

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.676/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000759646-25
Impugnação: 40.010144190-76
Impugnante: Energisa Minas Gerais - Distribuidora de Energia S.A.
IE: 153056023.00-00
Proc. S. Passivo: Fernando Louro Pessoa/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA. Constatado o recolhimento a menor de imposto, tendo em vista o destaque em notas fiscais de ICMS à alíquota de 18% ao invés de 30%, em relação a saídas de energia elétrica fornecida para consumo em condomínios com finalidade residencial, conforme o estabelecido no art. 12, inciso I, alínea “g.2” da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário retificado pelo Fisco, reduzindo o valor da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 a 5% do valor da operação, com fulcro no art. 55 da Lei nº 22.549/17 c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN (retroatividade benigna). Exigências parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/07/12 a 31/12/12, em decorrência de aplicação incorreta da alíquota do imposto de 18% (dezoito por cento) sobre a energia elétrica fornecida para consumo de condomínios com finalidade residencial, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 30% (trinta por cento).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (MR) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada (MI) prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, VI, “f” do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 108/115.

Observa-se que, apesar de no campo “Demonstrativo do Crédito Tributário - Referência” do AI (fl. 42), constar o período 01/07/12 a 31/12/12, no campo “Relatório” do AI (fl. 41), constou a seguinte descrição:

Constatou-se através da análise dos dados constantes dos arquivos do Convênio ICMS 115/2003 e, por meio de conferência de Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica (NF/CEE) emitidas no período entre **janeiro e**

junho de 2012, que o sujeito passivo acima indicado recolheu ICMS a menor, no valor original de R\$ 67.089,73, em decorrência da aplicação incorreta da alíquota de ICMS de 18%, estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “d” da Lei Estadual 6.763/75, sobre a energia elétrica fornecida para consumo nos condomínios de finalidade residencial, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 30%, estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “g.2” da Lei 6.763/75, conforme demonstrado nos Anexos 1, 2 e 4. (Grifou-se).

Desse modo, nos termos do art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN), e considerando o disposto no art. 120, inciso II, § 1º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto n.º 44.747, de 03/03/08, a Fiscalização procedeu a retificação da peça fiscal em referência para alterar o relatório do Auto de Infração e o campo “Irregularidades Apuradas” do Relatório Fiscal.

O relatório do Auto de Infração e o campo “Irregularidades Apuradas” do Relatório Fiscal passaram a conter a seguinte descrição:

Constatou-se através da análise dos dados constantes dos arquivos do Convênio ICMS 115/2003 e, por meio de conferência de Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica (NF/CEE) emitidas no período entre **julho a dezembro de 2012**, que o sujeito passivo acima indicado recolheu ICMS a menor, no valor original de R\$ 67.089,73, em decorrência da aplicação incorreta da alíquota de ICMS de 18%, estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “d” da Lei Estadual 6.763/75, sobre a energia elétrica fornecida para consumo nos condomínios de finalidade residencial, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 30%, estabelecida no art. 12, inciso I, alínea “g.2” da Lei 6.763/75, conforme demonstrado nos Anexos 1, 2 e 4. (Grifou-se).

Foi lavrado o TERMO DE RERRATIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO (fl. 148).

Além disso, o art. 55 da Lei nº 22.549/17 alterou o inciso VI do art. 54 da Lei nº 6.763/75, limitando a aplicação da Multa Isolada – MI a 5% (cinco por cento) do valor da operação. Já o art. 79, inciso I, alínea “f” da citada Lei nº 22.549/17 revogou o § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75, que estabelecia o limite mínimo da MI.

A partir dessas modificações, passou a existir apenas o limitador máximo de 5% (cinco por cento) do valor da operação.

Dessa forma, e conforme preceitua o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, foi procedida a alteração do crédito tributário, no tocante à Multa Isolada, cujo valor remanescente passou a ser aquele indicado no demonstrativo acostado à fl. 155.

Procedeu-se a intimação da Autuada, com reabertura dos prazos legais, conforme intimação anexada à fl. 157 (Ofício DF/BH-2 nº 261/2017).

Após ter vista dos autos, a Autuada reitera os argumentos contidos em sua peça exordial (fl. 162), os quais foram refutados pela Fiscalização às fls. 172/181.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vício na descrição dos fatos, tendo em vista que *a Autuação porta vício insanável ao elencar, por um lado, em seu relatório que trata de notas emitidas no período entre janeiro e junho de 2012, enquanto que, por outro vértice, no campo de Demonstrativo do Crédito Tributário, elenca Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica (NF/CEE) emitidas no período entre julho e dezembro de 2012.*

Entretanto, razão não lhe assiste, pois conforme já relatado, a Fiscalização procedeu a correção da descrição do Relatório do AI, com a lavratura do Termo de Rerratificação (fl. 148), sobre o qual a Impugnante se manifestou, reiterando e ratificando os termos de sua Impugnação (fl. 162).

Além disso, verifica-se que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão com pequenas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/07/12 a 31/12/12, em decorrência de aplicação incorreta da alíquota do imposto de 18% (dezoito por cento) sobre a energia elétrica fornecida para consumo de condomínios com finalidade residencial, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 30% (trinta por cento).

Inicialmente, há que se ressaltar que cabe à ANEEL estabelecer as tarifas referentes à remuneração da distribuidora pelo fornecimento de energia elétrica a cada classe de consumidor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com a edição da Resolução Normativa nº 414/10, a ANEEL conferiu nova classificação aos condomínios de edifícios residenciais, que passaram de “classe residencial” para “classe comercial, serviços e outras atividades” (subclasse administração condominial: iluminação e instalações de uso comum de prédio ou conjunto de edificações) e passaram a receber o mesmo tratamento regulatório conferido aos condomínios e consumidores comerciais, ou seja, a mesma tarifa de remuneração pela energia elétrica que lhes foi fornecida pela distribuidora.

Entretanto, não cabe a uma resolução da ANEEL a definição de condomínio para fins jurídicos e especialmente tributários, visto que legislação complementar já tratou de fazê-lo.

Dessa forma, a equiparação dos condomínios edilícios com finalidade residencial a condomínios comerciais poderia ser, como de fato foi feita pela ANEEL dentro de suas atribuições legais, somente para fins de tarifação, como remuneração da distribuidora pelo fornecimento de energia.

Porém, a Impugnante não poderia alterar, deliberadamente, a alíquota do ICMS dessas unidades, sem a aquiescência do Estado, pois a este cabe, exclusivamente, estabelecer a tributação aplicável a cada hipótese de incidência do imposto.

As competências e atribuições fixadas para as agências nacionais reguladoras, no caso específico, a ANEEL, são totalmente distintas daquelas fixadas para os órgãos responsáveis pelo controle e aplicação do sistema tributário nacional.

À ANEEL cabe a atribuição de estabelecer o tarifário para todas as classes de consumidores para que, no conjunto, remunerem todos os custos incorridos aos distribuidores pelo fornecimento de energia, de modo a garantir-lhes o equilíbrio econômico/financeiro. O poder de estabelecer a tributação, por sua vez, é privativo dos três entes da Federação: União, Estados e Municípios.

O ICMS é tributo de competência privativa dos Estados, cabendo a esses a sua legislação, tributação, fiscalização e arrecadação.

A reclassificação promovida pela ANEEL alterou somente a tarifa de remuneração da distribuidora, mas a Impugnante, de maneira totalmente equivocada, passou a aplicar aos condomínios dos edifícios residenciais a alíquota geral de 18% de ICMS, correspondente à classificação de consumo de energia relativa a operações e prestações.

Porém, no caso de dúvidas sobre a continuidade ou não da aplicação da alíquota de 30% (trinta por cento) após a mudança de classificação dos condomínios de finalidade residencial promovida pela Resolução Normativa ANEEL 414/10, restaria à Impugnante a alternativa de utilizar do instrumento legal à disposição dos contribuintes mineiros para dirimi-las, qual seja, a Consulta escrita à Superintendência de Tributação da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, o que não foi utilizado pela Impugnante.

Ressalte-se que a competência para a tributação é privativa do Estado de Minas Gerais, que no caso em comento fixou a alíquota de 30% (trinta por cento) para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o fornecimento de energia para consumo residencial, nos termos da Lei nº 6.763/75, art. 12, inciso I, alínea “g”, subalínea “g.2”, que vigeu durante o período autuado pela Fiscalização.

Lei nº 6.763/1975:

Art. 12. As **alíquotas do imposto**, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

g) **30%** (trinta por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

g.2) **energia elétrica para consumo residencial.**
(Grifou-se)

Qualquer alteração na tributação de ICMS de qualquer classe de consumidores de energia elétrica depende necessariamente de uma lei estadual. Isso veio a ocorrer com a promulgação da Lei Estadual nº 21.781, de 02/10/15, que em seu art. 5º autorizou a aplicação de alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), ou seja, nem 30% (trinta por cento), nem 18% (dezoito por cento) do ICMS sobre a energia elétrica para consumo das classes de consumo comercial, serviços e outras atividades, conforme definido pela ANEEL:

Art. 5º O item 6 da Tabela F da Lei nº 6.763, de 1975, passa a vigorar com a seguinte redação, ficando acrescentado à mesma tabela o item 12 a seguir:

TABELA F
(a que se refere a alínea "a" do inciso I do artigo 12 da
Lei nº 6.763, de 26/12/75)
MERCADORIAS E SERVIÇOS

12 - Energia elétrica para consumo da classe Comercial, Serviços e outras Atividades, assim definida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel -, exceto para os imóveis das entidades religiosas, das entidades beneficentes educacionais, de assistência social ou de saúde, inclusive filantrópicas, e dos hospitais públicos e privados.

Assim, a partir da nova lei, o estado de Minas Gerais incorporou a reclassificação de consumidores estabelecida pela ANEEL e estabeleceu uma nova alíquota de ICMS, de 25% (vinte e cinco por cento), para as classes de consumo Comercial, Serviços e Outras Atividades.

A alteração foi feita para harmonizar a legislação estadual com a federal, apesar da administração condominial de unidades residenciais não exercer em nenhum momento atos de mercancia.

Em razão disso, o art. 12 da Lei nº 6.763/75 passou a estabelecer:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

a) 25% (vinte e cinco por cento), nas operações com as mercadorias e nas prestações de serviços relacionados na Tabela "F", anexa a esta Lei;

Para complementar a regulamentação da alteração, com base na citada lei, foi editado o Decreto Estadual nº 46.924, de 30/12/15, que estabeleceu, com vigência a partir de 01/01/16, que os consumidores da classe comercial e outros, assim definidos pela ANEEL, passaram a ser tributados à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), conforme disposto abaixo:

Art. 2º O inciso I do art. 42 do RICMS passa a vigorar acrescido da subalínea "a.12" e das alíneas "i" e "j", com a seguinte redação:

"Art. 42 (...)

I - (...)

a.12) energia elétrica para consumo da classe Comercial, Serviços e outras Atividades, assim definida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), exceto para os imóveis das entidades religiosas, das entidades beneficentes educacionais, de assistência social ou de saúde, inclusive filantrópicas, e dos hospitais públicos e privados.

Dessa forma, o art. 42 do RICMS/02 passou a dispor:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

a) 25% (vinte e cinco por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

a.12) energia elétrica para consumo da classe Comercial, Serviços e outras Atividades, assim definida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), exceto para os imóveis das entidades religiosas, das entidades beneficentes educacionais, de assistência social ou de saúde, inclusive filantrópicas, e dos hospitais públicos e privados.

Configurada a infração à legislação tributária, a Fiscalização exigiu o ICMS devido na operação e aplicou corretamente as penalidades previstas nos arts. 54, inciso VI e 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Entretanto, o art. 55 da Lei nº 22.549/17 alterou o inciso VI do art. 54 da Lei nº 6.763/75, limitando a aplicação da Multa Isolada a 5% (cinco por cento) do valor da operação e o art. 79, inciso I, alínea "f" da citada Lei nº 22.549/17 revogou o § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75 que estabelecia o limite mínimo da Multa Isolada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, e conforme preceitua o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração ou lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Sendo a lei mais benéfica, seus efeitos retroagem e alcançam o crédito tributário já formalizado.

Visando adequar o estabelecido na Lei nº 22.549/17 e no CTN, a Fiscalização efetuou a alteração do crédito tributário, conforme documentos de fls. 154/156.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 154/156. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Tavares Pereira (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora

JEC