

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.596/06/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010117802-07
Impugnante: Cia Força e Luz Cataguazes Leopoldina
Proc. S. Passivo: Eugênio Kneip Ramos/Outros
PTA/AI: 01.000152119-31
Inscr. Estadual: 153.056023.0000
Origem: DF/Varginha

EMENTA

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatado que a Autuada, no período de setembro de 2003 a dezembro de 2004, não recolheu o ICMS devido referente aos contratos CCD – Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição – e CUSD – Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - realizados com a Companhia Industrial Cataguazes, matriz e filial, remunerados mensalmente pelo usuário através da TUSD - Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição. Corretas as exigências de ICMS e MR.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado que a autuada não emitiu documentos fiscais relacionados com os Contratos do tipo CCD – Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição, fazendo-o somente em relação aos contratos do tipo CUSD – Contrato de Uso do Sistema de Distribuição. Correta a aplicação da penalidade prevista no art. 55, inciso II, a, da Lei 6763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o não recolhimento do ICMS devido referente aos contratos CCD – Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição – e CUSD – Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - realizados entre a autuada e a Companhia Industrial Cataguazes, matriz, I.E. 153.044904.00-60, e filial, I.E. 153.044904.03-03, no período de setembro de 2003 a dezembro de 2004.

Em dúvida sobre a incidência do tributo nos referidos contratos, o contribuinte elaborou consulta acerca da matéria, conforme cópia anexa a este PTA fls. 184 a 192 (Consulta de Contribuinte nº 001/2005 seguida pelo Recurso 003/2005). A resposta informou-o que tais contratos deveriam ser considerados para a determinação da base de cálculo do ICMS devido a Minas Gerais.

Ao ser cientificado da resposta à consulta supra, o contribuinte adotou procedimentos diversos para os contratos CCD e CUSD, como se segue: em relação ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CUSD, emitiu notas fiscais (nota fiscal nº 004497 para a Matriz, IE 153.044904.00-60, e nota fiscal nº 004498 para a Filial, IE 153.044904.03-03) com destaque do ICMS, mas não recolheu o imposto. Em relação ao CCD, não emitiu nota fiscal, nem recolheu o imposto.

Assim, foram aplicadas diferentes penalidades aos contratos CCD e CUSD. Sobre os valores do contrato CCD, desacobertados de documento fiscal, cobrou-se: ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada prevista nos termos do art. 55, II, “a” da Lei Estadual 6.763 de 26/12/75, conforme explicitado na planilha de fls. 110. Relativamente ao contrato CUSD, para o qual foram emitidas Notas Fiscais sem, no entanto, ter havido o devido recolhimento, cobrou-se ICMS e Multa de Revalidação, conforme planilha de fls.111.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 195 a 200, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 303/308.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 310/316, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no brilhante parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

O presente trabalho tem por objeto o ICMS não recolhido referente aos contratos denominados CCD – Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição – e CUSD – Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - realizados entre a autuada e a Companhia Industrial Cataguases, matriz, I.E. 153.044904.00-60, e filial, I.E. 153.044904.03-03 no período de setembro de 2003 a dezembro de 2004.

A autuada é concessionária do serviço público de energia elétrica e, na sua área de concessão, atende a consumidores que, conforme legislação em vigor, preenchem os requisitos necessários para serem classificados como consumidores livres, ou seja, “*consumidor que pode optar pela compra de energia elétrica junto a qualquer fornecedor*” (art. 2º, inciso IV, Resolução ANEEL 456, de 29 de novembro de 2000).

No exercício legal de seu direito de opção, um desses consumidores escolheu celebrar contrato de compra de energia elétrica com outro fornecedor. Para tanto e cumprindo as normas que regulamentam o setor, foram assinados, entre a concessionária local e o consumidor livre que optou por outro fornecedor, os contratos previstos na Resolução ANEEL 665, de 29 de novembro de 2002: o CCD – Contrato de Conexão de Distribuição - e o CUSD – Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – indispensáveis, haja vista que o consumidor permanece conectado ao sistema de distribuição da concessionária local.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os referidos contratos tornam possível a opção do usuário pela compra de energia elétrica de fornecedor que não seja o titular da concessão do serviço público de energia na localidade onde está instalado, contratando-se o uso do sistema de distribuição (CUSD) e de conexão (CCD) ao concessionário local.

Ajustando-se as características técnicas e as condições de conexão e utilização do sistema elétrico local, recebe-se energia elétrica do fornecedor escolhido.

A contrapartida ao uso do sistema de distribuição e conexão, estabelecida nesses contratos, ocorre com o pagamento mensal pelo usuário da TUSD - Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição – composta pelos *encargos de uso do sistema de distribuição* e pelos *encargos de conexão ao sistema de distribuição*, em acordo ao que determinam as normas que regulam o setor.

Tais inovações na regulamentação do setor elétrico geraram implicações diretas na questão tributária. Se o consumidor paga a uma concessionária pela energia e a outra pelo uso do sistema de distribuição e conexão, custos antes integrados e tributados conjuntamente - porque partes indiscriminadas da base de cálculo - passaram a ser contratados separadamente e pagos a concessionárias diferentes.

Se no contrato de fornecimento da energia não restou dúvidas quanto à questão tributária, o mesmo não ocorreu nos contratos que permitem a conexão e o uso da rede local.

Na busca do entendimento oficial da Fazenda mineira, a autuada formulou a Consulta de Contribuinte nº 001/2005. Inconformada com a resposta, que afirmou a incidência do ICMS sobre os contratos CCD e CUSD, interpôs o recurso 003/2005 que confirmou a correção da resposta, destacando ainda que o sujeito passivo da obrigação tributária era a própria recorrente.

Como os contratos em questão vigiam desde setembro de 2003, era de se esperar que, à cientificação da resposta, se seguisse o recolhimento referente ao período anterior à Consulta – setembro de 2003 a dezembro de 2004. Para tanto, a Administração Fazendária adotou os procedimentos determinados pela CLTA (Decreto 23.780/84), arts. 21 e 25. Contudo, o recolhimento não ocorreu.

A contribuinte, ora autuada, deu tratamento diferenciado aos contratos. Sobre os valores pagos em decorrência dos contratos CUSD emitiu notas fiscais (nota fiscal nº 004497 para Companhia Industrial Cataguases, matriz, IE 153.044904.00-60, cópia fls. 21, e nota fiscal nº 004498 para a Companhia Industrial Cataguases, filial, IE 153.044904.03-03, fls. 23) com destaque do ICMS, mas não recolheu o imposto.

Em relação ao CCD, não emitiu nota fiscal, nem recolheu o imposto.

A Companhia Industrial Cataguases contestou judicialmente a cobrança do tributo, inclusive o atrasado destacado nas citadas notas fiscais 004497 e 004498 e obteve autorização judicial para efetuar o depósito em juízo. No entanto, só efetuou o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

depósito referente à competência janeiro de 2005 em diante, deixando em aberto o ICMS de setembro de 2003 a dezembro de 2004.

A fim de afastar qualquer dúvida quanto à cobrança, foi formulada a Consulta Interna s/nº 2005 – de 01/09/2005, fls. 193 e 194, que afirma ser a concessionária o contribuinte de direito e o consumidor livre o contribuinte de fato, devendo a cobrança recair sobre a concessionária.

Salienta-se que na hipótese de não incidência, defendida pela autuada na impugnação, estaria se desrespeitando um dos princípios basilares do direito tributário, a isonomia, porque apenas os maiores consumidores de energia seriam desonerados de tributação nos valores pagos em remuneração à conexão e ao uso da rede de distribuição, pois tais custos compõem o valor da energia que origina a base de cálculo de todos os demais consumidores.

Para todos os consumidores, ou seja, todos aqueles não enquadrados como consumidores livres, prevalece o texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a seguir transcrito, que determina o cálculo do ICMS sobre o preço final da energia, o que inclui evidentemente os custos de conexão e uso do sistema de distribuição:

Art. 34, § 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.

Sobre o relato dos fatos proferidos na impugnação, há que se observar que o contribuinte de direito é a concessionária de energia e que somente a existência do depósito judicial afastaria a exigibilidade do crédito tributário e este não foi efetuado, conforme reconhece a própria impugnante no item 4. (fls. 196). Não se aplica, pois, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no CTN.

A pretensão da autuada de discutir judicialmente a incidência do ICMS sobre os contratos CCD e CUSD, é apenas o exercício de um direito constitucional.

Ressalta-se que o presente trabalho decorre de ICMS declarado em documento fiscal e não recolhido, no caso do contrato CUSD, e de não emissão de documento fiscal nem recolhimento do imposto, no caso do contrato CCD, e que a procedência e a correção desses lançamentos foram confirmadas em resposta da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais às Consultas que integram este PTA (fls.184 a 194).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outra alegação do contribuinte, o fato de não ter recebido o preço, em nada influencia a obrigação do sujeito passivo. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS - tem como fato gerador a circulação da mercadoria, independentemente do recebimento do preço e de eventuais perdas que possam ocorrer nos contratos entre particulares.

A legislação tributária citada – Lei Federal 9.430/96 – dispõe sobre tributos federais e, em especial, o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, que tem como fato gerador a renda determinada pelo lucro real, presumido, ou arbitrado. Quando considerado o lucro real, a legislação permite evidentemente excluir as perdas mas como cada imposto tem seu fato gerador próprio e sua própria apuração da base de cálculo, as considerações do contribuinte sobre perdas relacionando-as ao fato gerador e à base de cálculo em nada dizem respeito ao ICMS.

Quanto ao mérito, há que se ressaltar ainda que, conforme informa o item 7.1 da impugnação, fls.198, “todas as parcelas referentes ao custo da transmissão e da distribuição foram extraídas do preço da energia aplicável aos consumidores livres e incluídas nas tarifas de uso dos sistemas de rede”.

Nesse sentido, prevalecendo a tese da impugnante de não incidência, chegaríamos a uma conclusão que fere o princípio da legalidade: optar pelo fornecimento de energia por concessionária diferente da local traria conseqüências econômicas positivas para o consumidor ainda que o valor pago pela “mercadoria” fosse exatamente o mesmo. E esse ganho nasceria do não pagamento de parte do tributo por esse grande consumidor de energia.

Tal desoneração fiscal não tem fundamentação em legislação tributária e nem foi manifesta, sequer como intenção, pelo órgão regulador, a ANEEL, quando introduziu as mudanças no setor elétrico nacional.

Chegaríamos ao absurdo de ir contra os próprios fundamentos que motivaram as inovações implantadas pela agência reguladora e, ao invés de implementar a concorrência no setor elétrico, tornar mais vantajoso escolher concessionária outra que não a concessionária detentora da rede local.

As jurisprudências trazidas ao PTA pela impugnante não colaboram no seu esclarecimento. A primeira, ainda que apresente elementos comuns, trata de tema diverso. Refere-se à discussão sobre a não incidência do ICMS sobre o contrato de reserva de demanda, quando esta difere do consumo. Questão essencialmente diferente da que originou esse Auto. A segunda jurisprudência não existe da forma como foi apresentada. O voto que a impugnação diz transcrever na íntegra não foi proferido no STJ no recurso especial citado. Nem o eminente Desembargador Hugo Bengtsson compõe os quadros do STJ como afirma a impugnante.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da signatária, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), Fausto Edimundo Fernandes Pereira e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 21/06/06.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora**

CC/MG