

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	21.136/16/2 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000397641-15	
Impugnação:	40.010139577-24	
Impugnante:	Arcelormittal Brasil S/A	
	IE: 362094007.13-72	
Proc. S. Passivo:	Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)	
Origem:	DF/Ipatinga	

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA – TUST/TUSD. Constatado que a Autuada não recolheu o ICMS incidente os valores decorrentes do uso do sistema de transmissão/TUST e sobre os encargos de conexão na entrada de energia elétrica em seu estabelecimento, infringindo o disposto no “caput” do art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02. Corretas as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL – NOTA FISCAL DE ENTRADA – ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se a falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes à conexão e uso do sistema de transmissão na entrada de energia elétrica em seu estabelecimento, contrariando o disposto no art. 53-A, § 1º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 57 da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 219, § 1º e 220, inciso X, ambos do RICMS/02.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS devido os valores decorrentes do uso do sistema de transmissão/TUST e sobre os encargos de conexão na entrada de energia elétrica no estabelecimento da Autuada, no período de 01/01/10 a 31/12/10 e, ainda, sobre a não emissão da nota fiscal de entrada mensal concernente à referida operação.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 57 da Lei nº 6.763/75, c/c arts. 219, § 1º e 220, inciso X, todos do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 213/232, acompanhada dos documentos de fls. 233/372.

Alega, em apertada síntese, o seguinte:

- o valor exigido pelo Fisco estaria fulminado pela decadência do art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista que a lavratura do Auto de Infração lhe foi notificada apenas em 11/12/15;

- a incidência de ICMS sobre os encargos de conexão e uso do sistema de transmissão é ilegítima, pois o critério de incidência do imposto alcança apenas a operação de que decorre o seu consumo. Salaria que somente nesse momento há saída de mercadoria e que a TUST não corresponde a um custo pertinente ao consumo da energia elétrica, tratando-se a transmissão de etapa anterior ao consumo. Apresenta jurisprudência para sustentar sua tese;

- a mesma conclusão da não incidência de ICMS sobre a TUST também se aplica às parcelas denominadas “PROINFA”, “QUOTA CDE” e “QUOTA CCC (Sistema Isolado)”, por se tratarem de encargos de conexão e uso do sistema de transmissão da rede básica;

- o art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02, que exige o recolhimento do ICMS incidente na operação e a emissão de nota fiscal de entrada referente à conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica, é inaplicável ao caso, na medida em que tais encargos são estranhos à hipótese de incidência do imposto;

- salienta que a exigência de emissão de nota fiscal contendo o valor dos encargos de uso e conexão do sistema é inócua para a o interesse da fiscalização de tributos, na medida em que tal finalidade já foi atendida pela própria expedição de notas fiscais pela concessionária responsável pela transmissão de energia elétrica;

- a totalidade das multas aplicadas no caso em debate representa quase 60% (sessenta por cento) sobre o valor do principal, o que denota abusividade e afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apresenta jurisprudência no sentido de sua tese.

Requer, ao final, a procedência da impugnação com consequente exclusão total do crédito tributário ou, sucessivamente, a adequação da penalidade em observância à razoabilidade/proporcionalidade.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em Manifestação de fls. 375/398, refuta integralmente os argumentos apresentados pela defesa.

Requer a procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 405/417, opina pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 29/06/16, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, deferiu o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 13/07/16, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Relator) e Andréia Fernandes da Mota, que julgavam procedente o lançamento nos termos do parecer da Assessoria. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente a todo o período do crédito tributário (01/01/10 a 31/12/10) entendendo aplicável ao caso o disposto no § 4º do art. 150 do CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

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

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

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. 1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO. 2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do “decisum”. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCÉDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2010 somente expirou em 31/12/15, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 11/12/15 (fls. 211).

Da análise do mérito propriamente dito, a autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS devido sobre os encargos de conexão e sobre o uso dos sistemas de transmissão, em relação ao qual é cobrada a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST), na entrada de energia elétrica no estabelecimento no período de 01/01/10 a 31/12/10, e sobre a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal a eles concernentes no mesmo período.

Exigiu-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada mensal de 5.000 UFEMGs capitulada no art. 57 do mesmo diploma legal c/c arts. 219, § 1º e 220, inciso X, ambos do RICMS/02.

Inicialmente, pertinente se faz apresentar um pequeno resumo a respeito do conceito e características da energia elétrica, da estrutura do sistema elétrico brasileiro e também das mudanças ocorridas nesta estrutura nos últimos anos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A energia elétrica é uma forma de energia baseada na geração de diferenças de potencial elétrico entre dois pontos, que permitem estabelecer uma corrente elétrica entre ambos. Mediante os processos adequados é possível transformar essa energia em outras formas finais de uso direto pelo homem, como luz, movimento ou calor.

Por isso, a energia elétrica é usada na indústria como insumo energético, elemento de transformação que irá forjar a matéria prima em produto final.

A energia elétrica é obtida principalmente por meio de usinas termoelétricas, hidrelétricas, eólicas e termonucleares, na forma de ondas eletromagnéticas que se deslocam a uma velocidade próxima à da luz (~300.000 km/s), sendo uma das formas de energia que o homem mais utiliza em face da ótima correlação custo/benefício desde a geração até seu consumo, para a qual contribui o baixo índice de perda energética durante as conversões.

Sob o aspecto científico, a eletricidade é um fenômeno físico e, para ser aproveitada pelo homem, necessita ser gerada, transmitida, distribuída e consumida.

O Operador Nacional do Sistema – ONS, por meio do acionamento e desligamento de turbinas hidroelétricas, termoelétricas ou nucleares, garante que apenas a energia que está sendo demandada em um determinado momento seja produzida, levando em consideração, também em cada momento, as melhores capacidades dos agentes de geração para evitar desperdícios de energia potencial.

Tendo em vista a conexão direta pelo sistema elétrico da geração até o consumo, as etapas de geração, transmissão, distribuição e consumo ocorrem de forma praticamente concomitante, não havendo como dissociá-las.

Para se propagar de forma ordenada e controlada com fins de utilização racional, a energia elétrica carece de um meio material (fio/cabo).

Sendo a eletricidade uma energia eletromagnética, a linha de transmissão é um sistema utilizado para carregar esta energia de um ponto a outro. Esta transmissão não é irradiada, mas guiada pelo meio material (fio/cabo) de uma fonte geradora para uma carga consumidora.

Logo, a ausência de meios materiais que permitam a ligação entre a produção e o consumo inviabiliza a utilização da energia elétrica.

A ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) é o órgão instituído pela Lei Federal nº 9.247/96 para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. O Decreto Federal nº 5.163/04 regulamenta tal competência no art. 70:

Art.70. A ANEEL deverá estabelecer os mecanismos de regulação e fiscalização para dar cumprimento a obrigação de separação das atividades de distribuição das de geração e transmissão prevista na Lei no 9.074, de 1995.

Até 1999, a rede de transmissão era operada exclusivamente pelas companhias verticalizadas (com ativos de geração, transmissão e, em alguns casos,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

distribuição) ou pelas companhias resultantes de sua cisão para fins de privatização e ainda controladas pelo estado. A partir desse ano, no entanto, a ANEEL iniciou o processo de expansão dessas instalações, com base em leilões para seleção do grupo empreendedor responsável pela construção e operação da rede.

O segmento de transmissão no Brasil é composto por mais de 90 mil quilômetros de linhas e operado por dezenas de concessionárias. Essas empresas, que obtiveram as concessões ao participar de leilões públicos promovidos pela ANEEL, são responsáveis pela implantação e operação da rede que liga as usinas (fontes de geração) às instalações das companhias distribuidoras localizadas junto aos centros consumidores.

Analogicamente, com as devidas proporções e correções, a transmissão de energia elétrica é o processo de transporte da energia entre dois pontos: geração e consumo. Este transporte é realizado por linhas de transmissão de alta potência, geralmente usando corrente alternada que conecta a usina (geração) ao consumidor.

A rede de distribuição consiste nas redes elétricas primárias (redes de distribuição de média tensão) e nas redes secundárias (redes de distribuição de baixa tensão).

Portanto, a transmissão é um custo direto integrante do valor global da energia elétrica. Desta forma, o ICMS deverá incorrer em todas as etapas de circulação da mercadoria energia elétrica.

As exigências fiscais veiculadas no Auto de Infração têm como suporte legal a Constituição Federal, a Lei Complementar nº 87/96, a legislação estadual e os Convênios ICMS, os quais se aplicam a todos os estados.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 146 que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais a respeito da definição de fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(Grifou-se)

A própria CF/88 cuidou de nortear o tratamento tributário a ser dado às operações com energia elétrica ao prescrever, no § 9º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o seguinte:

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

(Grifou-se)

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 87/96, cumprindo seu papel constitucional de norma de complemento à Constituição, cuidou da matéria ao estabelecer no inciso III do § 1º do art. 2º a incidência do ICMS sobre a energia elétrica, nos seguintes termos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 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.

(Grifou-se)

Em outra análise, prescreve o art. 9º da mesma Lei Complementar nº 87/96, que a base de cálculo da substituição tributária, no caso da energia elétrica, é o preço praticado na operação final:

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

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(Grifou-se)

Neste sentido, o Convênio ICMS nº 83/00 dispôs sobre o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica, quando não destinadas à comercialização ou industrialização, como segue:

CONVÊNIO ICMS 83/00

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

Cláusula segunda O valor do imposto retido é resultante da aplicação da alíquota interna prevista na legislação da unidade federada de destino sobre a base de cálculo definida no art. 13, inciso VIII e § 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996.

(Grifou-se)

O art. 13, inciso VIII e seu § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96 definem que base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica será o valor da operação de que decorrer a entrada da mercadoria, de forma que o imposto integre sua própria base de cálculo.

Posteriormente, o Convênio ICMS nº 117/04 impôs ao consumidor livre que retirasse energia elétrica da rede básica, o que é o caso da Impugnante, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão, bem como a obrigatoriedade de emissão da nota fiscal de entrada, mensalmente, nos seguintes termos:

CONVÊNIO ICMS 117/04

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 116ª reunião ordinária, realizada em Foz do Iguaçu, PR, no dia 10 de dezembro de 2004, tendo em vista o disposto nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira Fica atribuída ao consumidor livre conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica.

§ 1º Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o consumidor conectado à rede básica deverá:

I - emitir nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou, na hipótese de dispensa da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, requerer a emissão de nota fiscal avulsa, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao das operações de conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica...

(Grifou-se)

Com base no referido Convênio e suas alterações, introduziu-se o art. 53-A no Anexo IX do RICMS/02, prevendo a responsabilidade do consumidor conectado à rede básica pelo recolhimento do ICMS incidente sobre os custos de conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica e, ainda, a emissão da nota fiscal de entrada correspondente. Observe-se a redação atual do dispositivo:

Art. 53-A. Fica atribuída ao consumidor de energia elétrica conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento.

(...)

§ 1º O consumidor de energia elétrica conectado à rede básica deverá:

I - emitir Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou, na hipótese de dispensa da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, requerer a emissão de Nota Fiscal Avulsa, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao das operações de conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica, na qual conste:

a - como base de cálculo, o valor total pago a todas as transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

b - a alíquota aplicável;

c - o destaque do ICMS;

(Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante assinalar que a Autuada preenche os requisitos necessários para ser classificada como consumidor livre, no sentido de atender às prescrições do Convênio ICMS nº 117/04, o que é confirmado por ela própria às fls. 214.

Portanto, em discordância com as alegações da defesa, a incidência de ICMS sobre a conexão e uso do sistema de transmissão (TUST) nas entradas de energia elétrica no estabelecimento retira sua validade e suporte lógico de todo o arcabouço legal anteriormente exposto, que, em última instância, está amparado na CF/88.

Ademais, saliente-se que a CF/88 ao repartir as competências tributárias, entregou aos estados a responsabilidade pela cobrança de ICMS sobre as operações com a mercadoria energia elétrica. Àquela época não existia a segregação das atividades de transmissão e distribuição/comercialização. O que existia era um contrato único, o chamado Contrato de Suprimento, que englobava esses dois momentos do fornecimento de energia elétrica e a fatura de energia espelhava o custo total da energia adquirida desde a geração, passando pelas etapas de transmissão e distribuição, até seu consumo.

Com o advento da Lei Federal nº 9.074/95, que regulou a sistemática das concessões na prestação de diversos serviços públicos, entre eles, a energia elétrica, ocorreu uma modificação da forma tradicional de comercialização dessa mercadoria. Foram criados o ONS – Operador Nacional do Sistema e o MAE – Mercado Atacadista de Energia, o que deu origem aos Contratos de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição, em substituição ao Contrato de Suprimento.

Como resultado da alteração mercadológica e regulatória ocorrida, especialmente após o surgimento da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, a tarifação em relação aos três momentos do fornecimento de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) também foi desmembrada, tendo em vista a mudança do marco regulatório e presença de novos atores no mercado de energia elétrica brasileiro.

Neste ponto, é de suma importância visualizar a vontade do legislador constitucional de 1988: entregar aos estados a competência para tributar o fornecimento de energia elétrica como um todo e não apenas a sua geração.

As alterações legais ocorridas posteriormente à promulgação da CF/88, que visaram atender a questões essencialmente extrajurídicas, relacionadas com a concessão do serviço, a concorrência e a modicidade tarifária, não têm o poder de afetar a repartição das competências tributárias emanada do texto constitucional.

Em nosso ordenamento, não é dado às leis alterar norma hierarquicamente superior, qual seja, a Constituição. Seria uma total subversão da estrutura do sistema jurídico nacional, com a qual não se pode concordar, permitir que a lei que alterou a estrutura do sistema energético altere a competência constitucionalmente assegurada aos Estados em 1988, de tributar todo o fornecimento de energia elétrica (e não só a geração, como argumenta a Impugnante).

Importante salientar ainda que, apesar de ter havido o “fatiamento” do fornecimento de energia elétrica em três partes distintas, de forma a atender, como já

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dito, a questões relacionadas com modelo de concessão, concorrência e modicidade tarifária, algumas concessionárias destes serviços, tais como Furnas Centrais Elétricas S/A, CELG – Geração e Transmissão S/A e Eletrosul Centrais Elétricas S/A exercem as três etapas do fornecimento, demonstrando ter havido, de fato, mera “separação formal de atribuições”, numa situação que muita se assemelha ao modelo existente antes da promulgação da CF/88, restando íntegro e cristalino o fato gerador único, interligando todas as etapas, desde a geração até o consumo.

De todo o exposto, depreende-se que a Constituição, desde 1988, assegurou aos estados competência para instituir ICMS sobre operações relativas à circulação da mercadoria energia elétrica e não apenas sobre uma de suas etapas.

Por essa razão, não há que se falar em ilegitimidade da exigência de ICMS sobre TUST, como pretende o Contribuinte.

A Impugnante alega que as parcelas denominadas “PROINFA”, “QUOTA CDE” e “QUOTA CCC (Sistema Isolado)”, por se tratarem, também, de encargos de conexão e uso do sistema de transmissão da rede básica, não estão sujeitos à incidência do ICMS.

Não obstante o fato de que tais parcelas, por integrarem o custo final de aquisição da energia elétrica, seriam tributadas independentemente de sua natureza, conforme já exposto, há de se ressaltar que a Impugnante se equivoca ao classificá-las como “encargos de conexão e uso do sistema de transmissão da rede básica”.

A parcela denominada “PROINFA” refere-se à aquisição de energia elétrica oriunda do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica. Todo consumidor livre é obrigado a adquirir uma cota anual de energia do citado programa (energia essa geralmente mais cara do que aquela comercializada regularmente no ambiente de contratação livre), como forma de incentivar o desenvolvimento de fontes renováveis, especialmente, de energia eólica e solar.

Tais operações são organizadas e controladas pela Eletrobrás – Centrais Elétricas Brasileiras S.A., sendo liquidadas mensalmente por meio da fatura da Câmara de Compensação de Energia Elétrica (CCEE).

Já as parcelas “QUOTA CDE”, referente à Conta de Desenvolvimento Energético – e “QUOTA CCC (Sistema Isolado)”, relativo à Conta de Consumo de Combustíveis – cuidam de promover o desenvolvimento energético dos Estados e garantir a competitividade da energia produzida a partir de fontes alternativas (CDE) e, ainda, cobrir o Custo Total de Geração – CTG – relativo aos Sistemas Isolados, não interligados à rede nacional de transmissão e distribuição (CCC).

Como se vê, todas essas parcelas se referem, na essência, a custos de geração de energia elétrica e não de sua transmissão ou distribuição, como alega a Impugnante.

Noutra linha de argumentação, a Autuada carrega aos autos jurisprudências sobre o tema objeto do lançamento, tentando realizar convencimento de que a matéria encontra-se pacificada em seu favor nos tribunais. Apresenta ainda algumas posições

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

doutrinárias a respeito da questão, as quais sustentariam sua tese da tributação da energia elétrica apenas pelo custo da mesma, sem acréscimo de encargos setoriais e despesas de transmissão.

Tanto as decisões, quanto as doutrinas apresentadas, não obstante se colocarem de forma contrária ao disposto no art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02, não constituem matéria a ser apreciada pelo Conselho de Contribuintes, por força do óbice contido no inciso I do art. 182 da Lei nº 6.763/75:

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;

Não obstante o entrave acima mencionado, não custa reproduzir decisão do TJMG sobre a matéria com posicionamento favorável à tese do Fisco, demonstrando que a situação não se encontrada pacificada nos tribunais. Eis a ementa:

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.05.781839-5/001(1)

RELATOR DO ACÓRDÃO: EDUARDO ANDRADE

DATA DO JULGAMENTO: 13/03/2007

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/03/2007

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - CONTRATO DE FORNECIMENTO - CONSUMIDOR LIVRE - FATO GERADOR - VALOR TOTAL DA OPERAÇÃO NEGOCIADA. DIREITO À COBRANÇA RETROATIVA DE PARCELAS DO ICMS, INCIDENTE SOBRE A TUSD, PAGAS PELA CONCESSIONÁRIA E NÃO LANÇADAS, OPORTUNAMENTE, NAS FATURAS MENSAS. O ICMS DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR TOTAL DA ENERGIA ELÉTRICA QUE TENHA SAÍDO DA LINHA DE TRANSMISSÃO E SIDO DISPONIBILIZADA AO ESTABELECIMENTO USUÁRIO, PARA SEU CONSUMO E RESERVA, PELA QUAL SE PAGA TARIFA ESPECIAL, PRÉ-ESTABELECIDO, RECONHECIDA A ATIVIDADE DA CONTRATANTE, COMO 'CONSUMIDOR LIVRE', SEGUNDO NEGÓCIO CELEBRADO ENTRE ELE E A CONCESSIONÁRIA. DE SE RECONHECER O DIREITO À COBRANÇA RETROATIVA DO 'CONSUMIDOR LIVRE' DE PARCELAS DO ICMS INCIDENTE SOBRE A TUSD - TARIFAS DO SISTEMA DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - NÃO LANÇADAS, OPORTUNAMENTE, NAS RESPECTIVAS FATURAS MENSAS DO USUÁRIO, MAS, EXTEMPORANEAMENTE RECOLHIDAS PELA CONCESSIONÁRIA, AOS COFRES ESTADUAIS, SOBRETUDO PORQUE NÃO ACRESCIDOS, NA COBRANÇA REGRESSIVA, OS JUROS E MULTA DE MORA.

(GRIFOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante alega que as multas aplicadas, que representam quase 60% (sessenta por cento) sobre o valor do principal, são abusivas e afrontam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O caso dos autos trata de falta de recolhimento do imposto e falta de emissão da correspondente nota fiscal em relação à conexão e uso dos sistemas de transmissão, na entrada de energia elétrica no estabelecimento da Autuada.

O descumprimento da obrigação principal, de recolher o ICMS incidente sobre a TUST, demanda a aplicação de multa de revalidação, ao passo que a falta de emissão de documento fiscal relativo à TUST, típico descumprimento de obrigação acessória, atrai a aplicação da multa isolada.

A obrigação acessória de emissão da nota fiscal relativa à TUST consta tanto do Convênio ICMS nº 117/04, quanto do art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02, como já exposto anteriormente.

Exatamente este foi o entendimento da 2ª Câmara de Julgamento ao exarar a decisão contida no Acórdão nº 17.406/07/2ª (mantida no Acórdão nº 3.570/10/CE):

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – ENCARGOS – ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATADO QUE A AUTUADA NÃO RECOLHEU O ICMS INCIDENTE SOBRE OS ENCARGOS RELACIONADOS À CONEXÃO E UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – NOTA FISCAL – FALTA DE EMISSÃO – ENCARGOS – ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATAÇÃO DE QUE A AUTUADA DEIXOU DE EMITIR NOTA FISCAL DE ENTRADA RELATIVAMENTE ÀS OPERAÇÕES DE CONEXÃO E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, NOS TERMOS DO ARTIGO 53-A, § ÚNICO, INCISO I, ANEXO IX, DO RICMS/02. LEGÍTIMA A EXIGÊNCIA DA PENALIDADE ISOLADA CAPITULADA NO ARTIGO 57 DA LEI Nº 6763/75 C/C OS ARTS. 219, § 1º E 220, INCISO X DO RICMS/02.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

Importante frisar, ainda, que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração estão expressamente previstas no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) e no art. 57 do mesmo diploma legal c/c arts. 219, § 1º c/c art. 220, inciso X, ambos do RICMS/02 (Multa Isolada), o que foi capitulado pelo Fisco no próprio Auto de Infração (fls. 18/19).

O Auto de Infração foi lavrado no estrito cumprimento das normas tributárias mineiras, não havendo qualquer caráter irrazoável ou desproporcional em multas aplicadas nos moldes e nos valores previstos, já que possuem caráter punitivo e repressivo à prática de sonegação, não sendo, em absoluto, abusivas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tratam-se apenas de penalidades pelo não recolhimento do imposto no momento adequado (multa de revalidação) e pela falta de emissão de documento fiscal com destaque do imposto referente à TUST (multa isolada).

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 29/06/16. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento nos termos do parecer da Assessoria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Andréia Fernandes da Mota e Alexandre Périssé de Abreu.

Sala das Sessões, 13 de julho de 2016.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor**

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**