

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.453/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000212912-91
Impugnação: 40.010135969-51
Impugnante: Victory Business Hotel Ltda
IE: 367057800.00-25
Proc. S. Passivo: Gladstone Miranda Júnior/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

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. Exigência de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

O lançamento decorre da cobrança do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica, no período de 01/08/09 a 31/12/13, suspenso por medida cautelar em ação judicial – processo nº 0145.09.539.400-6 às fls. 134/138 (Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estaduais da Comarca de Juiz de Fora), impetrada pelo Autuado, com posterior decisão extinguindo o processo, com revogação da antecipação de tutela, transitada em julgado e publicada em 24 de outubro de 2011 (147/152).

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 160/170 dos autos, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 182/209.

DECISÃO

Conforme relatado, trata a presente autuação da constatação da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a demanda de potência de energia elétrica no período de 01/08/09 a 31/12/13, suspenso por medida cautelar em ação judicial – processo nº 0145.09.539.400-6 às fls. 134/138 (Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estaduais da Comarca de Juiz de Fora), impetrada pelo Autuado, com posterior decisão extinguindo o processo, com revogação da antecipação de tutela, transitada em julgado e publicada em 24 de outubro de 2011 (147/152).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Conforme relatado no Auto de Infração, a exação tem supedâneo na cassação da liminar judicial motivadora da cessação da cobrança e do recolhimento do ICMS incidente sobre as parcelas intituladas, na conta de energia elétrica, como demanda ativa e demanda reativa, pela concessionária CEMIG Distribuição S/A.

Em síntese, a divergência exposta nas esferas administrativa e judicial, fundamenta-se no entendimento da não configuração como mercadoria tributável pelo ICMS a parcela de energia que, embora cobrada do consumidor final como indispensável à sua condição de usuário do sistema, não é por ele fisicamente consumida.

Para melhor elucidação da matéria, vale discriminar alguns conceitos disponibilizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, reguladora do setor de energia elétrica no território nacional, estampados no art. 2º da Resolução Normativa nº 414/2010, *in verbis*:

Art. 2º - Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

(...)

XX - demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado, expressa em quilowatts (kW) e quilovolt-ampère-reativo (kvar), respectivamente;

XXI - demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW);

XXII - demanda faturável: valor da demanda de potência ativa, considerada para fins de faturamento, com aplicação da respectiva tarifa, expressa em quilowatts (kW);

XXIII - demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada em intervalos de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento;

(...)

XXXI - energia elétrica ativa: aquela que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts-hora (kWh); (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)

XXXII - energia elétrica reativa: aquela que circula entre os diversos campos elétricos e magnéticos de um sistema de corrente alternada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sem produzir trabalho, expressa em quilovolt-ampère-reativo-hora (kvarh); (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)

(...)

L - modalidade tarifária: conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e demanda de potência ativas, considerando as seguintes modalidades: (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

a) modalidade tarifária convencional monômnia: aplicada às unidades consumidoras do grupo B, caracterizada por tarifas de consumo de energia elétrica, independentemente das horas de utilização do dia; (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

(...)

c) modalidade tarifária convencional binômnia: aplicada às unidades consumidoras do grupo A, caracterizada por tarifas de consumo de energia elétrica e demanda de potência, independentemente das horas de utilização do dia; (Incluída pela Resolução Normativa ANEEL nº 479, de 03.04.2012)

Importante ressaltar que esses conceitos preexistiam à data do início da cobrança fiscal por força da Resolução Normativa nº 456, de 29/09/00, revogada em 2010 com a conservação da estrutura conceitual apresentada.

Depreende-se da relação acima transcrita, o enquadramento do Autuado na modalidade tarifária binômnia e, por via de consequência, sujeita ao sistema de cobrança constituído pela soma do montante de energia consumido e da demanda de potência disponibilizada ou demanda contratada.

Entende-se por energia consumida, a quantidade de energia elétrica absorvida por um determinado usuário num lapso temporal determinado, unidade expressa em kWh, na forma do inciso XXXI do art. 2º do diploma anteriormente citado.

E, por demanda contratada ou potência disponibilizada, a relação dessa quantidade de energia por unidade de tempo, expressa em kW, conforme o referenciado inciso XXI do art. 2º da norma já citada.

Clareando o entendimento de forma exemplificativa, é considerar que uma indústria com uma máquina funcionando oito horas por dia tem o mesmo consumo de energia de outra que tenha dezesseis máquinas idênticas, ligadas apenas durante meia hora por dia. A demanda de potência será divergente numa e noutra, visto que a mesma quantidade de energia deverá ser disponibilizada num lapso muito mais curto para uma das unidades.

Ambas serão assistidas pela mesma concessionária, entretanto, a primeira requer uma estrutura de transmissão de energia mais simples e a segunda uma mais complexa, importando em fios, cabos, estrutura e transformadores de maior

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

capacidade, para proteger o sistema de transmissão e distribuição de um possível colapso.

Assim, encontra-se prevista na norma a cobrança das duas energias em diferentes escalas, dependendo do tipo de usuário atendido, observando-se que uma inexistente sem a outra para os consumidores da classificação tarifária binômia.

Uma vez declinados os conceitos envolvendo a matéria, insta realçar o enquadramento das operações na esfera tributária, e nesse contexto, vale transcrever os preceitos consubstanciados na CF/88, como segue:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a"

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

De mesma sorte, encontra-se na Lei Complementar nº 87/96, as normas infraconstitucionais delimitadoras das prerrogativas estaduais para a cobrança do ICMS sobre o consumo da energia elétrica, como nota-se:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

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

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

(...)

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

E por força das imposições pátrias acima dispostas, a Lei nº 6.763/75 consolidou as normas tributárias para o Estado de Minas Gerais nas mesmas bases, competindo ao RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, a regulamentação sobre os temas que envolvem a matéria, dos quais se seleciona:

Lei nº 6.763/75

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.

RICMS/02 - Parte Geral

Art. 222. Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus derivados, lubrificante, combustível sólido,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

líquido ou gasoso e bens importados por pessoa física ou jurídica para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente;

Extrai-se da legislação regente, a competência estadual para a tributação das operações de circulação de mercadorias pelo ICMS, consideradas estas, como qualquer bem móvel suscetível de circulação econômica, inclusive energia elétrica, por força do disposto no art. 222 do RICMS/02, em destaque.

Não bastasse a identificação contida no regulamento mineiro, o legislador inseriu tanto na CF/88, alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155, como na LC nº 87/06, inciso III do § 1º do art. 2º, a não incidência e a incidência do ICMS sobre energia elétrica em operações interestaduais específicas, delineando sua condição de mercadoria sujeita à tributação do ICMS.

Noutra vertente, encontra-se estabelecida no inciso I c/c alínea “a” do inciso II do § 1º, ambos do art. 13 da LC nº 87/06, a composição da base de cálculo do tributo, restando claro ser esta o *valor da operação* composto por todas as *demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas*.

Nas contas de energia elétrica acostadas aos autos, fls. 23/132, combinado com a classificação tarifária atribuída pela ANEEL para a Impugnante, constata-se que o produto vendido pela concessionária é composto pela parcela consumida e pela potência demandada, indissociáveis. Portanto, compõem a base de cálculo sobre a qual incide o tributo estadual.

Apesar de não combatida na peça impugnatória a condição da responsabilidade tributária da Impugnante, cumpre lembrar que as determinações contidas no art. 5º da LC nº 87/06, bem como no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, asseveram plena licitude na formalização do crédito tributário sobre o Sujeito Passivo dessa peça postulatória, não restando dúvidas da correção da titularidade atribuída.

Ademais, o adquirente de energia elétrica, nos casos em que provoca a justiça e obtêm decisões cautelares suspendendo a cobrança do ICMS, fica eleito sujeito passivo, nos termos do art. 11 da Lei Estadual nº 20.540 de 14/12/12, *in verbis*:

Art. 11. Não havendo recolhimento do ICMS de responsabilidade da concessionária de energia elétrica, em razão de suspensão da exigibilidade do tributo decorrente de demanda judicial promovida pelo respectivo adquirente de energia elétrica, ainda que substituído processualmente, fica atribuída, em caráter de exclusividade, ao adquirente de energia elétrica a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o caput persistirá para os fatos geradores ocorridos até a data da notificação da revogação da medida judicial à concessionária de energia elétrica.

§ 2º Na hipótese do caput e do § 1º, a concessionária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - não será incluída no polo passivo da respectiva obrigação tributária em relação aos fatos geradores ocorridos nos períodos a que se referem o caput e o § 1º, inclusive após ter sido notificada judicialmente da revogação da suspensão;

II - será responsável pela obrigação tributária em relação aos fatos geradores ocorridos após ter sido notificada judicialmente da revogação da suspensão.

§ 3º O disposto no inciso I do § 2º:

I - aplica-se, inclusive, aos fatos geradores ocorridos até o dia anterior à data de vigência desta Lei, desde que nesta data a exigibilidade esteja suspensa;

II - não se aplica aos créditos tributários já formalizados.

§ 4º Na hipótese do inciso I do § 3º, subsiste o crédito tributário, em seu montante total, relativamente ao adquirente de energia elétrica, nos termos do inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763, de 1975.

§ 5º Em relação ao crédito tributário formalizado até a data de publicação desta Lei, fica o Poder Executivo autorizado, nos termos da legislação aplicável, a dispensar o seu pagamento pela concessionária de energia elétrica, hipótese em que subsistirá o crédito tributário, em seu montante total, em relação aos demais sujeitos passivos.

Vale ressaltar, que de acordo com esses procedimentos legalmente estabelecidos, o Estado de Minas Gerais editou, por meio do Decreto nº 46.213/13, o RIMCS/02, incluindo o § 9º no art. 5º para permitir que a partir de 01/06/13 as concessionárias deixassem de incluir a demanda não utilizada pelo consumidor na base de tributação do ICMS, ou seja, permitiu a exclusão da parcela da demanda contratada não consumida no período de referência.

Inobstante, o Estado publicou o Decreto nº 46.215/13, dispensando o pagamento do crédito tributário relativo ao ICMS sobre a demanda de potência não utilizada, constituído ou não, originado de ações judiciais, com remissão total de multas e juros, sob duas condições principais: a) desistência das ações com assunção do pagamento de eventuais custas judiciais e b) solicitação dos cálculos na concessionária e pagamento espontâneo do ICMS devido sobre a demanda de potência efetivamente utilizada. O prazo para solicitação dos benefícios vigeu até 31/05/14.

Verifica-se que mesmo o Estado concordando com a incidência e cobrança do tributo exclusivamente sobre a parcela da demanda de potência consumida no processo da Impugnante, esta não se deu por satisfeita, mantendo o propósito de exclusão integral da tributação sobre o valor da operação não submetida aos medidores de energia do seu estabelecimento, apesar de cobrada nas contas pela concessionária de energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que a Fiscalização registra às fls. 11 dos autos que, no período de agosto de 2009 a maio de 2013 foi considerado, para fins de base de cálculo da demanda, a quantidade faturada pela CEMIG-D e, nos termos do Decreto Estadual 46.213/13, o ICMS não incide sobre o valor da demanda não utilizada ou medida a partir de junho de 2013.

Quanto à alegação feita pelo Impugnante de que é inconstitucional a inclusão, na base de cálculo do ICMS, dos valores pelos serviços prestados de distribuição, transmissão e encargos setoriais, verifica-se que não há evidências da cobrança destes valores nas NF/CEE apresentadas nos autos às fls. 24/132.

Encontra-se correto o procedimento fiscal, elaborado dentro dos preceitos de lisura para a constituição do crédito tributário, com demonstração da subsunção do fato à norma vigente e, uma vez não apresentados contrapontos que elidissem o feito, correta a cobrança.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Eduardo de Souza Assis e Guilherme Henrique Baeta da Costa.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2014.

**Fernando Luiz Saldanha
Presidente / Relator**