

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.773/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172360-94
Impugnação: 40.010131963-24, 40.010132581-17 (Coob.)
Impugnante: CEMIG Distribuição S/A
IE: 062322136.00-87
Hospital Santa Genoveva Ltda (Coob.)
CNPJ: 18.484378/0001-73
Proc. S. Passivo: Roberta Espinha Corrêa/Outro(s), Laíse Ângelo Mazetti/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA CONTRATADA E UTILIZADA. Constatada a falta de inclusão na base de cálculo do valor correspondente à energia elétrica efetivamente utilizada a título de “demanda contratada” nas Notas Fiscais nºs 171574 e 181089, emitidas pela CEMIG Distribuição S/A para o consumidor Hospital Santa Genoveva Ltda. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata a autuação de recolhimento a menor de ICMS, nos meses de fevereiro e março de 2007, em decorrência da não inclusão na base de cálculo do valor correspondente à energia elétrica efetivamente utilizada a título de “demanda contratada” nas Notas Fiscais nºs 171574 e 181089, emitidas pela Autuada CEMIG Distribuição S/A para o consumidor Hospital Santa Genoveva Ltda (Coobrigada).

Exigiu-se o ICMS e a Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 157/180 e 223/230, respectivamente.

A Autuada, CEMIG Distribuição S/A, em preliminar, defende a ilegitimidade passiva por entender que não integra os limites subjetivos da lide, interposta por seu cliente, Hospital Santa Genoveva Ltda, por meio da Ação Declaratória nº 0702.06.332145-0, na qual foi deferida parcialmente a antecipação de tutela para realização de depósito judicial do valor relativo à cobrança do ICMS

incidente sobre a parcela de energia elétrica não utilizada em função do contrato de reserva de demanda realizado com a CEMIG.

Em seguida, argui a nulidade do lançamento em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no art. 151, inciso II do CTN, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais, especialmente a Súmula 112.

Ao final, pede pelo acolhimento de suas razões expostas na impugnação com consequente cancelamento do Auto de Infração.

Já a Coobrigada, Hospital Santa Genoveva Ltda, informa que obteve sentença favorável em ação declaratória, confirmada em grau recursal, do pleito da não incidência do ICMS sobre demanda de energia contratada. Sendo impossível a cobrança de ICMS sobre demanda contratada e não utilizada no presente Auto de Infração.

Requer, ao final, que seja julgada procedente a impugnação com consequente cancelamento do Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem elaborada e fundamentada manifestação de fls. 288/310, refuta os argumentos e alegações das Impugnantes e pede pela procedência do lançamento.

DECISÃO

De início, há de se ressaltar que adotar-se-á os mesmos fundamentos expostos na manifestação fiscal no presente acórdão.

Das Preliminares:

a) Ilegitimidade Passiva da CEMIG Distribuição S/A

A Autuada alega que não pode figurar no polo passivo da obrigação tributária por não integrar os limites subjetivos da lide, interposta por seu cliente Hospital Santa Genoveva Ltda, e de não ser a concessionária de energia o contribuinte devedor do ICMS exigido na presente autuação.

No entanto, sem razão o entendimento da Autuada.

O sujeito passivo da obrigação principal, segundo dispõe o art. 121 do CTN, "é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária", podendo este ser contribuinte ou responsável, nestes termos:

I - Contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

Este, segundo a doutrina, pode ser:

- contribuinte de direito a pessoa, física ou jurídica, que a lei tributária elegeu como sujeito passivo da obrigação, ou seja, é aquele que mantém a relação pessoal e direta com o Estado, e que recolhe o tributo; e,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- contribuinte de fato a pessoa, física ou jurídica, que efetivamente suporta o ônus financeiro do tributo, mesmo não fazendo parte da relação jurídico-tributária principal.

II - Responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei.

Dessa condição decorre a denominada sujeição passiva indireta, que pode ocorrer antes ou depois de nascida a obrigação tributária.

Nos impostos indiretos, diz-se que os contribuintes de direito e de fato estão em pessoas diversas, isto é, a pessoa que a lei tributária elegeu como sujeito passivo da obrigação (contribuinte de direito) não é a que efetivamente suporta o ônus financeiro do tributo (contribuinte de fato). Assim, por exemplo, a afirmação de que é o comerciante que paga e suporta o ônus do ICMS não é verdadeira, porquanto, ele apenas recebe do consumidor e recolhe aos cofres públicos o imposto devido, que já vem embutido no preço da mercadoria.

Desse modo, nos impostos indiretos, o peso do tributo pode ser "passado adiante", tendo como característica a repercussão econômica, por sua própria natureza.

O CTN, em seu art. 124 estabelece que são solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Nesse sentido, a Lei 6.763/75 estabelece que:

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

O CTN, em seu art. 128 estabelece que:

Art. 128 - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Ao contrário do que procura fazer entender a Autuada, há uma clara distinção entre "Contribuinte" e "Responsável", em especial entre "Contribuinte" e "Responsável Solidário". No caso em tela, a CEMIG Distribuição S/A é, por definição

legal, o contribuinte do ICMS, por ter relação direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador do imposto. Já o Hospital Santa Genoveva Ltda, também por definição legal, enquadra-se exclusivamente na condição de responsável solidário.

A condição de contribuinte e de responsável é distinta e previamente definida segundo a legislação tributária. Não há possibilidade de inverter essa condição ao bel prazer de cada contribuinte.

Em relação ao ICMS e a respectiva definição de contribuinte estabelecida pela Lei Complementar nº 87/96, essa distinção é claríssima, e o enquadramento da Autuada nesta condição é inquestionável.

Segundo o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, contribuinte do ICMS “*é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*”.

Já em seu art. 5º, a LC nº 87/96 estabelece que lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Assim, não há como sustentar a alegada tese de ilegitimidade passiva da Autuada.

b) Nulidade do Auto de Infração por haver Depósito Judicial

A Autuada argui a nulidade do lançamento sob o argumento de que a exigência fiscal constante do Auto de Infração é objeto de depósito judicial, estando com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

Como a questão tratada neste item está afeta ao mérito do lançamento, será tratada adiante.

Pelo o exposto, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Como relatado, decorre o presente lançamento da constatação de recolhimento a menor do ICMS, nos meses de fevereiro e março de 2007, em face de a Autuada não ter incluído na base de cálculo do ICMS os valores correspondentes à energia elétrica efetivamente consumida por seu cliente Hospital Santa Genoveva Ltda como demanda contratada.

As exigências são do ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei 6.763/75c

De início há de se esclarecer que “Consumo de energia elétrica” e “demanda de potência elétrica” representam duas grandezas físicas distintas. Consumo de energia elétrica é a quantidade de energia elétrica absorvida por uma instalação num determinado período e é medida em KWh (quilowatt-hora) ou em MWh (megawatt-hora). Demanda de potência elétrica representa a relação entre energia e tempo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

podendo ser entendida como a medida do fluxo da energia consumida (velocidade do consumo de energia) na instalação. A unidade de medida usual é o KW.

A Resolução nº 456/00 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL estabelece regras gerais de fornecimento de energia elétrica a consumidores de grande e pequeno porte. São definidas ali duas formas de tarifação: a monômnia, que mede apenas o consumo de energia, e a binômnia que abrange o consumo e a demanda.

Para a tarifa binômnia, obrigatória para todos os consumidores de grande porte, a exemplo das indústrias e grandes hospitais, como é o caso do Hospital Santa Genoveva Ltda, é utilizado o medidor de demanda, que tanto mede a energia (consumo) quanto a demanda.

Os consumidores de grande porte, por determinação da agência reguladora (ANEEL), são obrigados a firmar contratos de fornecimento com as concessionárias. Uma das cláusulas desses contratos diz respeito exatamente à demanda contratada, mecanismo fundamental para administrar a segurança, a confiabilidade e a estabilidade dos sistemas elétricos.

A Resolução nº 456/00, do Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que estabeleceu os termos e expressões mais usuais do setor elétrico, definiu como “demanda contratada”: *demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).*

Por outro lado, a Súmula nº 391 do STJ, de 2009, determina que: "**O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada**". Dessa forma, o ICMS não pode incidir sobre **toda** a “demanda contratada”, ou “disponibilizada”, apenas sobre a demanda efetivamente utilizada, ou seja, aquela que foi efetivamente medida e foi registrada nos medidores de energia. Depreende-se dessa decisão do STJ que o ICMS não pode incidir apenas sobre a “demanda de potência **não utilizada**”.

Examinando a liminar concedida (cópia às fls. 28/29) e depois confirmada em sentença e no reexame necessário, o Juízo deferiu apenas o pedido de realização de depósito judicial do valor relativo à cobrança do ICMS incidente sobre a parcela de energia elétrica não utilizada e disponibilizada em função do contrato de reserva de demanda celebrado com a CEMIG, que por coincidência, está totalmente em conformidade com o disposto na Súmula nº 391/09, apesar da liminar ter sido proferida antes dessa.

Pois bem, examinando então as cópias dos documentos fiscais emitidos pela CEMIG Distribuição S/A, em fevereiro e março de 2007, às fls. 25/26, pode-se observar que:

- no mês de fevereiro de 2007 não houve parcela não utilizada da quantidade contratada (demanda contratada: campo “Contratado”, de 500 kW), uma vez que a quantidade efetivamente medida, ou seja, registrada nos medidores do Hospital Santa Genoveva (campo “Registrado”) foi de 553 kW, portanto, acima da contratada. Foi

cobrada, inclusive, 53 kW de Demanda de Ultrapassagem, uma vez que este valor excedente ultrapassou 10% (dez por cento) da quantidade contratada, conforme art. 56 da Resolução ANEEL nº 456/00. Nota-se que a Concessionária errou ao não destacar o imposto na NF/CEE e não recolhê-lo aos cofres públicos (motivo dessa autuação fiscal) e além disso, pode ter provocado um outro erro, se tiver ocorrido, de fato, o recolhimento do valor do imposto em conta vinculada ao processo, a título de depósito judicial, conforme alegado.

- no mês de março de 2007, não houve parcela não utilizada da quantidade contratada (campo “Contratado”, de 550 kW), uma vez que a quantidade efetivamente medida (campo “Registrado”) foi de 574 kW. Só não houve novamente a cobrança de Demanda de Ultrapassagem, por que o excedente de 24 kW não ultrapassou 10% (dez por cento) da quantidade contratada. Da mesma forma, nota-se que a Concessionária errou ao não destacar o imposto na NF/CEE e não recolhê-lo aos cofres públicos (motivo dessa autuação fiscal) e, além disso, pode ter provocado um outro erro, se tiver ocorrido, de fato, o recolhimento do valor do imposto em conta vinculada ao processo, a título de depósito judicial, conforme alegado.

Percebe-se então, que a Autuada não cumpriu a liminar concedida ao seu cliente Hospital Santa Genoveva Ltda, deixando de tributar e recolher o imposto devido, agora exigido neste Auto de Infração e que, ao contrário do alegado, não haveria valores a serem depositados, via depósito judicial, nos meses citados, uma vez que não houve parcelas não utilizadas das quantidades contratadas que justificassem o depósito.

Por outro, no tocante a alegação de que o crédito tributário encontra-se suspenso em razão de depósito judicial, há de se destacar que, de fato, o art. 151 do CTN dispõe que a concessão de liminar ou de tutela antecipada, em alguma espécie de ação judicial, suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme segue:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

(...).

Importante registrar que o citado artigo trata de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e não do prazo de prescrição (e muito menos de decadência), pois, antes da constituição definitiva do crédito tributário, não é ele ainda passível de ser exigido, e assim, nos termos do art. 174 do CTN, não se pode suspender um prazo que ainda não se iniciou.

O art. 174 do CTN prescreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Ocorrendo, no entanto, uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito, após a sua constituição definitiva, por consequência, estará também suspenso o prazo prescricional, por não estar configurada a inércia do Fisco, pressuposto necessário para que ocorra o transcurso do prazo extintivo.

A Jurisprudência de tribunais superiores, após julgados divergentes, pacificou o seguinte entendimento:

AS CAUSAS DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PREVISTAS NO ARTIGO 151 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NÃO AFASTAM O DEVER DA FAZENDA PÚBLICA EM PROCEDER O LANÇAMENTO COM O DESIDERATO DE EVITAR A DECADÊNCIA, CUJA CONTAGEM NÃO SE SUJEITA ÀS CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS

Verifica-se esse entendimento configurado nos seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RESP. 1129450 / SP

RELATOR(A): MINISTRO CASTRO MEIRA

DATA DO JULGAMENTO: 17/02/2011

EMENTA:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE ÓBICE. DECADÊNCIA.

1. A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA VIA JUDICIAL IMPEDE O FISCO DE PRATICAR QUALQUER ATO CONTRA O CONTRIBUINTE VISANDO À COBRANÇA DE SEU CRÉDITO, TAIS COMO INSCRIÇÃO EM DÍVIDA, EXECUÇÃO E PENHORA, MAS NÃO IMPOSSIBILITA A FAZENDA DE PROCEDER À REGULAR CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA DO DIREITO. PRECEDENTE: ERÉSP 572.603/PR, REL. MIN.

CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 05/09/2005.

2. O LANÇAMENTO DO ISS REFERENTE AOS MESES DE JANEIRO A SETEMBRO DE 1991 SOMENTE OCORREU EM 27 DE JUNHO DE 2001. A LIMINAR CONFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA, ANTERIORMENTE IMPETRADO PELO CONTRIBUINTE, COM A FINALIDADE DE VER RECONHECIDA ISENÇÃO QUANTO AO TRIBUTO NÃO IMPEDE A FLUÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL, APENAS OBSTANDO A REALIZAÇÃO DE ATOS DE COBRANÇA POSTERIORES À CONSTITUIÇÃO. NESSE SENTIDO: RÉSP 1.140.956/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 03/12/2010, JULGADO NOS TERMOS DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

REsp. 702806 / RS

RELATOR(A): MINISTRA ELIANA CALMON

DATA DO JULGAMENTO: 14/02/2006

EMENTA:

TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA - OBSTÁCULO JUDICIAL.

1. A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS TERMOS DO CTN, NÃO SOFRE INTERRUPTÃO OU SUSPENSÃO, INICIANDO-SE O PRAZO NA DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

2. A PARTIR DO FATO GERADOR, DISPÕE A FAZENDA DO PRAZO DE CINCO ANOS PARA CONSTITUIR O SEU CRÉDITO, NÃO ESTANDO INIBIDA DE FAZÊ-LO SE HOVER SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º DO CTN.

3. A LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA (ART. 151, IV, CTN), BEM ASSIM AS DEMAIS HIPÓTESES DO MESMO ART. 151, NÃO IMPEDEM QUE A FAZENDA CONSTITUA O SEU CRÉDITO E AGUARDE PARA EFETUAR A COBRANÇA.

4. OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA, PORQUE CONSTITUÍDO O CRÉDITO APÓS CINCO ANOS DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR (ART. 173, I, CTN)

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Por sua vez, a doutrina, em sua grande maioria, expõe o entendimento de que a concessão de medida liminar, pelo Poder Judiciário, não tem a eficácia de impedir a constituição do crédito tributário, uma vez que as cláusulas previstas nos incisos do art. 151 do CTN, que tratam da suspensão da exigibilidade do crédito, visam a inibir o direito de exigir o crédito, mas não necessariamente o direito de exercer o lançamento.

Desse modo, na hipótese de haver a concessão de medida liminar em mandado de segurança, ou ainda, de medida liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação, é dever da autoridade fazendária efetuar o lançamento tributário, com sua regular notificação, nos termos do que dispõe o art. 142 do citado diploma legal.

Importante frisar que, nessa hipótese, deverá ficar disposto na notificação do lançamento que a exigibilidade do crédito tributário está suspensa, em face de medida liminar ou tutela antecipada concedida.

O processo administrativo fiscal referente ao lançamento tributário efetuado, no entanto, terá o seu seguimento normal, com a execução de todos os procedimentos administrativos pertinentes, exceção feita apenas aos atos executórios (exigibilidade do crédito), que terão que aguardar os desfechos do processo judicial, com a sentença judicial final, ou, a perda da eficácia da medida liminar ou tutela antecipada concedida.

Há de se colocar, ainda, que se na ordem judicial houver determinação expressa para que a Fazenda Pública se abstenha de lançar o tributo, é evidente que não se poderá efetuar o lançamento tributário, sob pena de cometimento do delito de

desobediência. Nesses casos, então, estando o Fisco impedido de agir, não faz qualquer sentido alegar-se o transcurso de prazo extintivo da decadência contra o ato de lançar, pois se configurará ausente um dos pressupostos necessários a sua ocorrência, qual seja, a inércia do titular do direito, pois que impedido de exercê-lo.

Sendo, contudo, cassada a liminar ou havendo o trânsito em julgado favorável ao Fisco, aplica-se a regra disposta no art. 173, inciso I do CTN, com o deslocamento do início do prazo de decadência para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a medida liminar foi cassada ou em que houve o trânsito em julgado da sentença.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 142, traz a seguinte definição de lançamento:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Alguns doutrinadores defendem a tese de que o lançamento seria um ato administrativo, conquanto, outros de que seria um procedimento, haja vista que o CTN utiliza a expressão ora no sentido de procedimento, ora no sentido de ato, conforme se lê nos arts. 142 e 150, respectivamente.

Hugo de Brito situa-se dentre aqueles que concebem o lançamento administrativo como procedimento administrativo que visa assegurar direitos fundamentais do administrado. Para tanto, vale-se do entendimento de que o ato administrativo, por si só, é incapaz de produzir os efeitos inerentes ao lançamento, sendo necessária a notificação do sujeito passivo, o que, por sua vez, implicaria na exigência de um procedimento próprio.

Logo, segundo a tese, o lançamento administrativo é na verdade um procedimento, no sentido de que, por afetar direitos dos administrados, há de ser desenvolvido com obediência a certas formalidades legalmente impostas. Assim, por exemplo, há de ser sempre assegurado o direito de defesa ao contribuinte, que abrange o direito de uma decisão da autoridade sobre as objeções que colocar à determinação do tributo, e o direito de recorrer dessa decisão a instância administrativa superior. Mesmo quando não exista a inconformação com a exigência do tributo cujo valor seja objeto da primeira declaração, há de ser o contribuinte dela notificado, e a ele assegurado um prazo para defender-se.

Assim, além dos atos ditos preparatórios, haverá sempre mais de um ato a compor um procedimento que se destina a garantir os direitos fundamentais do administrado, vale dizer do contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Porém, o entendimento doutrinário majoritário é de que o lançamento é ato administrativo, conforme ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho e outros. Veja-se:

“Lançamento é ato jurídico e não procedimento, como expressamente consigna o art. 142 do Código Tributário Nacional. Consiste, muitas vezes, no resultado de um procedimento mas com ele não se confunde. É preciso dizer que o procedimento não é imprescindível para o lançamento, que pode consubstanciar ato isolado, independente de qualquer outro. Quando muito o procedimento antecede e prepara a formação do ato, não integrando com seus pressupostos estruturais, que somente nele estarão contidos.”

Neste esteio, estão os ensinamentos de Sacha Calmon:

“O lançamento, para começar, não pode ser – por impossibilidade lógica – procedimento (sucessão encadeada de atos). É ato. Em segundo lugar, não existe lançamento inicial, este provisório, e lançamento final, este definitivo. O lançamento é ato singular que se faz proceder de procedimentos preparatórios e que se faz suceder de procedimentos revisionais, podendo ser declarado, ao cabo, subsistente ou insubsistente, o que não constitui nenhuma novidade, muito pelo contrário. Por lançamento definitivo se deve entender o ato de lançamento contra o qual não caiba recurso do contribuinte nem recurso ex officio (por faltar previsão, por ter faltado o seu exercício ou por consumação dos recursos cabíveis).”

Enfático, Alberto Xavier, em estudo aprofundado sobre o tema, faz a seguinte assertiva:

“O primeiro consiste no equívoco de definir-se o lançamento como procedimento, quando em rigor ele é um ato jurídico, mais precisamente o ato administrativo que conclui aquele mesmo procedimento. Defeito tanto mais grave quanto é certo que a existência de um procedimento, ainda que rudimentar, não é essencial à existência do lançamento – que em certos casos pode prescindir. E ainda que a utilização do mesmo termo – lançamento – para designar ambas as realidades, o procedimento e o ato, ora um, ora outro, exprime manifesto desrespeito pelas regras de rigor terminológico científico e tem sido causa de graves perplexidades em diversos domínios, especialmente nos da decadência e prescrição, como adiante se verá.”

É, portanto, o lançamento, segundo a doutrina majoritária, um ato administrativo singular, precedido de procedimentos preparatórios e sucedido de procedimentos revisionais. Por essa corrente, a concepção do lançamento como

procedimento administrativo além de imprecisa não é a mais adequada, haja vista que o procedimento consubstancia-se numa série de atos que se conjugam com vistas a um fim determinado, gerando, assim, incertezas quanto ao momento de sua consumação – ato final da série ou celebração dos primeiros atos, além do que, em alguns casos, haverá o lançamento sem qualquer procedimento que o anteceda.

Por outro lado, o verbo constituir, constante no *caput* do art. 142 do CTN, suscitou grande discussão acerca da natureza jurídica do lançamento, formando-se, basicamente, três entendimentos a respeito, quais sejam: natureza constitutiva do crédito tributário; natureza declaratória do lançamento tributário; e, por fim, a natureza híbrida, isto é, constitutiva do crédito e declaratória do lançamento.

A primeira corrente doutrinária defende a natureza constitutiva do crédito tributário.

A segunda corrente, representada pela maior parte da doutrina e jurisprudência, inclina-se pela natureza declaratória da obrigação tributária, não possuindo o lançamento o condão de criar, modificar ou extinguir direitos, mas sim declarar o direito anterior consubstanciado na obrigação tributária, o que, por sua vez, surge com a ocorrência do fato previamente descrito na lei.

Acrescentam também o argumento de que o lançamento decorre da constatação de que ele tem em conta as circunstâncias de fato no momento da ocorrência do fato jurídico tributário e a lei vigente na época em que este último se realiza, consoante os ditames do art. 144 do CTN.

Roque Carraza, por exemplo, afirma que “o lançamento não faz nascer a obrigação tributária, mas apenas declara seu montante, seu valor. Neste contexto, é um ato de eficácia declaratória.”

Mesmo posicionamento é admitido por Sacha Calmon, que assim dispõe sobre o tema:

“O lançamento, como ato administrativo de aplicação da lei genérica e abstrata aos casos concretos, deve reportar-se à lei que vigia ao tempo do fato gerador, aplicando-a. Consequentemente a sua função não é, absolutamente, criadora do crédito, senão que declaratória do seu prévio existir nos exatos termos da lei contemporânea ao seu nascimento. O fato gerador, ao acontecer, instaura a obrigação e o crédito tributário, como prescreve o CTN.”

Todavia, há a corrente que confere uma natureza híbrida ao lançamento, isto é, declaratória da obrigação e constitutiva do crédito tributário, uma vez que o CTN traz o crédito tributário como algo diverso da obrigação tributária, ainda que em essência estejam na mesma relação jurídica.

Antes do lançamento existe a obrigação e, somente a partir do lançamento, é que se constitui o direito do Estado de cobrar o tributo devido (OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA + LANÇAMENTO → CRÉDITO TRIBUTÁRIO = OBRIGAÇÃO + EXIGIBILIDADE).

Dessa forma, o lançamento, para essa corrente, é um terceiro estágio da relação obrigacional tributária, tendente a determinar o crédito tributário, dotando-o de certeza, liquidez e exigibilidade, mediante um procedimento administrativo próprio, uma vez que somente após o lançamento é que se torna exigível o pagamento do tributo (crédito tributário), devido desde o surgimento da obrigação tributária.

A natureza jurídica híbrida do lançamento teria seus aspectos, declaratório e constitutivo, extraídos de uma leitura atenta do art. 142 do CTN.

Declaratória: porque nada cria, uma vez que se limita a declarar (verificar, certificar) uma situação fático-jurídica que ocorreu.

Constitutiva: porque individualiza essa situação, apurando o montante do tributo devido e constituindo o crédito tributário.

A natureza jurídica do lançamento já foi objeto de grandes divergências doutrinárias. Hoje, porém, é praticamente pacífico o entendimento segundo o qual o lançamento não cria direito. Seu efeito é simplesmente declaratório. Entretanto, no CTN o crédito tributário é algo diverso da obrigação. Ainda que, em essência, crédito e obrigação sejam a mesma relação jurídica, o crédito é um momento distinto. É um terceiro estágio na dinâmica obrigacional tributária. E o lançamento é precisamente o procedimento administrativo de determinação do crédito tributário. Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito. O lançamento, portanto, é constitutivo do crédito tributário, e apenas declaratório da obrigação correspondente.

A razão que leva parte da doutrina a conceber o lançamento com uma natureza híbrida é a sua dupla eficácia, declarando os efeitos de uma relação jurídica pré-existente – obrigação, assim como, constituindo o crédito tributário, autônomo enquanto realidade formal.

Por essa razão é que em relação à obrigação tributária, o lançamento, em virtude de sua natureza declaratória, rege-se pelas leis vigentes à época do fato gerador haja vista que foi nesse momento que a relação jurídica nasceu, conquanto, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, especialmente sobre o efeito deste sobre a obrigação preexistente, aplicar-se-á a legislação vigente a época em que for constituído o crédito tributário, estando resguardado, entretanto, os casos em que a lei atribuir responsabilidades a terceiros, nos moldes do art. 144, § 1º do CTN.

Ao seu turno, o lançamento de ofício, no dizer de Hugo de Brito, “é feito por iniciativa da autoridade administrativa, independentemente de qualquer colaboração do sujeito passivo”, devendo, para tanto, ser feito com base nas informações constantes nos registros da administração, estando previsto no art. 149 do CTN.

Esse artigo elenca o rol taxativo dos casos em que poderá valer-se o Fisco do lançamento de ofício, bem como da sua revisão, desde que não esteja extinto o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário.

Em regra os tributos sujeitos ao lançamento de ofício encontram-se definidos em lei, inciso I do art. 149 do CTN, porém, a inobservância das regras

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inerentes às demais modalidades de lançamento ensejará o lançamento de ofício por parte da administração.

De acordo com o art. 25 da Lei nº 6.763/75, o lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com a descrição das operações e prestações realizadas, na forma prevista em regulamento.

Já o Decreto nº 44.747/08 (RPTA) estabelece em seu art. 85 que a exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

I - Termo de Autodenúncia (TA), no caso de denúncia apresentada pelo sujeito passivo;

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

III - Notificação de Lançamento (NL), no caso de IPVA e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória.

Veja que o Auto de Infração é o instrumento legítimo a ser utilizado para constituir o crédito tributário por meio do lançamento, conforme legislação e entendimento doutrinário acima transcrito.

Não é outro o entendimento da jurisprudência, exemplificado nos seguintes arestos:

RESP 954.487 / STJ

DECISÃO

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

1. VERIFICANDO-SE QUE O LANÇAMENTO, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, DECORREU DA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO, POR NÃO TER A CONTRIBUINTE ANTECIPADO O PAGAMENTO, APLICA-SE O DISPOSTO NO ART. 173, I, DO CTN, QUE PREVÊ O PRAZO DE CINCO ANOS PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, A CONTAR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO.

ACÓRDÃO Nº 96.01.33859-4 / TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO. COM A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, CONSUMA-SE O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO, OCORRENDO A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO, NOS EXATOS TERMOS DO ART. 142 DO CNT, A PARTIR DA QUAL COMEÇA A FLUIR O PRAZO PRESCRICIONAL, SALVO SE SUSPENSA A EXIGIBILIDADE PELA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO PELO CONTRIBUINTE (HIPÓTESE INOCORRENTE NO CASO), NA

CONFORMIDADE DO ART. 151, III, DO CTN. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA PARA 5% SOBRE O VALOR DA CAUSA ATUALIZADO, NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º, DO CPC. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

AGRG NO RESP 1241717 / STJ

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO À HOMOLOGAÇÃO. TERMO FINAL. AUTO DE INFRAÇÃO OU NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. PRECEDENTES. SÚMULA 153/TFR. EFEITOS CONCRETOS DO AFASTAMENTO DA DECADÊNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS. NOS CASOS DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, NÃO OCORRENDO O PAGAMENTO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE, INCUMBE AO FISCO O PODER-DEVER DE EFETUAR O LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE DEVE OBEDECER AO PRAZO DECADENCIAL ESTIPULADO PELO ART. 173, I, DO CTN, SEGUNDO O QUAL O DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINGUE-SE APÓS 5 (CINCO) ANOS CONTADOS DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. DECADÊNCIA AFASTADA.

RESP 649.684 / STJ

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. ARTIGO 174, DO CTN.

1. A EXEGESE DO STJ QUANTO AO ARTIGO 174, CAPUT, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, É NO SENTIDO DE QUE, ENQUANTO HÁ PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO, NÃO SE ADMITE ADUZIR SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, MAS, SIM, EM UM HIATO QUE VAI DO INÍCIO DO LANÇAMENTO, QUANDO DESAPARECE O PRAZO DECADENCIAL, ATÉ O JULGAMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO OU A REVISÃO EX-OFFICIO. CONSEQUENTEMENTE, SOMENTE A PARTIR DA DATA EM QUE O CONTRIBUINTE É NOTIFICADO DO RESULTADO DO RECURSO OU DA SUA REVISÃO, TEM INÍCIO A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL (RESP 485738/RO, RELATORA MINISTRA ELIANA CALMON, DJ DE 13.09.2004, E RESP 239106/SP, RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, DJ DE 24.04.2000;

2. DESTARTE, SALVANTE OS CASOS EM QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINA-SE DE INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE (GIA E DCTF, POR EXEMPLO), A CONSTITUIÇÃO DO MESMO RESTA DEFINITIVAMENTE CONCLUÍDA QUANDO NÃO PODE MAIS O LANÇAMENTO SER CONTESTADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. CONCLUSÃO ESTA QUE SE COADUNA COM A SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

PELA OPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO (ARTIGO 151, III, DO CTN).

3. IN CASU, VERIFICA-SE QUE A FAZENDA CONSTITUIU O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM 26.06.86, TENDO O CONTRIBUINTE INTERPOSTO RECURSOS ADMINISTRATIVOS EM 28.07.86 E EM 22.06.87, ESTE ÚLTIMO DIRIGIDO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. DA DECISÃO FINAL ADMINISTRATIVA FOI INTIMADO EM 30.11.88, TENDO SIDO A EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM 05.08.91 E EFETIVADA A CITAÇÃO EM 03.10.91, O QUE DEMONSTRA A INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUB JUDICE, CUJOS FATOS GERADORES OPERARAM-SE ENTRE JANEIRO DE 1984 E 31 DE MARÇO DE 1985.

6. ORA, "A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESSUPÕE A INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO OU POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO CRÉDITO. OCORRENDO A IMPUGNAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA VIA ADMINISTRATIVA, O PRAZO PRESCRICIONAL COMEÇA A SER CONTADO A PARTIR DA APRECIÇÃO, EM DEFINITIVO, DO RECURSO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ANTES DE HAVER OCORRIDO ESSE FATO, NÃO EXISTE 'DIES A QUO' DO PRAZO PRESCRICIONAL, POIS, NA FASE ENTRE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO E A SOLUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, NÃO OCORREM NEM A PRESCRIÇÃO NEM A DECADÊNCIA (ART. 151, III, DO CTN)" (CF. RESP 32.843-SP, MIN. ADHEMAR MACIEL, IN DJ DE 26.10.1998). NA MESMA SENDA FOI O DECIDIDO NO RESP N. 190.092-SP, RELATADO PELO SUBSCRITOR DESTA, IN DJ DE 1º.7.2002). - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO." (RESP 173284/SP, RELATOR MINISTRO FRANCIULLI NETTO, DJ DE 31.03.2003).

7. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

REsp 739.694 / STJ

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. CITAÇÃO VÁLIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PODE SER ESTABELECIDO DA SEGUINTE MANEIRA: (A) EM REGRA, SEGUE-SE O DISPOSTO NO ART. 173, I, DO CTN, OU SEJA, O PRAZO É DE CINCO ANOS CONTADOS "DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO"; (B) NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO CUJO PAGAMENTO OCORREU ANTECIPADAMENTE, O PRAZO É DE CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR, NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

2. EM SE TRATANDO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO CUJO PAGAMENTO NÃO FOI ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE, DEVE SER APLICADO O DISPOSTO NO ART. 173, I, DO CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, INICIA-SE O PRAZO PRESCRICIONAL PARA SUA COBRANÇA, DE MODO QUE O FISCO POSSUI O LAPSO TEMPORAL DE CINCO ANOS PARA O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E, APÓS, PARA A CITAÇÃO VÁLIDA DO EXECUTADO, CONSOANTE PREVISTO NO ART. 174 DO CTN.

4. NA HIPÓTESE DOS AUTOS, O LANÇAMENTO EFETUOU-SE DENTRO DO PRAZO DE CINCO ANOS EM RELAÇÃO AOS FATOS GERADORES QUESTIONADOS, NÃO OCORRENDO, POIS, O PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 173 DO CTN. EM SEGUIDA, O CONTRIBUINTE FOI NOTIFICADO DO AUTO DE INFRAÇÃO EM 31 DE DEZEMBRO DE 1996, SEM, CONTUDO, APRESENTAR IMPUGNAÇÃO DO LANÇAMENTO.

A PARTIR DESSA DATA, ENTÃO, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FOI DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO, INICIANDO-SE, PORTANTO, A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ART. 174 DO CTN. POR SUA VEZ, A EXECUÇÃO FISCAL FOI AJUIZADA EM 8 DE OUTUBRO DE 1997 E A CITAÇÃO DA EMPRESA E DE SEUS SÓCIOS OCORREU EM 16 DE MARÇO DE 1998 (FLS. 7/18). ASSIM, NÃO SE IMPLEMENTOU A PRESCRIÇÃO, TAMPOUCO A DECADÊNCIA.

5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

E, finalizando, segundo jurisprudência do STJ: “A *suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial... não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito.*”

Em relação à multa de revalidação, ora contestada pela Autuada por considerar que não foi caracterizada qualquer infração à legislação tributária por parte da CEMIG Distribuição S/A, lembramos que a sua aplicação decorreu simplesmente de observância a preceito legal estabelecido pela Lei nº 6.763/75, na hipótese de o lançamento decorrer de ação fiscal desenvolvida pelo Fisco, em seu art. 56, inciso II, que reproduz-se:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Do Coobrigado

O Hospital Santa Genoveva Ltda, destinatário da energia elétrica faturada pelas Notas Fiscais nºs 171.574 e 181.089 emitidas pela CEMIG Distribuição S/A, foi arrolado no pólo passivo da obrigação tributária na condição de Coobrigado.

Considerando que a empresa é a autora da Ação Declaratória nº 0702.06.332145-0 contra a Fazenda Pública Estadual, com autorização judicial de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

promover os depósitos dos valores correspondentes ao ICMS da parcela faturada a título de “reserva de demanda contratada”, correto o procedimento do Fisco de trazê-la à lide, já que no caso em análise pode ter ocorrido o depósito indevido da importância do ICMS devido na operação da energia efetivamente consumida.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido, feito da Tribuna, para juntada, no prazo de 05(cinco) dias, do mandato de procuração. Também em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a proposta de remessa dos autos à Advocacia-Geral do Estado em face do disposto no art. 105 do RPTA, vencidos a Conselheira proponente, Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), e o Conselheiro Alexandre Pimenta da Rocha, que entendiam necessária a remessa. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas pelas Impugnantes. Ainda em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a nulidade do lançamento, vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Alexandre Pimenta da Rocha, que o consideravam nulo. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que o julgava improcedente. Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Modesto Justino de Oliveira Neto e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira vencida, os Conselheiros Alexandre Pimenta da Rocha e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 22 de janeiro de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|-------------------|--|---------------|
| Acórdão: | 20.773/13/3 ^a | Rito: Sumário |
| PTA/AI: | 01.000172360-94 | |
| Impugnação: | 40.010131963-24, 40.010132581-17 (Coob.) | |
| Impugnante: | CEMIG Distribuição S/A IE: 062322136.00-87 Hospital Santa Genoveva Ltda (Coob.) CNPJ: 18.484378/0001-73 | |
| Proc. S. Passivo: | Roberta Espinha Corrêa/Outro(s), Laíse Ângelo Mazetti/Outro(s) | |
| Origem: | DF/BH-2 - Belo Horizonte | |

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS referente ao período compreendido entre fevereiro e março de 2007, em decorrência de apuração, considerada incorreta pela Fiscalização, da base de cálculo nas notas fiscais/contas de energia elétrica, visto não ter sido incluída na sua composição a parcela correspondente a demanda, em cumprimento a decisão no Processo 0702.06.332145-0, de Hospital Santa Genoveva Ltda.

O lançamento foi efetuado para evitar a decadência, conforme orientação da Advocacia Geral do Estado contida no Ofício AGE/GAB/ADJ/AGA n.º 091/10, fundamentada em decisões do Poder Judiciário, no sentido de que *“as causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, não afastam o dever da Fazenda Pública em proceder o lançamento com o desiderato de evitar a decadência, cuja contagem não se sujeita as causas suspensivas ou interruptivas”*.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Da Proposta de Remessa dos Autos à Advocacia Geral do Estado

Frise-se, pela importância, que a Fiscalização consignou no Auto de Infração que os fatos narrados se concretizaram em cumprimento da decisão judicial proferida no Processo 0702.06.332145-0, ajuizado por Hospital Santa Genoveva Ltda.

Segundo informações constantes dos autos referido processo judicial foi interposto exclusivamente contra ato do Diretor da Superintendência de Fiscalização do

Estado de Minas Gerais, sendo que a Cemig Distribuição S/A, não integra os limites subjetivos daquela lide. Por outro lado, verifica-se que o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Uberlândia/Minas Gerais deferiu parcialmente a antecipação de tutela requerida para "*realização do depósito judicial do crédito tributário em discussão, ou seja, do valor relativo à cobrança do ICMS incidente sobre a parcela de energia elétrica não utilizada em função do contrato de reserva de demanda celebrado com a CEMIG*" (fl. 109 do Proc. 702.06.332145-0, anexo ao Auto de Infração).

Assim sendo, verifica-se que está suspensa a exigibilidade do ICMS sobre os valores correspondentes a demanda contratada, nos termos do art. 151, inciso II do Código Tributário Nacional. Portanto, em decorrência da referida decisão judicial, os valores referentes às parcelas do ICMS que são objeto da presente exação fiscal estão depositados em conta bancária vinculada ao processo Proc. 702.06.332145-0.

Estas informações levaram a proposição, por esta Conselheira, de remessa dos autos à Advocacia Geral do Estado para averiguação e atualização das informações, bem como para analisar a aplicação do disposto no art. 105 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, que assim determina:

**SEÇÃO VIII
DOS EFEITOS DA AÇÃO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA
PÚBLICA**

Art.105. A ação judicial proposta contra a Fazenda Pública Estadual sobre matéria tributária, inclusive mandado de segurança contra ato de autoridade, prejudicará, necessariamente, a tramitação e o julgamento do respectivo PTA, importando em solução final do caso na instância administrativa, com referência à questão discutida em juízo.

§ 1º Na ocorrência do disposto no caput deste artigo, os autos ou a peça fiscal serão remetidos, com urgência e independentemente de requisição, à Advocacia-Geral do Estado para exame, orientação e instrução da defesa cabível.

§ 2º Caso exista no PTA questão não abrangida pelo pedido judicial, a Advocacia-Geral do Estado encaminhará o processo à repartição fazendária competente para desmembramento e continuidade da tramitação na esfera administrativa.

Vencida esta proposta, com os elementos dos autos, verifica-se que à época da ocorrência dos fatos geradores de ICMS que foram objeto da autuação, a Cemig Distribuição S/A cumpria a determinação judicial em questão para possibilitar o recolhimento do ICMS tão somente sobre a demanda de potência efetivamente registrada por parte da sociedade empresária Hospital Santa Genoveva Ltda.

Sendo assim, a Cemig Distribuição S/A deixou de calcular o ICMS sobre a totalidade da demanda contratada em cumprimento à decisão proferida nos autos do Proc. 702.06.332145-0, ajuizado por Hospital Santa Genoveva Ltda. Portanto, o crédito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributário apurado na presente autuação está a ser exigido em desrespeito ao preceito contido no art. 151, inciso II do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

CAPÍTULO III

Suspensão do Crédito Tributário

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....
II - o depósito do seu montante integral;

.....
Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Sem as informações da Advocacia Geral do Estado e com os elementos dos autos, resta caracterizada a hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do depósito de seu montante integral.

Portanto, muito embora seja possível o lançamento com o objetivo exclusivo de ser afastada a decadência, apresenta-se ilegal a exigência do imposto de quem não se reveste da condição de contribuinte, como ocorre no Auto de Infração ora impugnado.

Da Preliminar de Nulidade

Conforme foi salientado no próprio Auto de Infração, a Cemig Distribuidora S/A deixou de recolher o ICMS sobre a integralidade da demanda contratada por Hospital Santa Genoveva Ltda. em estrito cumprimento da decisão do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Uberlândia/MG que deferiu em parte a antecipação da tutela nos autos do Processo nº 0702.06.332145-0, que, diga-se de passagem, está em sintonia com o Enunciado n.º 391 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe, *in verbis*:

SÚMULA 391: STJ: PRIMEIRA SEÇÃO, DATA DO JULGAMENTO 23/09/2009, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJE 07/10/2009 RSTJ VOI. 216 P. 746

O ICMS INCIDE SOBRE O VALOR DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA CORRESPONDENTE À DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

Com efeito, tendo em vista que a sentença proferida nos referidos autos foi confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme informação dos autos, em 06 de outubro de 2010 em sede de reexame necessário (Proc. 3321450-56.2006.8.13.0702 - número CNJ), à Cemig Distribuidora S/A cabe, tão somente, acatar a ordem judicial sob pena de seus agentes incorrerem em crime de desobediência, motivo pelo qual, apresenta-se ilegal o Auto de Infração em referência, pois a Impugnante não praticou qualquer ato em desrespeito à legislação do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste ponto, importante trazer a lume as disposições do art. 157 da Lei n.º 6.763/75, segundo o qual a propositura de ação judicial tem o condão de impedir a discussão administrativa da matéria tratada, a saber:

Art. 157. As ações judiciais propostas contra a Fazenda Pública estadual sobre matéria tributária, inclusive mandado de segurança contra atos de autoridades estaduais, prejudicarão, necessariamente, a tramitação e o julgamento do respectivo PTA, importando em solução final do caso na instância administrativa, com referência à questão discutida em juízo.

Parágrafo Único. Na ocorrência do disposto no caput deste artigo, os autos ou a peça fiscal serão remetidos, com urgência e independentemente de requisição, à advocacia do Estado para exame, orientação e instrução da defesa cabível.

Pelas informações constantes dos presentes autos, repita-se, sem que seja ouvida a Advocacia Geral do Estado, na hipótese, o Fisco Estadual procede à cobrança de débito tributário acrescido de multa de revalidação e dos juros moratórios, nos termos do art. 56 da Lei n.º 6.763/75, mesmo tendo ciência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de seu depósito judicial.

Em 09 de fevereiro de 2010, foi proferida sentença julgando procedente o pedido, da qual se destaca o seguinte excerto:

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS, PARA:

I. DECLARAR INDEVIDA A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS, DA PARCELA FATURADA À CEMIG A TÍTULO DE RESERVA DE DEMANDA CONTRATADA, PARA RESTRINGIR A TRIBUTAÇÃO AO VALOR DA ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA;

II. CONDENAR O ESTADO DE MINAS GERAIS A RESTITUIR AO HOSPITAL SANTA GENOVEVA LTDA., OS VALORES RELATIVOS AO ICMS INCIDENTE SOBRE A RESERVA DE DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA A PARTIR DE 23.11.01.

EM CONSEQUÊNCIA, AUTORIZO AO REQUERENTE, O LEVANTAMENTO DAS QUANTIAS DEPOSITADAS EM DECORRÊNCIA DO DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. EXPEÇA-SE ALVARÁ

Posteriormente, em grau recursal, houve a confirmação da decisão pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consoante se pode observar do acórdão juntado aos autos.

No que diz respeito à cobrança do crédito tributário, cumpre observar que o Auto de Infração ora analisado foi lavrado em 24 de abril de 2012 e recebido em 02 de maio de 2012, relativo aos fatos geradores de fevereiro e março de 2007.

Por outro lado, a Cemig Distribuidora S/A foi oficiada para cumprir a decisão que determinou a abstenção da exigência do ICMS sobre o valor total da demanda contratada de energia elétrica em 18 de março de 2008, conforme se depreende dos documentos juntados aos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, relembre-se as disposições do art. 151 do Código Tributário Nacional, anteriormente transcritas.

Assim, o presente Auto de Infração materializa lançamento de tributo objeto de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nestes termos, trata-se de ato administrativo eivado de vício insanável, caracterizando ilegal exigência de tributo já depositado em juízo.

Não obstante o fato de que o depósito do montante integral do tributo acarreta em suspensão do crédito tributário, a Fazenda Pública não fica dispensada de efetuar o lançamento do tributo que entende ser devido, desde que o ato administrativo se atenha apenas prevenir a ocorrência da decadência.

Entretanto, não é este o caso dos presentes autos.

Nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é o procedimento administrativo que verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, sendo o caso, propõe a aplicação da penalidade cabível.

Por outro lado, o Auto de Infração pressupõe comportamento do destinatário que não se amolda ao ordenamento jurídico vigente, caracterizado pelo descumprimento de obrigações tributárias.

Isto não é o que ocorre no caso concreto.

No caso em análise, a Cemig Distribuidora S/A deixou de recolher o ICMS em cumprimento de ordem judicial. Desta forma, está sendo penalizada por agir segundo a ordem jurídica, a qual impõe a obediência às decisões emanadas do Poder Judiciário, órgão estatal de controle dos atos administrativos nos termos do art. 50, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, arts. 37, *caput* e 150, inciso I, a legalidade constitui princípio da atividade de cobrança fiscal, sendo considerado verdadeiro direito fundamental dos contribuintes.

Tal princípio está estratificado no art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, que assim estabelece:

Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade.

§ 1º - A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso.

§ 2º - O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.

Verifica-se que a exação em tela, a despeito de ferir o princípio da legalidade, também se apresenta desarrazoada, posto que não é necessária a cobrança de tributo que tenha sido alcançado por causa suspensiva de sua exigibilidade.

Logo, a presente autuação não pode prevalecer dada a impossibilidade de lançamento no caso dos autos.

A vigência de norma proibitiva à lavratura do Auto de Infração, qual seja, medida liminar suspensiva da exigibilidade do crédito (art. 151 do Código Tributário Nacional), nulifica o referido ato administrativo.

As causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início exatamente com a lavratura do Auto de Infração.

Os efeitos da suspensão da exigibilidade anteriormente ao Auto de Infração têm o condão de impedir a sua lavratura, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa ou o ajuizamento da execução fiscal.

Assim, deve ser considerado nulo o presente Auto de Infração.

Do Mérito

Como já ressaltado, o presente lançamento versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS referente ao período compreendido entre fevereiro e março de 2007, em decorrência de apuração, considerada incorreta pela Fiscalização, da base de cálculo nas notas fiscais/contas de energia elétrica, visto não ter sido incluída na sua composição a parcela correspondente a demanda, em cumprimento a decisão no Processo 0702.06.332145-0, de Hospital Santa Genoveva Ltda.

Como já assente pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, não é qualquer operação de circulação que enseja a incidência do ICMS. Não basta a simples circulação de um bem para se configurar a hipótese de incidência desse imposto. A circulação da mercadoria que enseja a incidência do imposto é somente a circulação jurídica e não a meramente circulação física.

Assim, não basta a saída da mercadoria de um estabelecimento comercial, mas é necessária a transferência de titularidade do bem.

Desta forma, a operação de circulação de mercadoria que tem relevância para tributação por meio de ICMS é somente aquela em que ocorra a transferência de titularidade, não tendo qualquer relevância jurídica a simples reserva de demanda contratada entre o consumidor final e a empresa de distribuição de energia elétrica.

No caso da reserva de demanda a Cemig Distribuição S/A garante contratualmente que o consumidor final terá à sua disposição determinada demanda contratada de potência, que pode vir ou não a ser utilizada.

Trata-se de um serviço prestado pela distribuidora ao consumidor final, convertendo-se em fornecimento de mercadoria somente após a efetiva saída de energia elétrica da distribuidora para o consumidor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ICMS, no caso de fornecimento de energia elétrica, deve incidir sobre o total efetivamente consumido, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

A mera formalização do "Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica" não caracteriza circulação de mercadoria.

A propósito, preleciona o renomado tributarista, Prof. Hugo de Brito Machado, em seu livro Curso de Direito Tributário, Editora Malheiros, 20ª edição, 2002, pág. 315, que:

"...Vale ressaltar, todavia, que um contrato de compra e venda de mercadorias, por si mesmo, não gera o dever de pagar o ICMS. Não é fato gerador desse imposto, enquanto não implique circulação de mercadoria...Por isto, um contrato de compra e venda de mercadorias, considerado isoladamente, como simples negócio jurídico, não gera o dever de pagar o ICMS, dever esse que surge, todavia, da circulação da mercadoria, como ato de execução daquele contrato..."

No caso em questão, o contrato entre Cemig Distribuição S/A e o Hospital Santa Genoveva Ltda. existe somente para garantir uma demanda de energia elétrica. Entretanto, esse contrato não altera a situação fática, mensurável, da quantidade de energia elétrica efetivamente gasta, sobre a qual se deve tributar o ICMS.

Com efeito, a contratação para demanda estimada/reservada não traduz ocorrência do fato gerador passível de tributação pelo ICMS, donde se conclui que a base de cálculo, para a exação a este correspondente, há de ser o montante da operação efetivamente realizada, para tanto considerando-se o montante da energia realmente consumida pelo destinatário/contribuinte (de fato).

Neste sentido, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA. 1 - O VALOR DA OPERAÇÃO, QUE É A BASE DE CÁLCULO LÓGICA E TÍPICA NO ICMS, COMO ERA NO REGIME DE ICM, TERÁ DE CONSISTIR, NA HIPÓTESE DE ENERGIA ELÉTRICA, NO VALOR DA OPERAÇÃO DE QUE DECORRER A ENTREGA DO PRODUTO AO CONSUMIDOR (GILBERTO ULHÔA CANTO). 2 - O ICMS DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR DA ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA, ISTO É, A QUE FOR ENTREGUE AO CONSUMIDOR, A QUE TENHA SAÍDO DA LINHA DE TRANSMISSÃO E ENTRADO NO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA. 3 - O ICMS NÃO É IMPOSTO INCIDENTE SOBRE TRÁFICO JURÍDICO, NÃO SENDO COBRADO, POR NÃO HAVER INCIDÊNCIA, PELO FATO DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS. 4 - NÃO HÁ HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O VALOR DO CONTRATO REFERENTE A GARANTIR DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. 5 - A SÓ FORMALIZAÇÃO DESSE TIPO DE CONTRATO DE COMPRA OU FORNECIMENTO FUTURO DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CARACTERIZA CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. 6 - A GARANTIA DE POTÊNCIA E DE DEMANDA, NO CASO DE ENERGIA ELÉTRICA, NÃO É FATO GERADOR DO ICMS. ESTE SÓ INCIDE QUANDO, CONCRETAMENTE, A ENERGIA FOR FORNECIDA E UTILIZADA, TOMANDO-SE POR BASE DE CÁLCULO O VALOR PAGO EM DECORRÊNCIA DO CONSUMO APURADO. 7 - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO POR MAIORIA. 8 - VOTO VENCIDO NO SENTIDO DE QUE O ICMS DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR DO CONTRATO FIRMADO QUE GARANTIU A "DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA", SEM SER CONSIDERADO O TOTAL CONSUMIDO". (RESP 222810/MG - RELATOR: MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA. I - A JURISPRUDÊNCIA DESTA COLETA CORTE FIRMOU-SE NO SENTIDO DE QUE INCIDE O ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA E, NÃO, SOBRE A DEMANDA CONTRATADA, PORQUANTO É AQUELE QUE CORRESPONDE AO FATO GERADOR DO TRIBUTO. PRECEDENTES: AGRG NO RESP Nº 804.706/SC, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ DE 04/05/06 AGRG NO AG Nº 707.491/SC, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJ DE 28/11/05; RESP Nº 647.553/ES, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ DE 23/05/05; RESP Nº 343.952/MG, REL. MIN. ELIANA CALMON, DJ DE 17/06/02 E RESP Nº 222.810/MG, REL. MIN. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ DE 15/05/00. II - AGRVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AGRG NOS EDCL NO RESP 828151 / MT AGRVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2006/0058318-4, DJ 02.10.2006 P. 237, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO)

Neste mesmo sentido, também já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CLÁUSULA CONTRATUAL DE RESERVA DE DEMANDA. COMO JÁ ASSENTE PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS, NÃO É QUALQUER "OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO" QUE ENSEJA A INCIDÊNCIA DO ICMS. NÃO BASTA A SIMPLES CIRCULAÇÃO DE UM BEM PARA SE CONFIGURAR A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DESSE IMPOSTO. A CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA QUE ENSEJA A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO É SOMENTE A CIRCULAÇÃO JURÍDICA E NÃO A MERAMENTE CIRCULAÇÃO FÍSICA. ASSIM, A "OPERAÇÃO" DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA QUE TEM RELEVÂNCIA PARA TRIBUTAÇÃO POR MEIO DE ICMS É SOMENTE AQUELA EM QUE OCORRA A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE, NÃO TENDO QUALQUER RELEVÂNCIA JURÍDICA, EXEMPLI GRATIA, A SIMPLES RESERVA DE DEMANDA CONTRATADA ENTRE O CONSUMIDOR FINAL E A EMPRESA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA." (AGRAVO (C. CÍVEIS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ISOLADAS) Nº 1.0024.05.639693-0/001 - RELATORA:
DESEMBARGADORA MARIA ELZA)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA. FATO GERADOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ADMISSIBILIDADE. O ICMS DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR DA ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA, ISTO É, A QUE FOR ENTREGUE AO CONSUMIDOR, A QUE TENHA SAÍDO DA LINHA DE TRANSMISSÃO E ENTRADO NO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA. O PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO TORNA-SE POSSÍVEL, À MEDIDA QUE O PODER PÚBLICO É O RESPONSÁVEL PELA DEVOLUÇÃO DO QUE TENHA RECEBIDO INDEVIDAMENTE. REJEITAM-SE AS PRELIMINARES. DÁ-SE PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO E NEGA-SE PROVIMENTO AO ADESIVO." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.247.363-5/00 - RELATOR: DES. ALMEIDA MELO)

Diante do exposto, entendo que o presente processo deveria, primeiramente, ser remetido à Advocacia-Geral do Estado em face do disposto no art. 105 do RPTA/MG. Vencida esta proposta, considero nulo o lançamento e, no mérito, o julgo improcedente.

Sala das Sessões, 22 de janeiro de 2013.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira