

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.778/15/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000212832-98  
Impugnação: 40.010136154-32  
Impugnante: Posto Frutalense Ltda.  
IE: 271202704.00-58  
Proc. S. Passivo: Ângelo Bernardini/Outro(s)  
Origem: Diretoria Executiva de Fiscalização/SUFIS

### **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. 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**

O lançamento decorre da cobrança do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica no período de 01/04/09 a 30/09/13, suspenso por medida cautelar em ação judicial – Processo nº 0024.08.251.594-1 - 2ª Vara de Feitos Tributários da Comarca de Belo Horizonte, impetrada pelo Autuado, com posterior decisão, extinguindo o processo com revogação da antecipação de tutela, transitada em julgado e publicada em 16 de janeiro de 2012.

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

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 24/51, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 100/129.

### **Da Instrução Processual**

A 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada em 07/07/14, remeteu os autos à Advocacia-Geral do Estado (AGE), para informar se o feito judicial nº 002.08.251.594-1 cujo impetrante é MINASPETRO – Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo, transitou em julgado e, nesse contexto, qual a decisão definitiva.

A AGE informou que o processo foi extinto sem a resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC, dada a ilegitimidade ativa dos associados do sindicato autor, revogando a antecipação de tutela.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada em 04/09/14, converteu o julgamento em diligência para que, em face da informação da Advocacia Geral do Estado de fls. 148/149, a Fiscalização solicitasse à Cemig que esclarecesse, em relação às notas fiscais de fls. 9/16, qual é a demanda de potência efetivamente utilizada, manifestando-se a respeito. Em seguida, vista à Impugnante.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 190, e diz que essa informação consta do processo às fls. 10; 12; 14 e 16, dos “Demonstrativos de Grandezas Faturadas”, documentos que são parte integrante das NF/CEE respectivas emitidas pela CEMIG, onde a demanda de potência efetivamente utilizada encontra-se no campo “Demanda – Demanda Ativa – coluna Registrado”.

Informa também que “esses valores, constam da planilha fornecida pela CEMIG, fls. 07/08 dos autos, já convertidas em tarifa, e com o respectivo cálculo do ICMS (coluna – Imposto a recolher com benefício)”.

A 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada em 23/10/14, converteu o julgamento em diligência para que a Fiscalização, em face do cálculo exemplificativo do mês de dezembro de 2009, no qual se apurou um valor de ICMS (R\$ 320,62) diferente daquele apontado no demonstrativo de fls. 07 (R\$ 325,37), apresentasse planilha em que a composição da base de cálculo do ICMS seja demonstrada de forma pormenorizada, inclusive apontando onde reside a diferença entre o cálculo exemplificativo apresentado a seguir, e aquele efetivamente realizado pela Fiscalização na planilha de fls. 07/08. Em seguida, vista à Impugnante.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 194/199, com a apresentação de todos os esclarecimentos solicitados da forma de cálculo do ICMS sobre energia elétrica. Pede ao final pela procedência do lançamento.

De acordo com o art. 140 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), foi concedido o prazo de 5 (cinco) dias para vista e manifestação da Impugnante.

A Autuada manifesta-se às fls. 203/204, solicitando a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar.

A Fiscalização às fls. 205 indefere o pedido de prorrogação de prazo, por falta de previsão legal, com o prosseguimento normal na esfera administrativa.

---

### ***DECISÃO***

#### **Da Preliminar**

##### **Da Nulidade do Auto de Infração**

O Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois 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 o Autuado 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.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos ao Autuado todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

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

### **Do Mérito**

Trata-se da constatação da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a demanda de potência de energia elétrica, suspenso por medida cautelar em ação judicial impetrada pelo Autuado, com posterior decisão extinguindo o processo com revogação da antecipação de tutela, transitada em julgado.

A exação, conforme relatado no Auto de Infração, 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 414/10, *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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, sem produzir trabalho, expressa em quilovolt-ampère-reactivo-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 retrotranscrita, 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Uma vez apresentados os conceitos envolvendo a matéria, insta realçar o enquadramento das operações na esfera tributária, e nesse contexto, cabe 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;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 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, 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 delineadoras 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 dispostas anteriormente, 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**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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, 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. 09/15 (amostragem), combinado com a classificação tarifária atribuída pela ANEEL para o 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.

Destaca-se 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, não restando dúvidas da correção da titularidade atribuída.

Ademais, o adquirente de energia elétrica (contribuinte de fato) 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*:



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

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, *in verbis*:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 5º O imposto não incide sobre:

§ 9º Nas operações de fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras do Grupo A, sujeitas à aplicação da tarifa binômica, decorrentes da celebração de contratos com a concessionária de distribuição de energia elétrica, não será exigido o recolhimento do imposto relativamente ao valor que corresponde à parcela referente à Demanda de Potência não utilizada pelo consumidor.

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.

Por solicitação da 1ª Câmara de Julgamento, a Fiscalização apresentou às fls. 194/199, a fórmula utilizada no cálculo do ICMS sobre a demanda de potência contratada na conta de energia elétrica NF/CEE emitida pela CEMIG, nos termos da legislação em vigor à época, para período autuado.

Verifica-se que apesar do Estado concordar com a incidência e cobrança do tributo exclusivamente sobre a parcela da demanda de potência consumida no processo do Impugnante, esse não se deu por satisfeito, 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.

O Autuado questiona a aplicação do percentual da multa de revalidação.

Entretanto, não lhe assiste razão.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pelo Autuado, *in verbis*:

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.

O desembargador Orlando de Carvalho define, com precisão, a multa de revalidação:

**EMENTA: MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. A MULTA**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE REVALIDAÇÃO APLICADA, COM PREVISÃO LEGAL EXPRESSA NA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, DECORRE UNICAMENTE DA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DO TRIBUTO, CONSTITUINDO INSTRUMENTO QUE A LEI COLOCA À DISPOSIÇÃO DO FISCO, QUANDO O CONTRIBUINTE É COMPELIDO A PAGAR O TRIBUTO, PORQUE NÃO O FIZERA VOLUNTARIAMENTE, A TEMPO E MODO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.97.013646- 4/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO)

Dessa forma, a multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada e, portanto, foi aplicada corretamente no presente caso.

Resta claro que não se configura qualquer ilegalidade a cobrança de multa de revalidação, nos moldes e nos valores previstos, já que possui ela caráter punitivo e repressivo à prática de sonegação, não tendo em absoluto caráter de confisco, tratando-se apenas de uma penalidade pelo não pagamento do tributo devido, de modo a coibir a inadimplência.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995. (GRIFOU-SE)

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, assevera-se que os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 determinam tal imposição, sendo disciplinada no âmbito do Estado de Minas Gerais pela Resolução nº 2.880/97, inclusive, conforme art. 2º, quanto ao seu termo inicial (primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento):

Art. 127- Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais estão disciplinados na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especificamente no art. 5º, § 3º, com a seguinte redação:

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de Recurso Especial Repetitivo (REsp nº 879.844), nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

Observa-se a previsão do art. 1º da Resolução nº 2.880/97, em sua redação original, que dispõe sobre “a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado”:

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º - Em nenhuma hipótese a taxa de juros de mora prevista no caput poderá ser inferior a 1% (um por cento) ao mês.

Ocorre que, com a edição da Resolução nº 4.404/12, restou revogado o § 1º do art. 1º e também o inciso III e o parágrafo único, ambos do art. 5º da Resolução nº

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2.880/97, não mais se aplicando o percentual mínimo de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, passando a aplicar, desde então, a Taxa Selic como referência para tal *mister*. Veja-se o texto da resolução:

RESOLUÇÃO N° 4.404, DE 5 DE MARÇO DE 2012 (MG de 06/03/12 e republicada no MG de 07/03/12)

Altera a Resolução n° 2.880, de 13 de outubro de 1997, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

(...)

Art. 2° - Ficam revogados os seguintes dispositivos da Resolução n° 2.880, de 13 de outubro de 1997:

I - o § 1° do art. 1°;

II - o inciso III e o parágrafo único, ambos do art. 5°.

Assim, desde 05/03/12, deixou de existir o piso mínimo de 1% (um por cento) ao mês relativo aos juros de mora incidentes sobre os débitos tributários do Estado de Minas Gerais, passando a aplicar a Taxa Selic, inclusive quando inferior a 12% (doze por cento) ao ano.

Os cálculos dos juros moratórios realizados pela Fiscalização estão de acordo com o arcabouço jurídico apresentado e, por isso, não merecem qualquer reparo.

Portanto, corretas as exigências fiscais, uma vez que o Impugnante não efetuou espontaneamente o pagamento devido, apesar de ter seu pleito negado pelo Poder Judiciário, e tendo sido notificado da decisão.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Marco Túlio da Silva.

**Sala das Sessões, 03 de fevereiro de 2015.**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Presidente / Revisora**

**Antônio César Ribeiro**  
**Relator**

GR/T

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.778/15/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000212832-98  
Impugnação: 40.010136154-32  
Impugnante: Posto Frutalense Ltda.  
IE: 271202704.00-58  
Proc. S. Passivo: Ângelo Bernardini/Outro(s)  
Origem: Diretoria Executiva de Fiscalização/SUFIS

Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, 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.

O lançamento decorre da cobrança do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica contratada e não utilizada, no período de 01/04/09 a 30/09/13, suspenso por medida cautelar em ação judicial – Processo nº 0024.08.251.594-1 - 2ª Vara de Feitos Tributários da Comarca de Belo Horizonte, impetrada pelo Autuado, com posterior decisão extinguindo o processo com revogação da antecipação de tutela, transitada em julgado e publicada em 16 de janeiro de 2012.

A divergente encontra-se presente no fato da cobrança de ICMS de uma demanda de energia elétrica contratada, mas não utilizada. Desta feita, para tratar da matéria em espeque, é necessário elucidar o próprio fato gerador do ICMS.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu art. 155, inciso II:

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;

Por sua vez, o art. 5º e 6º da Lei nº 6.763/75 determinam qual é o fato gerador do ICMS e o seu aspecto temporal, no Estado de Minas Gerais:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º O imposto incide sobre:

4. a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:  
(...)

VII - no recebimento, por destinatário situado em território mineiro, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

Denota-se que a legislação vigente é clara no sentido de que somente ocorre o fato gerador do ICMS, no caso específico da energia elétrica, quando o destinatário realmente recebe a mercadoria, ou seja, ocorre efetivamente a sua circulação.

No caso em comento, o lançamento está a cobrar o ICMS de demanda de energia elétrica contratada, mas não utilizada. A Fiscalização sustenta que a demanda a disposição, configuraria a própria circulação da energia elétrica. Entendimento este que merece reparos, uma vez que como não sendo utilizada a energia elétrica, não há como se falar em circulação da mesma.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou seu entendimento neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. QUALIDADE DE CONSUMIDOR. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA PACIFICADA. ART. 543-C DO CPC.

1. O TRIBUNAL A QUO CONSIGNOU QUE, "COMPULSANDO OS AUTOS, EM ESPECIAL O AUTO DE INFRAÇÃO, FLS. 47, OBSERVO QUE A DESCRIÇÃO DA AUTUAÇÃO REFERE-SE A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, NO TODO OU EM PARTE, NA QUALIDADE DE CONSUMIDOR, REFERENTE À CONEXÃO E USO DE SISTEMA DE TRANSMISSÃO NA ENTRADA ELÉTRICA NO SEU ESTABELECIMENTO. ASSIM, NÃO HÁ INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA, MAS SOMENTE SOBRE AQUELA EFETIVAMENTE UTILIZADA". 2. O ESTADO DE SERGIPE ALEGA QUE "NO CASO DOS AUTOS, TRATA-SE DE OPERAÇÕES INTERNAS DE ENERGIA ELÉTRICA, DAÍ A EMPRESA ADQUIRENTE DA ENERGIA NÃO SER CONTRIBUINTE DO ICMS, O QUE ATRAI O RECONHECIMENTO DE SUA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. (FL. 598, E-STJ). 3. REVER TAL ENTENDIMENTO IMPLICA, COMO REGRA, REEXAME DE FATOS E PROVAS, OBSTADO PELO TEOR DA SÚMULA 7/STJ. 4. CONFORME A DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL 1.299.303/SC, REL. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 14.8.2012, APRECIADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC, O CONSUMIDOR POSSUI

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO NA QUAL SE BUSCA AFASTAR, NO TOCANTE AO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA." 5. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (AGRG NO ARESP 594958 / SE. DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 19/12/2014)

É importante destacar que o próprio Estado de Minas Gerais, após verificar o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, modificou a legislação Mineira, com a alteração do RICMS/02, com a introdução do §9º no seu 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.

Em seguida, foi publicado 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.

Na sequência, foi publicado o Decreto nº 46.483/14, em que foi mantido o entendimento de que a demanda contratada, mas não utilizada não é fato gerador do ICMS.

Diante do exposto, julgo improcedente o lançamento, uma vez que a demanda de energia elétrica contratada, mas não utilizada, não é fato gerador do ICMS.

**Sala das Sessões, 03 de fevereiro de 2015.**

**Marcelo Nogueira de Moraes  
Conselheiro**