamento da matéria principal se rejeitada aquela ou se não houver incompatibilidade com a apreciação do mérito.

Parágrafo único - A sessão de julgamento será transmitida ao vivo pela internet e permanecerá disponível para acesso, salvo na hipótese de eventual impossibilidade técnica.

Art. 176. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe recurso de revisão para a Câmara Especial, no prazo de dez dias contados da intimação do acórdão, nas seguintes hipóteses:

I - quando a decisão da Câmara de Julgamento resultar de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente;

II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente, quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes.

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade relativa a:

a) questão preliminar;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II- a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada pelo órgão julgador estabelecida nos termos do § 3º do art. 53 desta Lei.

§ 2º Em se tratando de decisão da Câmara de Julgamento que resultar de voto de qualidade do Presidente desfavorável à Fazenda Pública estadual, o recurso de revisão será interposto de ofício pela própria Câmara de Julgamento, mediante declaração na decisão.

§ 3º O disposto no § 2º não prejudicará a interposição de recurso de revisão pela Fazenda Pública estadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 177. O Presidente do Conselho de Contribuintes negará seguimento ao recurso de revisão interposto indevidamente:

I - com base nos pressupostos de cabimento relativos ao quórum de decisão ou ao rito de tramitação do PTA;

II - fundamentado nas vedações de que trata o § 1º do art. 176.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também no caso de protocolização de petição de recurso sem a juntada ou comprovação, no prazo estabelecido em regulamento, do pagamento da taxa de expediente devida, independentemente de comunicação ao sujeito passivo.

Art. 178. Relativamente ao recurso de revisão interposto com fundamento no inciso II do caput do art. 176, será observado o seguinte:

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente cujo acórdão tenha sido publicado no máximo cinco anos antes da data da publicação da decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto;

II - não será conhecido se versar, exclusivamente, sobre:

a) questão iterativamente decidida ou sumulada pelo Conselho de Contribuintes ou solucionada em decorrência de ato normativo;

b) incompetência do órgão julgador para conhecimento da pretensão;

c) decisão tomada com fundamento no art. 112 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional -;

III - manifestar-se-á em relação ao recurso servidor diverso daquele que já se tenha manifestado na fase de impugnação.

Art. 179. O relator do recurso de revisão será de representação diversa daquela do relator do acórdão recorrido.

Art. 180. O recurso de revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento de toda a matéria nele versada.

Parágrafo único - Em se tratando de recurso de revisão interposto de ofício pela própria Câmara de Julgamento, será devolvida à Câmara Especial somente a matéria que resultar de voto de qualidade do Presidente desfavorável à Fazenda Pública Estadual.

Art. 180-A - A decisão de quaisquer das câmaras que contiver erro de fato, omissão ou contradição em relação a questão que deveria ter sido objeto de decisão será passível de retificação ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

complementação, sendo facultado às partes apresentar pedido de retificação, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§ 1º - O pedido de retificação poderá também ser formulado por conselheiro que tenha participado da decisão.

§ 2º - O erro de fato, a omissão ou a contradição deverão ser indicados objetivamente, sob pena de negativa de seguimento pelo Presidente do Conselho.

Art. 180-B - Caberá ao Presidente do Conselho de Contribuintes a análise da admissibilidade do pedido de retificação, negando-lhe seguimento quando não forem indicados objetivamente o erro de fato, a omissão ou a contradição.

Parágrafo único - O pedido de retificação admitido será incluído em pauta de julgamento.

Art. 180-C - A decisão relativa ao pedido de retificação será consignada em acórdão que versará apenas sobre o objeto do pedido.

Art. 180-D - A interposição do pedido de retificação não interrompe o prazo para apresentação de recurso de revisão, quando cabível.

Parágrafo único - Na hipótese de provimento total ou parcial do pedido de retificação, será concedido o prazo de dez dias, contados da publicação do acórdão, para aditamento do recurso de revisão interposto.

Art. 181. São irrecorríveis, na esfera administrativa:

I - a decisão de Câmara de Julgamento que resolver sobre incidente processual, reclamação, pedido de produção de prova, cancelamento ou redução de multa isolada, conforme estabelecido em Lei;

II - a declaração de deserção do recurso de revisão;

III - a negativa de seguimento do Presidente do Conselho de Contribuintes;

IV - a decisão da Câmara Especial que julgar o conhecimento e o mérito do recurso de revisão.

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

II - a aplicação da equidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Lei nº 6.763/75 ainda dispõe especificamente sobre a competência das Câmaras remetendo para o Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, veja-se:

Art. 194. O Conselho de Contribuintes organizará seu Regimento Interno que, aprovado pelo Governador do Estado, será publicado por meio de decreto.

Parágrafo único. O Regimento Interno disporá sobre o funcionamento e a competência das Câmaras e do Conselho Pleno, bem como sobre a composição deste.

Ao se analisar o Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, quanto ao funcionamento e a competência da Câmara Especial, verifica-se:

Art. 20. Compete à Câmara Especial:

- I - decidir sobre o conhecimento do recurso; e
- II - julgar o Recurso de Revisão.

Eis a competência específica da Câmara Especial.

Ressalte-se que a competência absoluta, inclusive a funcional ou por hierarquia, jamais pode ser modificada, pois é determinada de acordo com o interesse público, assim não é passível de mudança pelas circunstâncias processuais. A competência é sempre um elemento vinculado do ato administrativo.

Como se vê, o art. 176 retro arrola as hipóteses passíveis de interposição de Recurso de Revisão (incisos I e II), ou seja, aprova o legislador em acionar a competência desta Câmara Especial nas duas situações ali mencionadas.

No caso em exame, o recurso foi interposto com fundamento o inciso II do art. 176 da Lei nº 6.763/75.

Cabe destacar que o art. 182, anteriormente transcrito, dispõe que não se inclui na competência do órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo, quer de direito material ou processual.

Nesse diapasão, observe-se que relativamente ao recurso de revisão interposto com fundamento no inciso II do *caput* do art. 176 retro, ele não seria sequer conhecido se versasse, exclusivamente, sobre incompetência do órgão julgador para conhecimento da pretensão (art. 178, inciso II, alínea “b”), ou seja, a análise quanto à competência se impõe *prima facie*, e nem poderia ser diferente.

Ademais, conforme dispõe o art. 180-A da Lei nº 6.763/75 a decisão de quaisquer das câmaras que contiver erro de fato, **omissão ou contradição** em relação à questão que deveria ter sido objeto de decisão será passível de retificação ou complementação, sendo facultado às partes apresentar pedido de retificação, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão, cabendo ao Presidente do Conselho de Contribuintes a análise da admissibilidade do pedido de retificação, mas referido recurso (Pedido de Retificação) não foi apresentado pelas partes.

Assim, incompetente a Câmara Especial para, de ofício, considerar prejudicada a apreciação do Recurso de Revisão sob a alegação de uma hipotética

nulidade da decisão da Câmara “*a quo*”, por suposta omissão ou contradição da decisão recorrida, conforme suscitado pelo Conselheiro relator.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

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

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Desse modo, para se adentrar na discussão quanto aos fundamentos da decisão recorrida há de se avaliar primeiramente a admissibilidade do Recurso.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão indicado como paradigma de nº 22.333/16/1ª (PTA nº 01000172435-97), de relatoria do Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, cópia às fls. 482/494, decisão irrecurável na esfera administrativa.

Ressalta-se que a decisão indicada como paradigma encontra-se apta para ser analisada quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foi disponibilizada no Diário Eletrônico em 14/12/16, portanto, há menos de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada no Diário Eletrônico em 31/05/19), considerando-se a previsão constante no inciso I do art. 165 do RPTA.

Alega a Recorrente que o acórdão recorrido diverge da decisão paradigma quanto à observância de ordem judicial transitada em julgado em favor do Contribuinte, conforme assim sintetiza:

- no acórdão paradigma, este E. Conselho julgou parcialmente procedente a autuação fiscal para excluir a cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, mas não consumida, uma vez que o Contribuinte dispunha de decisão favorável com trânsito em julgado, a despeito de a matéria ter sido afetada pelo STF para apreciação na sistemática de repercussão geral (Tema 176/RG), - fato que, tal como no Tema 872/RG, pode acarretar numa grande reviravolta da jurisprudência dos tribunais superiores;

- todavia, no acórdão recorrido, o CC/MG acolhendo manifestação da AGE - não vinculante, já que o referido órgão é Procurador de uma das partes, frisa-se, entendeu que o provimento judicial definitivo obtido pela Recorrente não deveria ser observado, já que o STF, na sistemática da repercussão geral, apreciou o Tema 872/RG, concluindo pela regularidade da cobrança de ICMS sobre a assinatura mensal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sem minutos (decisão contra a qual foram interpostos pela Oi S/A e da Sinditelerasil, ainda não apreciados). Desse modo, como estaria pendente o julgamento do Tema 881/RG, que trata sobre os limites da coisa julgada em matéria tributária, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria, julgou integralmente procedente o lançamento.

Traz a Recorrente os seguintes cotejos relativos às decisões paradigma e recorrida:

Acórdão recorrido

Motivo da autuação: Matéria vinculada ao Tema 827/RG, que está sendo julgado pelo STF: “incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia”.

Trecho do acórdão recorrido:

(...)

A CONTROVÉRSIA CINGE-SE, ENTÃO, A ESCLARECER SE PODERIA O FISCO EXIGIR O ICMS SOBRE A ASSINATURA SEM FRANQUIA, EM FACE A DECISÃO JUDICIAL OBTIDA PELA IMPUGNANTE NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0569092-16.2011.8.13.0024, IMPETRADO PARA IMPEDIR A COBRANÇA DE ICMS JUSTAMENTE SOBRE A RUBRICA AUTUADA (ASSINATURA SEM INCLUSÃO DE MINUTOS), TRANSITADO EM JULGADO EM 28/11/2015, E A DECISÃO DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL.

(...) (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

Fundamento da decisão:

(...)

INSTADA A SE MANIFESTAR SOBRE A MATÉRIA, A ADVOCACIA GERAL DO ESTADO SE PRONUNCIOU NO SENTIDO DE QUE, EM FACE DO JULGAMENTO EM ANDAMENTO, NO ÂMBITO DO STF, CONCLUSOS AO R. RELATOR MIN. EDSON FACHIN, SOB REPERCUSSÃO GERAL, COM ORIGEM NO RE 949297/TEMA 881, **NÃO SE PODERIA ESTENDER A DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AVOCADA PELO CONTRIBUINTE, SEQUER PARA O PERÍODO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO RE Nº 912.888, QUANTO MAIS PERÍODO QUE SEJA POSTERIOR.**

TRATA O TEMA 881:

TEMA 881 - LIMITES DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, NOTADAMENTE DIANTE DE JULGAMENTO, EM CONTROLE CONCENTRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE DECLARA A CONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO ANTERIORMENTE CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL, NA VIA DO CONTROLE INCIDENTAL, POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO.

(...)

ASSIM SENDO, NÃO MERECE REPARO O TRABALHO FISCAL, SENDO CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS, MULTA DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”, DA LEI Nº 6.763/75

(...) (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

Acórdão divergente

Motivo da autuação: Matéria vinculada ao Tema 176/RG, que está sendo julgado pelo STF: “inclusão dos valores pagos a título de “demanda contratada” na base de cálculo do ICMS”.

Trecho do acórdão divergente:

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE O RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR, REFERENTE AOS PERÍODOS COMPREENDIDOS ENTRE DEZEMBRO DE 2006 A DEZEMBRO DE 2007, (...)

NÃO FOI INCLUÍDA NA SUA COMPOSIÇÃO A PARCELA CORRESPONDENTE À DEMANDA, **EM CUMPRIMENTO À DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO 0024.06.267724-0, TRANSITADO EM JULGADO**, TENDO CONSIDERADO A INCIDÊNCIA DO ICMS APENAS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

(...)

Fundamento da decisão:

(...)

A IMPUGNANTE INFORMOU QUE A AÇÃO JUDICIAL IMPETRADA CONSISTIA NO PEDIDO DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DA DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. NESTE SENTIDO, A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO SE DEU NOS TERMOS DA DECISÃO JUDICIAL, OU SEJA, O ICMS NÃO FOI EXIGIDO SOBRE O VALOR DA DEMANDA DE POTÊNCIA RESERVADA, MAS APENAS SOBRE OS VALORES DE DEMANDA DE POTÊNCIA UTILIZADA, **CONFORME DETERMINADO PELO JUDICIÁRIO, PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO.**

(...)

A IMPUGNANTE INFORMOU QUE A AÇÃO JUDICIAL IMPETRADA CONSISTIA NO PEDIDO DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DA DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. NESTE SENTIDO, A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO SE DEU **NOS TERMOS DA DECISÃO JUDICIAL**, OU SEJA, O ICMS NÃO FOI EXIGIDO SOBRE O VALOR DA DEMANDA DE POTÊNCIA RESERVADA, MAS APENAS SOBRE OS VALORES DE DEMANDA DE POTÊNCIA UTILIZADA, **CONFORME DETERMINADO PELO JUDICIÁRIO, PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO.**

ASSIM, **NO CASO EM COMENTO, A FISCALIZAÇÃO APENAS CUMPRIU A DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO JUDICIÁRIO** PARA FAZER O LANÇAMENTO DO ICMS DEVIDO SOBRE A PARCELA DA DEMANDA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACORDA A 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM REJEITAR AS PREFACIAIS ARGUIDAS. NO MÉRITO, À UNANIMIDADE, EM **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O LANÇAMENTO, NOS TERMOS DA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EFETUADA PELA FISCALIZAÇÃO ÀS FLS. 243.** (...) (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

Entende a Recorrente que, sob uma análise minuciosa, outra não é a conclusão senão a semelhança fática entre os casos e a indiscutível divergência quanto ao respeito à ordem judicial transitada em julgado, e, por consequência, ao próprio direito constitucional da segurança jurídica.

Relata que, em ambos os casos, foi submetida à apreciação do CC/MG a avaliação de Autos de Infração lavrados contra contribuintes que dispunham de **ordem judicial transitada em julgado, determinando a exclusão das rubricas autuadas da base impositiva do ICMS, in casu**, da “assinatura sem franquias” e, no julgado paradigma, da “demanda contratada de energia elétrica” (seria sujeita à tributação somente a demanda efetivamente utilizada).

Fala que, igualmente, a sujeição de ambas as rubricas à incidência do ICMS, à época que trazidas à apreciação por este Conselho, havia sido objeto de afetação por Tema de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, respectivamente, tema 827, afetado em 03/09/15, e Tema 176, afetado em 20/06/09.

Informa que à época do julgamento de ambas as defesas administrativas, já se encontrava sob afetação o Tema 881 (afetado em 23/08/16), concernente aos eventuais “limites da coisa julgada em matéria tributária”, o qual cabe ressaltar, **não foi julgado até o presente momento.**

Assevera que, não obstante tanta semelhança fática e jurídica entre as questões submetidas à análise deste Conselho de Contribuintes, **os provimentos administrativos seguiram caminhos diametralmente diversos.**

Pontua que autoridade fiscal, em atendimento chancelado pela 1ª Câmara de Julgamento, não incluiu na apuração do crédito de ICMS supostamente devido **“a parcela correspondente à demanda, em cumprimento à decisão proferida no Processo 0024.06.267724-0, transitado em julgado”**, assentindo que a *“Fiscalização apenas cumpriu (como não poderia deixar de ser) a decisão transitada em julgado pelo Judiciário para fazer o lançamento de ICMS devido sobre a demanda utilizada”*.

Aponta que, por outro lado, ao apreciar a autuação em referência, o CC/MG entendeu expressamente que **“não se poderia estender a decisão transitada em julgado avocada pelo Contribuinte sequer para o período anterior à publicação do RE nº 912.888 (Tema 827), quanto mais período que lhe seja posterior”, tendo em vista a ausência de julgamento de Tema que já estava afetado à época do julgamento paradigma”**.

Argui que a discrepância de entendimento é tamanha que faz pairar dúvidas de qual teria sido a verdadeira motivação da decisão proferida no presente julgado. Afinal, se, em ambos os casos, o Fisco mineiro buscou resguardar-se quando à eventual

manifestação do STF com relação aos “limites da coisa julgada em matéria tributária” (Tema 881), a qual, frise-se, ainda não ocorreu, deveria, por coerência, ainda que em entendimento manifestamente equivocado, ter aplicado a mesma fundamentação ao precedente paradigmático.

Pois bem, reiterando o entendimento anteriormente exposto, ressalta-se que o presente Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisão divergente quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria, proferida pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento ou pela Câmara Especial deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pela norma instituidora do recurso é a uniformização das decisões, evitando que as **Câmaras** decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Com base nessa premissa, nos termos do inciso II do art. 163 do RPTA, verifica-se não haver divergência entre as decisões apontada como paradigma e a recorrida que careça de uniformização, tendo em vista que, na verdade, elas foram tomadas tendo por base aspectos específicos de cada lançamento.

Vale dizer que o fundamento levantado pela Recorrente para fins de conhecimento do recurso refere-se à observância de ordem judicial transitada em julgado em favor do Contribuinte.

Alega a Recorrente que a suposta divergência pauta-se no fato de o lançamento referente ao acórdão paradigma, ter sido julgado por este Conselho parcialmente procedente para excluir a cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, mas não consumida, uma vez que o Contribuinte dispunha de decisão favorável com trânsito em julgado, a despeito de a matéria ter sido afetada pelo STF para apreciação na sistemática de repercussão geral (Tema 176/RG), - fato que, tal como no Tema 872/RG, pode acarretar numa grande reviravolta da jurisprudência dos tribunais superiores.

E argui a Recorrente que no caso do acórdão recorrido, em manifesta divergência jurisprudencial, o CC/MG, acolhendo manifestação da AGE, entendeu que o provimento judicial definitivo obtido pela Recorrente não deveria ser observado, já que o STF, na sistemática da repercussão geral, apreciou o Tema 872/RG, concluindo pela regularidade da cobrança de ICMS sobre a assinatura mensal sem minutos (decisão contra a qual foram interpostos pela Oi S/A e da Sinditelerasil, ainda não apreciados).

Diferente do que foi apontado pela Recorrente, a procedência parcial do lançamento referente à decisão paradigma deu-se em razão da exclusão da Cemig Distribuição S/A do polo passivo da obrigação tributária. Não houve decisão de exclusão, pela Câmara de Julgamento, acerca das rubricas que compõem a base de cálculo do imposto, pois a demanda contratada não foi incluída na composição da base de cálculo do imposto pelo Fisco, quando da feitura do lançamento, em cumprimento à decisão proferida em processo judicial cuja decisão transitou em julgado, tendo considerado a incidência do ICMS apenas sobre a demanda de potência efetivamente utilizada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso paradigma, não houve contencioso quanto à aplicação da coisa julgada no aspecto abordado no recurso e, sem a instauração do contencioso, a 1ª Câmara de Julgamento não apreciou e nem poderia apreciar a matéria em face da sua competência. A referência na decisão à temática da coisa julgada não gera qualquer vínculo com a razão de decidir constante do Acórdão nº 22.333/16/1ª (PTA nº 01000172435-97) indicado como paradigma.

Já na decisão recorrida, a Fiscalização exige ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação relativo à assinatura mensal sem minutos, não obstante a decisão judicial favorável ao contribuinte transitou em julgado, tendo em vista decisão do STF de 2016 que definiu a licitude da incidência do ICMS sobre “Assinaturas sem franquia”, em sede de repercussão geral. Depreende-se, da instrução processual, que no caso da decisão recorrida o contencioso sempre esteve vinculado à temática da coisa julgada.

Nesse diapasão, verifica-se que os fundamentos trazidos pela Recorrente para sustentar o conhecimento do Recurso, no que tange à decisão recorrida, não foram objeto de decisão pela 2ª Câmara e sim, foi procedimento adotado pela própria Fiscalização quando da feitura do lançamento (excluir a parcela relativa à demanda contratada da base de cálculo do ICMS).

Considerando-se que o Conselho de Contribuintes, por intermédio de suas Câmaras de Julgamento, não tem competência para fazer (emendar) lançamentos fiscais, considerando-se que esta espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de DECISÕES divergentes quanto à aplicação da legislação com o objetivo de uniformização das DECISÕES, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria, conclui-se que não tendo havido decisão tomada pela Câmara em relação à matéria tratada como pressuposto paradigmático, prejudicada fica a análise quanto ao cabimento do recurso.

Observe-se as passagens da decisão apontada como paradigma e da recorrida que comprovam essa situação:

DECISÃO PARADIGMA:

ACÓRDÃO: 22.333/16/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000172435-97

IMPUGNAÇÃO: 40.010131112-64

IMPUGNANTE: MAQUINÉ EMPREENDIMENTOS S/A

IE: 567005655.00-10

PROC. S. PASSIVO: MICHEL ABURACHID/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BH-2 - BELO HORIZONTE

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. EXCLUÍDA DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PELA FISCALIZAÇÃO A CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA PELA

FALTA DE COMPROVAÇÃO QUE OS SEUS ATOS E/OU OMISSÕES CONTRIBUÍRAM PARA A SUPRESSÃO DO TRIBUTO.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - DEMANDA DE POTÊNCIA. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE SOBRE PARTE DA ENERGIA ELÉTRICA DENOMINADA DEMANDA DE POTÊNCIA, SOBRESTADA MENSALMENTE PELA CONCESSIONÁRIA DISTRIBUIDORA, POR FORÇA DE MEDIDA CAUTELAR JUDICIAL, EXTINTA. EXIGE-SE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

RELATÓRIO

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE O RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR, REFERENTE AOS PERÍODOS COMPREENDIDOS ENTRE DEZEMBRO DE 2006 A DEZEMBRO DE 2007, EM DECORRÊNCIA DE APURAÇÃO INCORRETA DA BASE DE CÁLCULO NAS NOTAS FISCAIS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA – NF/CEE, EMITIDAS PELA CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A PARA O CONSUMIDOR MAQUINÉ EMPREENDIMENTOS S/A.

NÃO FOI INCLUÍDA NA SUA COMPOSIÇÃO A PARCELA CORRESPONDENTE À DEMANDA, EM CUMPRIMENTO À DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO 0024.06.267724-0, TRANSITADO EM JULGADO, TENDO CONSIDERADO A INCIDÊNCIA DO ICMS APENAS SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

EXIGE-SE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II DA LEI 6.763/75.

INCONFORMADA, A COBRIGADA MAQUINÉ EMPREENDIMENTOS S/A APRESENTA, TEMPESTIVAMENTE E POR SEU PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO, IMPUGNAÇÃO ÀS FLS. 109/129 ACOMPANHADA DOS DOCUMENTOS DE FLS. 130/178.

A AUTUADA, CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A, POR SUA VEZ, APRESENTA, TEMPESTIVAMENTE E POR PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO, IMPUGNAÇÃO ÀS FLS. 179/197.

(...)

A FISCALIZAÇÃO, ENTÃO, REFORMULA O LANÇAMENTO PARA EXCLUIR A CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A COMO RESPONSÁVEL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 11 DA LEI ESTADUAL 20.540/12 E ART. 1º § 5º DO DECRETO 46.190/13 (FLS. 243).

(...)

EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 04, DE 16/02/01, DEU-SE PROSSEGUIMENTO AO JULGAMENTO ANTERIOR REALIZADO EM 11/10/16. ACORDA A 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM REJEITAR AS PREFACIAIS ARGUIDAS. NO MÉRITO, À UNANIMIDADE, EM JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LANÇAMENTO, NOS TERMOS DA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EFETUADA PELA FISCALIZAÇÃO ÀS FLS. 243. PARTICIPARAM DO JULGAMENTO, ALÉM DOS SIGNATÁRIOS, OS CONSELHEIROS IVANA MARIA DE ALMEIDA E WAGNER DIAS RABELO.

SALA DAS SESSÕES, 20 DE OUTUBRO DE 2016.

MANOEL NAZARENO PROCÓPIO DE MOURA JÚNIOR

PRESIDENTE / REVISOR

CARLOS ALBERTO MOREIRA ALVES

RELATOR (GRIFOS ACRESCIDOS).

DECISÃO RECORRIDA

ACÓRDÃO: 22.075/19/2ª

RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000956012-85

IMPUGNAÇÃO: 40.010145851-38

IMPUGNANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL

IE: 062149964.00-47

PROC. S. PASSIVO: ANDRÉ MENDES MOREIRA/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 FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. CONSTATADO O RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS, EM FACE DE A AUTUADA NÃO TER SUBMETIDO A TRIBUTAÇÃO A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO NA MODALIDADE "ASSINATURAS SEM FRANQUIA". INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO DISPOSTO NOS ARTS. 13, INCISO III DA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96 E 6º, INCISO XI DA LEI N.º 6.763/75. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO 55, INCISO VII, ALÍNEA "C", AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

(...)

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, NO PERÍODO DE 01/04/13 A 31/12/16, EM DECORRÊNCIA DE A AUTUADA NÃO TER CONSIDERADO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO/TELECOMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE “ASSINATURA SEM FRANQUIA”, CONSEQUENTEMENTE, SEM DESTAQUE DO IMPOSTO.

EXIGÊNCIAS DE ICMS E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTAS NA LEI N.º 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ART.56, INCISO II E ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”.

(...)

A DEFESA DA IMPUGNANTE NÃO QUESTIONA O MÉRITO DA AUTUAÇÃO NO TOCANTE À INCIDÊNCIA OU NÃO DO ICMS SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PRESTADO PELA AUTUADA (ASSINATURA SEM FRANQUIA), APENAS REQUER A EXTINÇÃO DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 156, INCISO X, DO CTN, EM RAZÃO DE TER SIDO LAVRADO EM DESCUMPRIMENTO À ORDEM JUDICIAL OBTIDA PELA IMPUGNANTE NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0569092-16.2011.8.13.0024, IMPETRADO PARA IMPEDIR A COBRANÇA DE ICMS JUSTAMENTE SOBRE A RUBRICA AUTUADA (ASSINATURA SEM INCLUSÃO DE MINUTOS), TRANSITADA EM JULGADO EM 28/11/15.

INFORMA A IMPUGNANTE QUE IMPETROU MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO Nº 0569092-16.2011.8.13.0024 (DOC. 4 DE FLS. 319/339) PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO ICMS SOBRE RECEITAS DECORRENTES DA ASSINATURA MENSAL (SEM INCLUSÃO DE FRANQUIA EM MINUTOS), TENDO SIDO DEFERIDA A LIMINAR, CONFORME DOCUMENTO DE FLS. 341/356 (DOC. 5), EM **30/08/11**, DECISÃO POSTERIORMENTE CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, EM **14/08/12** (DOC. 06, DE FLS. 358/369).

AFIRMA A AUTUADA QUE A FAZENDA PÚBLICA AVIOU RECURSO EXTRAORDINÁRIO, CUJO PROSSEGUIMENTO FOI NEGADO, E QUE, APÓS REITERADOS RECURSOS FAZENDÁRIOS, NO ÂMBITO DA SUPREMA CORTE, O TRÂNSITO EM JULGADO, CONFIRMANDO O ARESTO DO TJMG, OCORREU NO DIA **28/11/15** (DOC. 6 – FLS. 372/380).

ENTENDE QUE O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO CONSUBSTANCIADO NO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO VIOLA DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA, RAZÃO PELA QUAL REQUER A SUA EXTINÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 156, INCISO X DO CTN. *IN VERBIS*:

(...)

POR SEU TURNO, A FISCALIZAÇÃO ENTENDE QUE, NO CASO EM TELA, O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO IMPEDIU O FISCO MINEIRO DE AUTUAR AQUELES FATOS GERADORES DURANTE VIGÊNCIA DE LIMINAR ENTRE 2011 E 2012 E, TAMBÉM, APÓS CONCESSÃO DA SEGURANÇA DEFINITIVA EM 28/11/15,

MAS ISSO NÃO EXTINGUIU, E NEM PODERIA, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A ELAS RELATIVO.

ENTENDE O FISCO QUE A EXIGÊNCIA É LEGAL, VISTO QUE, EM 13/10/16, FOI DECLARADA NOVA INTERPRETAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEIO DO ACÓRDÃO 912.888/RS, QUE PASSOU A CONSIDERAR QUE O **ICMS INCIDE SOBRE “ASSINATURAS SEM FRANQUIA”**, EM PROCESSO JUDICIAL EM QUE A RECORRIDA OI S/A (QUE JUNTO COM A TELEMAR S/A. FAZEM PARTE DO GRUPO OI) SAIU PERDEDORA.

CONSIDERA QUE A DECISÃO DO STF DE 2016, QUE DEFINIU A LICITUDE DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE “ASSINATURAS SEM FRANQUIA”, É APLICÁVEL A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO, TORNANDO POSSÍVEL A FAZENDA PÚBLICA EXIGIR CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO PAGOS REFERENTES A TAIS FATOS GERADORES, DESDE QUE NÃO MACULADOS PELO PRAZO DECADENCIAL.

CONCLUI QUE, DESSA FORMA OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS RELATIVOS AOS FATOS GERADORES PRATICADOS PELO CONTRIBUINTE, DESDE 2011 ATÉ HOJE, NASCERAM NORMALMENTE E FICARAM INCÓLUMES NO TEMPO, OPERANDO-SE A EXTINÇÃO, APENAS, SOBRE AQUELES, EVENTUALMENTE, PAGOS OU QUE TENHAM SOFRIDO OS EFEITOS DA DECADÊNCIA.

(...)

INCONTESTE A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO NA MODALIDADE DE ASSINATURA SEM FRANQUIA, PRESTADO PELA AUTUADA.

A CONTROVÉRSIA CINGE-SE, ENTÃO, A ESCLARECER SE PODERIA O FISCO EXIGIR O ICMS SOBRE A ASSINATURA SEM FRANQUIA, EM FACE A DECISÃO JUDICIAL OBTIDA PELA IMPUGNANTE NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0569092-16.2011.8.13.0024, IMPETRADO PARA IMPEDIR A COBRANÇA DE ICMS JUSTAMENTE SOBRE A RUBRICA AUTUADA (ASSINATURA SEM INCLUSÃO DE MINUTOS), TRANSITADA EM JULGADO EM 28/11/15, E A DECISÃO DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL.

INSTADA A SE MANIFESTAR SOBRE A MATÉRIA, A ADVOCACIA GERAL DO ESTADO SE PRONUNCIOU NO SENTIDO DE QUE, EM FACE DO JULGAMENTO EM ANDAMENTO, NO ÂMBITO DO STF, CONCLUSOS AO R. RELATOR MIN. EDSON FACHIN, SOB REPERCUSSÃO GERAL, COM ORIGEM NO RE 949297/TEMA 881, NÃO SE PODERIA ESTENDER A DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AVOCADA PELO CONTRIBUINTE, SEQUER PARA O PERÍODO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO RE Nº 912.888, QUANTO MAIS PERÍODO QUE SEJA POSTERIOR.

TRATA O TEMA 881:

TEMA 881 - LIMITES DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, NOTADAMENTE DIANTE DE JULGAMENTO, EM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONTROLE CONCENTRADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE DECLARA A CONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO ANTERIORMENTE CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL, NA VIA DO CONTROLE INCIDENTAL, POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO.

FAZ-SE OPORTUNO ESCLARECER QUE O ACÓRDÃO Nº 22.351/16/1^a, CITADO PELA DEFESA, FAZ APENAS RELATO DOS FATOS OCORRIDOS, RELATIVOS À EXTINÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO, ANTERIORMENTE À ENTRADA DO PTA NO CCMG. OU SEJA, NAQUELE ACÓRDÃO NÃO CONSTA QUALQUER DECISÃO DESTA CASA NO SENTIDO DE EXTINÇÃO DE CRÉDITO POR COISA JULGADA, COMO FOI ALEGADO NA IMPUGNAÇÃO.

ASSIM SENDO, NÃO MERECE REPARO O TRABALHO FISCAL, SENDO CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA "C", DA LEI Nº 6.763/75

(...)

EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 04, DE 16/02/01, DEU-SE PROSSEGUIMENTO AO JULGAMENTO ANTERIOR REALIZADO EM 10/04/19. ACORDA A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CCMG, QUANTO À PREJUDICIAL DE MÉRITO, À UNANIMIDADE, EM NÃO RECONHECER A DECADÊNCIA DO DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA DE FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NO MÉRITO, POR MAIORIA DE VOTOS, EM JULGAR PROCEDENTE O LANÇAMENTO. VENCIDO O CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO MOREIRA ALVES, QUE O JULGAVA IMPROCEDENTE. PARTICIPARAM DO JULGAMENTO, ALÉM DOS SIGNATÁRIOS, OS CONSELHEIROS ANDRÉ BARROS DE MOURA (REVISOR) E LUIZ GERALDO DE OLIVEIRA.

SALA DAS SESSÕES, 17 DE ABRIL DE 2019.

IVANA MARIA DE ALMEIDA

RELATORA

CARLOS ALBERTO MOREIRA ALVES

PRESIDENTE (GRIFOS ACRESCIDOS).

Ressalta-se que a Câmara de Julgamento não tem a prerrogativa de lançar, *in casu*, majorar a base de cálculo do imposto, ou seja, ela só pode decidir no limite das exigências lançadas.

Nesse sentido, dentro desse enfoque, não se verifica divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária no aspecto abordado no recurso.

Como o pressuposto de cabimento do presente recurso é justamente a existência de decisão divergente quanto à aplicação da legislação tributária sobre a mesma matéria e sob as mesmas circunstâncias, esta situação não restou configurada nos presentes autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em não considerar prejudicada a apreciação do Recurso de Revisão em função da nulidade da decisão da Câmara “a quo” suscitada pelo Conselheiro relator. Vencido o Conselheiro Proponente e os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que julgavam prejudicada a apreciação do recurso. Ainda, em preliminar, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Vencidos os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Relator) e Carlos Alberto Moreira Alves, que dele conheciam. Designado relator o Conselheiro Marco Túlio da Silva (Revisor). Pela Recorrente, sustentou oralmente a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Eduardo de Souza Assis.

Sala das Sessões, 19 de julho de 2019.

**Marco Túlio da Silva
Relator designado**

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

D

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

Acórdão:	5.231/19/CE	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000956012-85	
Recurso de Revisão:	40.060148184-12	
Recorrente:	Telemar Norte Leste S/A. - Em Recuperação Judicial	
	IE: 062149964.00-47	
Recorrido:	Fazenda Pública Estadual	
Proc. S. Passivo:	André Mendes Moreira/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-2 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Erick de Paula Carmo, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

Por intermédio de uma suscitação de objeção processual, que versa sobre matéria de ordem pública, o ora Conselheiro relator buscou sanear o presente Processo Tributário Administrativo (PTA), antes do colegiado da Egrégia Câmara Especial exarar o seu juízo de prelibação, contudo, em votação acirrada, pelo voto de qualidade ficou decidido por essa Egrégia Câmara Especial, que as regras procedimentais da Lei nº 6.763/75 não comportavam o cotejo de matéria de ordem pública, tal qual é prática comum no processo judicial.

Sem embargo, no âmbito do processo judicial, toda matéria de ordem pública, que possa interferir no trâmite regular processual e engendrar a declaração de uma nulidade absoluta, é passível de ser invocada de plano na primeira oportunidade, em que é percebida, seja pela parte prejudicada, seja pelo próprio julgador. No Judiciário, prima-se pela essência sobre a forma, ao revés do que transcorre com o processo administrativo, em que, muitas vezes, a limitação de crivo do Conselheiro fiscal impede a transposição de matéria cogente e transcendente, capaz *per se stante* de infirmar todo o trabalho fiscal, que resultou na constituição do presente lançamento fiscal, conforme o entendimento da maioria qualificada desta Egrégia Câmara Especial.

Com todo o precatório e respeito, que, certamente, merece a Egrégia Câmara Especial deste Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, precipuamente, no seu papel de uniformizar a interpretação das normas procedimentais do Processo Tributário Administrativo (PTA), *concessa venia*, tenho por mim que os dois incisos do art. 176 da Lei nº 6.763/75, que tratam das hipóteses de cabimento do recurso de revisão dirigido à Egrégia Câmara Especial pressupõem sempre uma decisão, fato esse corroborado pelas seguintes expressões utilizadas: “*decisão da Câmara de Julgamento*” a quo (inciso I) e “*decisão recorrida*” (inciso II).

Naturalmente, uma decisão somente pode ser encarada como verdadeira decisão se ela for completa, pois, caso contrário, não se soluciona a controvérsia instaurada em juízo administrativo-fiscal e, pior ainda, não seria possível se aferir indubitavelmente a real qualidade da decisão incompleta ou omissa.

Explico melhor. Se houvesse a apreciação da matéria de ordem pública da coisa julgada pela r. Câmara *a quo*, e, portanto, se a decisão fosse completa, não seria possível se precisar, com acuidade, se a decisão proferida ali seria por unanimidade, por maioria de votos ou pelo voto de qualidade, o que, inclusive, prejudicaria a própria hipótese de cabimento do recurso de revisão dirigido à Egrégia Câmara Especial deste Conselho, interferindo, pois, no seu enquadramento no inciso I ou no inciso II do art. 176 da Lei nº 6.763/75. Com fulcro nessas singelas razões, já se tornaria relevante o exame da nulidade *ex officio*, antes mesmo da apreciação da admissibilidade do recurso de revisão.

A despeito dos fundamentos pretéritos, no ensejo da sessão de julgamento da Câmara Especial, restou pontuado que a **nulidade *ex officio* da r. decisão recorrida**, decorreria da violação ao princípio do devido processo legal substancial, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, como controle de conteúdo mínimo das decisões, o qual se aplicaria também ao processo administrativo.

Perante respeitosa divergência aos entendimentos contrários, foi destacada a flagrante omissão pela Câmara *a quo* sobre a análise da questão principal da coisa julgada do Mandado de Segurança e de seus efeitos no presente PTA, em face da publicação da decisão do Tema 827 de Repercussão Geral no STF, que foi aventada pela Recorrente em sua impugnação às fls. 266/269, tendo apenas o r. acórdão recorrido se reportado ao segundo parecer jurídico da Advocacia Geral do Estado de fls. 414/415, sem emitir fundamentos próprios e sem nada concluir sobre a questão controvertida tempestivamente formulada pela Impugnante.

Para degradar ainda mais a contextualização do cenário, a decisão recorrida seria contraditória, uma vez que dá caráter vinculativo ao parecer jurídico, como se se tratasse de caso do art. 105 do RPTA, quando o próprio parecer jurídico da Advocacia Geral do Estado concluiu que não era caso do art. 105 do RPTA e, que, portanto, o Conselho era livre para apreciar toda a questão da coisa julgada, inclusive para o período anterior ao julgamento do Tema 827 pelo STF. Nada obstante, quanto à contradição do acórdão recorrido, na mesma linha interpretativa perfilhada pelo voto vencedor, cabia ao Recorrente o manejo do pedido de retificação, nos termos do art. 180-A da Lei nº 6.763/75, inexistindo, pois, o que se emendar, uma vez que a decisão embora contraditória, ela se consolida pela inércia da parte recorrente, conquanto o mesmo não se opere, frente a uma situação de omissão propositada de julgamento, salvo melhor juízo.

De forma incisiva, restou externada profunda consternação, em relação ao fato de que se vencida a etapa de exame da divergência, seria a primeira vez que o Conselho analisaria a questão principal da coisa julgada, que foi ventilada pelo Contribuinte em sua Impugnação, numa preclara inversão tumultuária procedimental deste Conselho. Ato contínuo, dando prosseguimento ao debate do cabimento de julgamento da nulidade absoluta *ex officio*, antes do exame da divergência pela Egrégia Câmara Especial deste Conselho, o ora Conselheiro relator propôs de forma premente, que essa Câmara apreciasse e julgasse a prefacial suscitada de ofício e, acaso fosse acolhida, que se determinasse, por consequência, o retorno dos autos à Câmara *a quo* para que se manifestasse obrigatoriamente sobre a questão da coisa julgada do

Mandado de Segurança e de seus efeitos sobre o presente PTA, devido à modificação do estado de direito da aludida decisão transitada em julgado.

Em complementação aos fundamentos, o ora Conselheiro relator almejou ilustrar a relevância do exame anterior da nulidade de ofício com o seguinte exemplo: imagine o caso recente da aceitação de propina pelos Conselheiros classistas no CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), apurado por uma das fases da operação Zelotes da Polícia Federal, se o procedimento ali fosse igual ao do nosso Conselho, e se a Fazenda Pública apresentasse recurso voluntário por divergência, munido de provas, algum Conselheiro analisaria a divergência para conhecer do recurso?! Seria uma imoralidade e ainda se violaria flagrantemente o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois seria impossível se encontrar uma decisão divergente. E justamente por isso, seria o caso de se permitir suscitar a nulidade da decisão por violar o devido processo legal substancial.

Por meio de análise das razões do silêncio propositado da r. decisão recorrida, restou asseverado que os fundamentos do caráter vinculativo do segundo parecer da AGE, no bojo da decisão recorrida (fl. 456), reproduz exatamente o entendimento do parecer da Assessoria exarado na fl. 431, que, por sua vez, tenta reproduzir o conteúdo e a conclusão desse parecer da AGE, contudo, houve uma interpretação equivocada do que ali opinou o Procurador da AGE.

Deveras, a interpretação do art. 105 do RPTA pela AGE não é a mesma da Assessoria e, ainda assim, ela o colocou sob o mesmo crivo. Em suma, o que a AGE opinou era que não era caso do art. 105 e que por isso este Conselho de Contribuintes era livre para apreciar integralmente a questão da coisa julgada. Apenas de forma secundária, o Ilustre Procurador da AGE teria abordado os efeitos da coisa julgada do Mandado de Segurança, até mesmo porque tinha sido provocado no interlocutório da Assessoria a se manifestar.

Por conseguinte, a opinião da não extensão dos efeitos da coisa julgada do Mandado de Segurança sobre o presente PTA se vincula, exclusivamente, ao fato da incerteza do posicionamento futuro do STF, quando julgar o Tema 881. Neste diapasão, se nem mesmo a AGE no seu segundo parecer jurídico opinou de forma conclusiva sobre a extensão ou não dos efeitos da coisa julgada do Mandado de Segurança no presente PTA, não teria como a r. Câmara *a quo* se remeter de forma vinculativa a esse parecer, como *ratio decidendi* atinente à temática da coisa julgada. Portanto, nesse caso, ainda persiste a omissão.

Ao final, o ora Conselheiro Relator ainda se reportou a diversos dispositivos legais da lei do processo administrativo federal, que trazem normas de repetição obrigatória para os processos administrativos no âmbito dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios, bem como ainda evidenciou os artigos dessa lei, que tinham redação equivalente na lei mineira do processo administrativo estadual, *in litteris*:

Lei nº 9.784/99

Art. 12 - Um órgão administrativo e seu titular poderão, **se não houver impedimento legal**, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Art. 13 - (igual ao art.44, II, da Lei Estadual 14184/02) - Não podem ser objeto de delegação: (...)

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 15 - (igual ao art.45 da Lei Estadual 14184/02) - Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior. (Grifou-se)

Em comentário ao art. 15 da Lei nº 9.784/99, restou gizado que a SEF/MG (Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais) e, não, a AGE (Advocacia Geral do Estado), é que seria o órgão público do qual é parte integrante o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. Igualmente, foi pontuado que se a própria lei do processo administrativo cria tantos obstáculos à avocação ou delegação de atribuições, emerge à evidência que uma interpretação do art. 105 do RPTA, que permita se interpretar favoravelmente pelo caráter vinculativo do parecer jurídico da AGE, violaria todos esses dispositivos legais.

Em continuidade à citação dos referidos dispositivos legais do processo administrativo federal, ainda foi trazido à colação os seguintes artigos da Lei nº 9.789/99:

Art. 50 - Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

Art. 64 - O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. Isto posto, peço um posicionamento da Câmara sobre essa questão.

Em comentário ao § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, restou asseverado que a “declaração de concordância” ali referida, com os fundamentos do segundo parecer da AGE, não seria praticável, pois como já foi vergastado neste voto, não houve

fundamentação da verificação ou não da coisa julgada no corpo do parecer jurídico. Desta feita, ao revés de “declaração de concordância” com o parecer, houve de fato a delegação de competência julgadora à AGE pela r. Câmara *a quo*.

Ainda que se entendesse de forma diversa, o 2º parecer da AGE nada opinou sobre a coisa julgada, que apenas foi mencionada em segundo plano, e em outro contexto, como explanado antes; logo, não se poderia fazer remissão a algo que não existe.

Restando vencido o debate do cabimento da preliminar de ofício da nulidade absoluta da decisão recorrida pela Egrégia Câmara Especial, o ora Conselheiro Relator também foi vencido, por maioria de votos, no tocante ao conhecimento do recurso de revisão, cujos fundamentos de admissibilidade recursal, doravante, se esmiúça.

Partindo da premissa de que o recurso de revisão por divergência tem o objetivo de uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação tributária no julgamento dos PTAs, logo, ainda que haja casos fáticos distintos narrados na decisão recorrida e na decisão paradigma, a interpretação e a aplicação da mesma norma tributária não podem destoar entre um e outro, desde que inexistam um *discrimen* específico no bojo da própria norma sob cotejo.

Desta feita, o escopo do art. 163, inciso II, do RPTA é muito mais a concretização da segurança jurídica que a mera uniformização de jurisprudência.

Feitas essas considerações, no **Aresto Paradigma nº 22.333/16/1ª** deste Conselho, não foi o caso de simplesmente a Fiscalização ter cumprido a decisão judicial e ter deixado de fazer o lançamento da inclusão da demanda potencialmente contratada de energia elétrica na base de cálculo do ICMS, uma vez que estava albergada por decisão judicial transitada em julgado. (Tema 176 de RPG do STF)

Sob o ângulo do parecer da Assessoria, não se teria qualquer exame da questão da coisa julgada pela Câmara julgadora, em contraponto à decisão recorrida que, supostamente, teria analisado tal questão; todavia, respeitosamente discordamos.

Deveras, na decisão modelo, a Câmara julgadora, mediamente, apreciou a coisa julgada e a sua amplitude, porquanto de forma implícita, foi cotejado que a extensão dos efeitos da coisa julgada abrangia apenas a demanda reservada de potência e, não, a demanda de energia elétrica efetivamente utilizada pelo contribuinte. Por intermédio de análise expressa, na decisão modelo, o Conselheiro relator consignou que como a Fiscalização cobrou apenas a demanda utilizada no Auto de Infração, essa cobrança estava de acordo com a decisão judicial, ao contrário do que afirmava a Impugnante que pretendia tratar sem distinções a demanda contratada e a demanda utilizada.

Como se pode notar, uma estava dentro e a outra fora do âmbito da decisão judicial, o que significa dizer que houve uma análise mediata da extensão dos efeitos da coisa julgada incidente sobre o lançamento fiscal constituído naquele PTA. Nesse caso, por conseguinte, teria havido a observância e o respeito à autoridade da coisa julgada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com o intuito de se corroborar o que foi aqui asseverado, reproduzo o seguinte excerto de fl. 486 do acórdão paradigma, que foi colacionado em sua íntegra aos autos pela Recorrente, *in litteris*:

“(…) A IMPUGNANTE INFORMOU QUE A AÇÃO JUDICIAL IMPETRADA CONSISTIA NO PEDIDO DE EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DA DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. NESTE SENTIDO, A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO SE DEU NOS TERMOS DA DECISÃO JUDICIAL, OU SEJA, O ICMS NÃO FOI EXIGIDO SOBRE O VALOR DA DEMANDA DE POTÊNCIA RESERVADA, MAS APENAS SOBRE OS VALORES DE DEMANDA DE POTÊNCIA UTILIZADA, CONFORME DETERMINADO PELO JUDICIÁRIO, PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO.

POR OUTRO LADO, UMA LEITURA DETALHADA DAS DECISÕES PROLATADAS PELO JUDICIÁRIO MOSTRAM QUE A DISCUSSÃO CRUCIAL TRAVADA FOI ESPECIFICAMENTE EM TORNO DA TRIBUTAÇÃO DA DEMANDA CONTRATADA E DA DEMANDA UTILIZADA QUE, AO CONTRÁRIO DO QUE INFORMA A CONTRIBUINTE, NÃO SÃO A MESMA COISA.” (GRIFO NOSSO)

Em contrapartida, na decisão recorrida, teria havido, *data venia*, uma interpretação equivocada ao art. 105 do RPTA, de forma a se vislumbrar o caráter vinculativo do 2º parecer jurídico da AGE, o qual teria supostamente concluído pela não extensão dos efeitos da coisa julgada do MS ao presente PTA, tornando-se, pois, desnecessário o enfrentamento da temática da coisa julgada pela Câmara *a quo*, com a honrosa exceção do Conselheiro vencido.

Como se pode notar, então, no acórdão hostilizado, em sentido contrário, não teria havido a observância e o respeito à autoridade da coisa julgada, devido à omissão propositada da análise da temática da coisa julgada pela Câmara *a quo*.

Isto posto, julgo pelo conhecimento do recurso de revisão.

Sala das Sessões, 19 de julho de 2019.

Erick de Paula Carmo
Conselheiro