

|  |
|--|
| <b>CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS</b> |
|--|

---

|                   |                                     |                 |
|-------------------|-------------------------------------|-----------------|
| Acórdão:          | 17.697/07/2 <sup>a</sup>            | Rito: Ordinário |
| Impugnação:       | 40.010119119-72                     |                 |
| Impugnante:       | Linde Gases Ltda.                   |                 |
| Proc. S. Passivo: | Ana Lúcia Gonçalves Soares/Outro(s) |                 |
| PTA/AI:           | 01.000153809-88                     |                 |
| Inscr. Estadual:  | 687.002958.07-21                    |                 |
| Origem:           | DF/Ipatinga                         |                 |

---

***EMENTA***

**ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST - ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA – ENCARGOS CONEXÃO/UTILIZAÇÃO –** Resta demonstrado nos autos a falta de pagamento do ICMS devido sobre os encargos de conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica, cuja aquisição é firmada mediante contrato denominado CUST – Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – celebrado entre a Autuada, na condição de Consumidor Livre, e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, em operação interna e interestadual. Corretas as exigências de ICMS-ST e multa de revalidação do art. 56, inciso II da Lei 6763/75.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – NOTA FISCAL – FALTA DE EMISSÃO** 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 n.º 6763/75 c/c os arts. 219, § 1º e 220, inciso X do RICMS/02.

**Lançamento precedente. Decisão unânime.**

---

***RELATÓRIO***

O lançamento em epígrafe tem por objeto a falta de recolhimento do ICMS devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica, no período de janeiro a maio/2006 e, ainda, a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativamente à referida conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

Exigiu-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 57, da Lei 6763/75 c/c os arts. 219, § 1º e 220, inciso X do RICMS/02.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 409/417, requerendo a procedência da mesma.

Contrapondo os argumentos da Autuada, o Fisco apresenta Manifestação Fiscal de fls. 519/522, pedindo pela manutenção do lançamento na forma procedida.

A Auditoria Fiscal apresenta parecer conclusivo às fls. 525/530, opinando pela procedência do lançamento.

---

### **DECISÃO**

O presente trabalho tem por objeto exigências fiscais relativas à falta de emissão de documento (obrigação acessória) e de pagamento do ICMS (obrigação principal) devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica, cuja aquisição é firmada mediante contrato denominado CUST – Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – celebrado entre a Autuada, na condição de Consumidor Livre, e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, em operações internas e interestaduais ocorridas no período de janeiro a maio/2006.

Classifica-se como Consumidor Livre aquele "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).

A atividade econômica da Impugnante é a industrialização e comercialização de gases industriais e, na consecução de seu objeto social, adquire em operação interna e interestadual, energia elétrica de diversas concessionárias de transmissão, sendo estas representadas no referido contrato (CUST N° 051/2005) pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS (fls. 24/42).

Depreende-se do estabelecido nas Cláusulas 10ª e 11ª do citado Contrato, que a contrapartida ao uso do sistema de transmissão e de conexão à rede básica, ocorre com o pagamento mensal pelo usuário, no caso a Impugnante, dos “Encargos de Uso da Transmissão”, de conformidade com a regulamentação da ANEEL, cujos valores e composição das parcelas são discriminados no relatório denominado “AVISO DE DÉBITO” emitido pelo ONS (fls. 30/31).

Ressalta-se que já está pacificado o entendimento de que a energia elétrica é mercadoria, ainda que especial, motivo pelo qual é admitida a cobrança de ICMS em relação às operações com a mesma.

Como bem salientou o Fisco, a conexão e uso do sistema de distribuição é atividade-meio indispensável ao fornecimento da energia elétrica e que o novo modelo do setor elétrico brasileiro, que dissociou o acesso aos sistemas de rede e o fornecimento da energia, permitindo uma nova forma de contratação entre os particulares, não pode alterar a incidência do imposto.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, sem razão a Impugnante quando alega que tais aquisições/entradas estariam fora do campo da incidência do ICMS.

A Autuada argumenta que a responsabilidade tributária atribuída a ela foi criada pelo Convênio ICMS 117/04, que elege como responsável tributário o consumidor livre conectado à rede básica.

Neste diapasão, para a Autuada, não há norma válida para atribuir responsabilidade ao adquirente da energia elétrica. As exigências fiscais implicam em nova incidência tributária.

Ora, conforme será demonstrado no decorrer desta decisão, as exigências fiscais veiculadas no Auto de Infração têm como suporte legal a Constituição Federal, leis complementares, Lei 6763/75 e o Convênio ICMS 117/04, obrigatório a todas as Unidades da Federação, que foi implementado, na íntegra, no Anexo IX do Regulamento do ICMS, através do Decreto 43.996/05.

O referido Convênio, na sua redação original, impunha ao consumidor livre e ao autoprodutor que retirasse energia elétrica da rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão, bem como a 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

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.

Parágrafo único. Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o consumidor livre deverá:

I - emitir mensalmente nota fiscal, (...), relativamente à entrada de energia elétrica, onde deverão constar, (...)

O diploma legal acima descrito foi alterado pelo Convênio ICMS 59/05, que manteve as disposições acima referidas, e, posteriormente, pelo Convênio ICMS 135/05, **que estendeu as obrigações principal e acessória a todos os consumidores**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**conectados à rede básica**, aos quais continuou equiparado o autoprodutor que dela retira energia.

Como dito acima, com base no referido Convênio e suas alterações, foi introduzido no Regulamento do ICMS, Anexo IX, conforme consta do seu art. 53-A, a responsabilidade do consumidor conectado à rede básica, prevendo, ainda, de acordo com o convênio, que na emissão da nota fiscal fossem consignados a base de cálculo, alíquota e ICMS devido, como segue:

Art. 53 - A (...)

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;

Importante assinalar, no sentido de atender as prescrições iniciais do Convênio ICMS 117/04, incorporado à legislação mineira, que a Autuada preenche os requisitos necessários para ser classificada como consumidor livre, nos termos do art. 2º, inciso IV, Resolução ANEEL 456, de 29/11/2000.

Assim, para efeito de aplicação das normas jurídicas retro mencionadas a Autuada é uma consumidora livre, pois compra energia elétrica junto a qualquer fornecedor, estando conectada à rede de transmissão de energia elétrica.

Infere-se do art. 53-A, inciso I, alínea “a” que a base de cálculo do ICMS a ser consignada na nota fiscal corresponde exatamente ao 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.

Como se vê, o Auto de Infração está exigindo, tão somente, o complemento da base de cálculo do ICMS que não foi adicionado à base de cálculo utilizada para calcular o ICMS devido à Fazenda Pública mineira, que é pago pela distribuidora ou geradora de energia elétrica, por substituição tributária.

Neste sentido, absolutamente razoável que os Estados possam exigir a parcela do imposto não paga.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, por questões de praticidade (são dezenas de transmissoras conectadas à rede básica, fls. 180/183), a referida parcela que não compõe a base de cálculo para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária é exigida dos destinatários de energia elétrica conectados à rede básica de distribuição de energia elétrica em todo o território nacional, **uniformemente**, através dos convênios retro citados.

Desta forma, diferentemente das alegações da Autuada, está se exigindo o ICMS previsto na hipótese de incidência relativamente à energia elétrica, cujo fato gerador realizou-se integralmente, sendo que parte da prestação cabe à distribuidora ou geradora e parte à destinatária da energia elétrica (refere-se aos encargos por uso do sistema de transmissão de energia elétrica), conforme disposição expressa da legislação tributária.

Ressalte-se, a título ilustrativo, que a sistemática de cobrança do ICMS acima mencionada não é novidade na legislação mineira, existia em outros regimes de substituição tributária do Anexo IX do RICMS/02, principalmente, em relação à parcela do frete FOB, que não era conhecido no momento do cálculo do ICMS por substituição tributária, pelo remetente da mercadoria.

Em razão disto, na norma revogada e na atual, no Anexo XV do RICMS/02, quando a mercadoria entra no estabelecimento do destinatário, cabe a este calcular a parcela do ICMS/ST referente ao valor do frete, que não integrou a base de cálculo do imposto.

Da mesma forma, base de cálculo do ICMS-ST do óleo diesel era o menor preço – base de Betim – e quando o referido produto se destinava a contribuinte localizado fora deste Município (Betim) cobrava-se a diferença relativa à parcela do frete, separadamente.

Nestes casos, existiam dois sujeitos passivos responsáveis pelo pagamento da integralidade da prestação, cada qual responsável por uma parte do imposto devido, conforme previsão na legislação.

Ressalte-se, que o fato gerador do ICMS, nas hipóteses acima descritas, bem como na dos autos, não se realizou parcialmente. **Não há fato gerador parcial. O fato gerador realizou-se integralmente.**

A legislação atual, dispondo sobre o regime de substituição tributária, como regra geral, prevê no art. 19 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

**Art. 19** - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

(...)

3 - o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo; (g.n.)

(...)

§ 2º - Na hipótese do item 3 da alínea "b" do inciso I do *caput* deste artigo:

(...)

III - não sendo possível incluir o valor do frete na base de cálculo, o estabelecimento destinatário recolherá a parcela do imposto a ele correspondente, aplicando a alíquota interna prevista para a mercadoria sobre o valor do frete acrescido do percentual de margem de valor agregado estabelecido para a respectiva mercadoria. (g.n.)

Ora, no caso sob análise, os encargos cobrados dos destinatários relativos à conexão e uso da rede básica, que não foram incorporados à base de cálculo do ICMS por substituição tributária, calculado pela distribuidora ou geradora de energia elétrica, devem compor a base de cálculo para a cobrança do ICMS-ST da Autuada.

No tocante à base de cálculo, não obstante o fato de a Impugnante ter deixado de emitir o documento fiscal, a mesma foi obtida a partir dos relatórios contendo os valores devidos pela conexão e uso do sistema, elaborado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, na forma do disposto no art. 53-B, Anexo IX, do RICMS/02, fls. 08/12, acrescido do montante do próprio imposto conforme se depreende do demonstrativo de fl. 07.

Portanto, aceitar o argumento da Autuada de que há alargamento da hipótese de incidência tributária, é excluir do Fisco o direito a cobrar parte do imposto devido pela realização do fato gerador integralmente, nesta e noutras operações como, por exemplo, naquelas em que o alienante ou remetente deva fazer a substituição tributária e o frete é FOB – não conhecido no momento do cálculo do ICMS-ST.

A interpretação, como quer a Autuada, retira parcela da competência tributária dos Estados, tendo como consequência lógica a inutilidade da substituição tributária para a maioria das operações (que são realizadas com cláusula FOB e o remetente é o substituto tributário), tornando este regime inócuo.

Alega a Autuada que o regime tributário pretendido pelo Convênio ICMS 117/04 afronta a Constituição Federal e que a base de cálculo tem de ser definida por lei complementar.

Ressalte-se, que a legislação mineira obedeceu a Constituição Federal ao implementar a substituição tributária, pois todo regime de substituição tributária que

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

envolve operações interestaduais foi veiculado mediante acordos específicos com os demais Estados Federados e com o Distrito Federal, nos termos do art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “b”, CF, que prevê:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) dispor sobre substituição tributária;

Assim, foi editada a Lei Complementar 87/96, que além de prescrever que o regime de substituição tributária, nas operações interestaduais, art. 9º, dependerá de acordos específicos entre os Estados, que são os convênios e protocolos celebrados nos termos da Lei Complementar nº 24/75, definiu o fato gerador do ICMS, de conformidade com o art. 146, III, “a”, CF, cumprindo o seu papel de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, nos seguintes termos:

§ 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.

Portanto, sem razão a Autuada quando afirma que a incidência do ICMS não obedeceu à regra constitucional.

Relativamente à substituição tributária, prescreve o art. 9º da referida LC 87/96:

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

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

(...)

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Veja-se que a Lei Complementar 87/96, no inciso II acima transcrito, dispõe de forma diversa da alegada pela Autuada, que entende ser “somente o valor da operação da qual decorrer a saída de energia elétrica”, fls. 412.

Neste diapasão, o Convênio 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

**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. (g.n.)

Assim, para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária (inclusive a base de cálculo) é necessário conhecer o momento da ocorrência do fato gerador, especialmente em relação à energia elétrica, cujo **aspecto material** do fato gerador é a entrada, no território do Estado destinatário (art. 2º, § 1º, inciso III da LC 97/96).

Neste sentido, a Lei Complementar 87/96, no seu art. 12, dispôs sobre o momento da ocorrência, **aspecto temporal**, do fato gerador, *in verbis*:

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

(...)

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

(...)

Ora, não há dúvida que o art. 12 está a tratar do aspecto temporal do fato gerador, isto é, o momento em que ele considera finalizado, realizado, ou seja, quando da entrada no território deste Estado de energia elétrica oriunda de outra Unidade da Federação.



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, definido o momento da ocorrência do fato gerador, **é necessário analisar a base cálculo prevista para a operação**, que deve obedecer ao art. 146, III, “a” da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

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;

Neste sentido, a base de cálculo para as operações com energia elétrica foi definida pelo art. 13, inciso VIII e parágrafo 1º, inciso I, da LC 87/96, *in verbis*:

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

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do **caput** deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle; (g.n.)

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. (g.n.)

Portanto, a base de cálculo a ser adotada para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária é o valor de que decorrer a entrada da energia elétrica, **inclusive todas as demais despesas ou encargos cobrados do destinatário**, conforme prescreve objetivamente o art. 13, inciso VIII e § 1º da LC 87/96 acima descrito.

Ora, vê-se, claramente, que não há nova hipótese de incidência tributária, como quer a Impugnante. **O fato gerador, frise-se, ocorreu integralmente**, porém há dois sujeitos passivos na consequência normativa.

Desta forma, não há novo tributo. Há, isto sim, na composição da base de cálculo a parcela relativa aos encargos que não havia sido incorporada à mesma, quando da apuração do ICMS-ST pelo gerador ou distribuidor da energia elétrica.

**Ressalte-se, novamente, não há fato gerador parcial no caso sob análise.**

Da forma como quer a Impugnante, o imposto será sempre pago a menor, contrariando disposição expressa da LC 87/96, a quem cabe, pelo sistema tributário da Constituição, definir a base de cálculo do ICMS (art. 146, III, "a", CF).

Por outro lado, não assiste lhe à Autuada razão nas alegações de fls. 412, sobre legislação tributária mineira, pois a mesma foi editada dentro da competência atribuída ao Estado, respeitando os ditames da Constituição, das Leis Complementares 87/96, 24/75 e CTN e Convênios, prevendo a incidência do ICMS de energia elétrica na entrada no território mineiro.

Em seguida, a referida incidência foi submetida ao regime de substituição tributária, conforme previsão expressa na Lei 6763/75, nos seguintes termos:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

6) a empresa de outra unidade da Federação que gere, distribua ou comercialize energia elétrica, com destino a adquirente situado neste Estado e não destinada à industrialização ou comercialização, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou a importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final. (g.n.)

Posteriormente, a partir da edição da Lei 15.425/04, passou a existir, legalmente, previsão de responsabilidade solidária para o adquirente situado neste Estado que receber energia elétrica sem retenção ou com retenção a menor do imposto. Evidentemente que esta responsabilidade é por descumprimento de dever legal, fundamentada no art. 121, § único, inciso II do CTN. A dicção do § 21 do artigo 22 da Lei 6763/75 (e alterações) é, *in verbis*:

§ 21 - A responsabilidade prevista nos itens 5 e 6 do § 8º deste artigo será atribuída ao destinatário, situado neste Estado, de energia elétrica e petróleo, lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados cuja operação ocorra sem retenção ou com retenção a menor do imposto.

Finalmente, por questões de praticidade, de eficiência, parcela da base de cálculo da substituição tributária ficou a cargo do destinatário da energia elétrica, especialmente a parcela referente ao valor total pago a todas as transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, com eficiente controle do pagamento do ICMS, dentro da configuração constitucional do referido imposto.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste diapasão, frise-se, em decorrência do Convênio ICMS 117/04, o art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02 prescreve:

**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.

Ressalte-se, o Regulamento do ICMS – em sintonia com os convênios acima citados, com a Lei Complementar nº 87/96, com o CTN – para não deixar dúvida dispôs, expressamente, que na hipótese de atribuição de responsabilidade ao destinatário pela parcela relativa pela conexão e uso dos sistemas de transmissão da energia elétrica, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, observará o disposto no Anexo XV – que são as regras gerais de substituição tributária, atualmente em vigor. Veja-se:

**Art. 51** - Os responsáveis abaixo relacionados, na condição de sujeitos passivos por substituição, observarão o disposto no Anexo XV:

I - o estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situado em outra unidade da Federação;

**II - o consumidor livre conectado à rede básica ou o autoprodutor que retirar energia da rede básica.** (g.n.)

Assim, sem razão a Impugnante quando alega que não há respaldo normativo válido para atribuir responsabilidade à adquirente e Autuada.

A responsabilidade tributária do ICMS prevista no Convênio ICMS 117/04, na parcela do ICMS devido por substituição tributária que especifica, foi veiculada por instrumento normativo válido – **convênio** - celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/75, de conformidade com o art. 9º da Lei Complementar 87/96, editada em face da exigência da Constituição Federal, art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “b”.

Portanto, correta a responsabilidade tributária atribuída à Autuada, em razão de estar conectada e utilizar a rede de distribuição de energia elétrica como consumidor livre.

Importante salientar, que a legislação acima não alterou o conteúdo de institutos do direito civil utilizados expressa ou implicitamente pela Constituição Federal para fazer imposição tributária não prevista constitucionalmente. O legislador dos convênios e o estadual mantiveram-se fiéis aos conceitos da Constituição.

É importante ressaltar, que já existiam na legislação tributária mineira disposições atribuindo responsabilidade ao destinatário de mercadorias por descumprimento do dever legal do alienante/remetente.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, o Convênio ICMS 117/04, em relação à legislação mineira não trouxe inovações, mas o referido Convênio foi editado com o fim de uniformizar procedimentos entre as Unidades Federadas.

Realmente a legislação mineira prevê todas as hipóteses ora anunciadas pelo referido Convênio, relativamente à base de cálculo e outras obrigações.

Todavia, pela dicção do art. 22, § 21 da Lei 6763/75 c/c o art. 89 do RICMS/02, caso os substitutos tributários não retenham ou retenham a menor o ICMS devido por substituição tributária, na forma e nos prazos fixados na legislação, a obrigação tributária devida pelo destinatário estaria vencida, sujeitando-se lhe ao pagamento do imposto e penalidades.

O art. 89, inciso III do RICMS/02, dispõe:

Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença;

Neste sentido, a solução dada pelo legislador do Convênio ICMS 117/04, e, por conseqüência, as alterações implementadas na legislação estadual mineira excluiu esta possível punição, visto que, por questões operacionais, a solução do referido Convênio oferece maior praticidade, evitando multas desnecessárias, pelo descumprimento da obrigação principal.

Por outro lado, o trabalho fiscal encontra-se bem elaborado, instruído e fundamentado adequadamente na legislação tributária, sendo que as planilhas e documentos constantes dos Anexos juntados pelo Fisco ao Auto de Infração permitem a compreensão da matéria objeto da lide.

A apuração da parcela do imposto devido foi correta, demonstrativo de fls. 07 e planilhas mensais de fls. 08/12, elaborada de conformidade com o disposto no art. 53-B do Anexo IX do RICMS/02, bem como os documentos dos fornecedores de energia elétrica.

Relativamente à multa isolada aplicada, embora não tenha sido contestada pela Autuada, a referida multa foi capitulada e graduada corretamente, conforme demonstrativo da planilha sintética de fls. 17, elaborada de acordo com o critério objetivo previsto na legislação tributária, nos seguintes termos:

1) Na Lei 6763/75:

Art. 57 - As infrações para as quais não haja penalidade específica serão punidas com multa de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

500 (quinhentas) a 5.000 (cinco mil) UFEMGs, nos termos de regulamento.

### 2) No RICMS/02:

Art. 219 - A infração para a qual não haja penalidade específica será punida com multa de 500 (quinhentas) a 5.000 (cinco mil) UFEMG, observado o disposto no artigo seguinte.

§ 1º - A multa de que trata o *caput* deste artigo será calculada em função do valor da prestação de serviço, da operação ou da mercadoria a que se referir à infração, ou, na falta deste, com base no valor total das saídas de mercadorias do estabelecimento ou das prestações de serviços, no mês em que tenha ocorrido a infração. (g.n.)

Art. 220 - A multa prevista no artigo anterior será aplicada, tendo por base os valores previstos nos §§ 1º e 2º do referido artigo, sob o seguinte critério:

(...)

X - valores superiores a 100.000 (cem mil) UFEMG: multa de 5.000 (cinco mil) UFEMG.

A Auditoria Fiscal do CC/MG afirmou com razão que as jurisprudências trazidas ao PTA pela Impugnante não colaboram no seu esclarecimento. A primeira, ainda que apresente elementos comuns, trata de tema diverso, qual seja, a não incidência do imposto na habilitação de aparelho celular, na prestação de serviço de comunicação (fls. 463/474). As demais se referem à discussão sobre a não-incidência do ICMS sobre o contrato de reserva de demanda, diferentemente do caso que ora se examina, o qual diz respeito à energia elétrica efetivamente consumida.

Portando, restando caracterizada a ocorrência do fato gerador (aquisição de energia elétrica), comprovado o não cumprimento das obrigações principal (pagamento do imposto) e acessória (emissão de documento), tendo sido identificado o sujeito passivo, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, consolidadas no “Demonstrativo do Crédito Tributário” de fl. 07, e não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento promovido pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Edvaldo Ferreira.

**Sala das Sessões, 26/09/07.**

**Luiz Fernando Castro Trópia**

**Presidente**

**Mauro Heleno Galvão**  
**Relator**

CC/MIG