

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.177/11/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168023-98
Impugnação: 40.010128758-13
Impugnante: Arcelormittal Inox Brasil S.A.
IE: 687013342.03-52
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro (s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA. Constatado que a Autuada não recolheu o ICMS incidente sobre os encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75. Entretanto, a data de vencimento da obrigação, para efeitos de cálculo dos juros de mora, deve ser aquela prevista no art. 85, inciso I, alínea “c”, subalínea “c1” da Parte Geral do RICMS/02.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado 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 art. 53-A, parágrafo único, inciso I, Anexo IX do RICMS/02. Exige-se a penalidade isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75. Entretanto, exclui a multa isolada por inaplicável à espécie. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/01/05 a 31/12/09, devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica, bem como sobre a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativa à referida conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII, ambos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1559/1578, acompanhada dos documentos de fls. 1579/1615, onde sustenta:

- que o Fisco deve averiguar se no valor das faturas de janeiro de 2006 está incluído valores referentes aos meses anteriores, alcançados pela decadência. E que o crédito tributário seja reformulado, excluindo os valores decaídos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a ausência de incidência do ICMS/energia elétrica e do ICMS/transporte na contratação do uso do sistema de transmissão de energia elétrica;
- a impossibilidade de inclusão dos encargos de conexão e do uso do sistema de transmissão na base de cálculo do ICMS/energia elétrica;
- a impossibilidade de caracterização dos encargos de conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica como remuneração de serviços de transporte tributável pelo ICMS;
- que há jurisprudência no TJMG e no STJ sobre o tema, e que o mesmo se aplica analogicamente ao caso em tela;
- que não há na Lei Complementar nº 87/96, qualquer previsão que admita a cobrança de ICMS sobre os encargos de conexão e uso do sistema de transmissão. Ratifica tal afirmação destacando o Projeto de Lei Complementar nº 352/02, ainda em tramitação no Congresso Nacional, que busca fazer o ICMS alcançar a todas as etapas, desde a produção até a distribuição, de energia elétrica; inclusive agregando na base de cálculo do imposto: todos os encargos, tais como os de geração, importação, conexão, conversão, transmissão e distribuição, em relação à entrada de energia elétrica;
- a inexistência do dever de emissão de notas fiscais de entrada em relação a fatos estranhos ao ICMS;
- o cancelamento da autuação em função da utilização da energia elétrica no processo de industrialização e cita que a própria CEMIG não emite nota fiscal de saída para os encargos de uso do sistema de transmissão, mas faturas;
- a reformulação do Auto de Infração com novos cálculos dos juros de mora efetivamente devidos, já que os cálculos do Fisco não respeitaram a real data de vencimento prevista no art. 85, I, “c”, “c.1” da Parte Geral do RICMS/02, c/c art. 53-A do Anexo IX do mesmo regulamento;
- o cancelamento da multa isolada por ausência de tipicidade e por afronta à vedação do confisco. E caso não seja cancelada, que a mesma seja reduzida por razões de vedação do confisco, boa-fé e equidade.

O Fisco comparece aos autos às fls. 1617/1631, refuta os fatos alegados em defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1634/1650, opina pela procedência parcial do lançamento, para adotar como data de vencimento da obrigação o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador e excluir a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75, por inaplicável à espécie.

DECISÃO

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Preliminarmente, pleiteia a Impugnante que seja baixado os autos em diligência, uma vez que o Fisco informou no Relatório do Auto de Infração, que a fiscalização compreende o período de 01/01/05 a 31/12/09, enquanto o Demonstrativo do Crédito Tributário inicia-se no mês de janeiro/06.

Pede a defesa que averigue se ao período de 2006 foram acrescentadas as operações realizadas em 2005, o que, se positivo, demandaria a exclusão das parcelas por força da decadência.

Em sua Manifestação Fiscal, sustenta o Fisco que o levantamento referente ao mês de janeiro de 2006, compreende as faturas de fls. 302/341, nas quais constam o período de competência e as datas de emissão posteriores a 01/01/06.

Analisando a planilha de fls. 16/19, operações essas declaradas pelo Operador Nacional do Sistema – ONS, verifica-se que a diferença de valores entre os demais períodos se refere à fatura da CEMIG, no valor de R\$ 18.103.456,89(dezoito milhões, cento e três mil, quatrocentos cinquenta e seis reais e oitenta e nove centavos), ratificando os valores adotados pelo Fisco e justificando o valor “incomum” apontado pela defesa.

Ao englobar operações de 2005 na planilha de 2006, não se verifica qualquer prejuízo à Impugnante, pois ao contrário, o resultado adverso cabe ao Fisco, em face do cálculo dos juros de mora.

No que compreende a discussão sobre a aplicabilidade do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, sem razão a defesa.

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

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

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4.º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).".
TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA
DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n° 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

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

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

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agro Regimental no Recurso Especial n° 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG
RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/10, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração, em 02 de dezembro de 2010.

Quanto ao mérito propriamente dito, a autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS no período de 01/01/05 a 31/12/09, devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica, bem como sobre a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativa à referida conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

As exigências fiscais veiculadas no Auto de Infração têm como suporte legal a Constituição Federal, leis complementares, Lei nº 6763/75 e convênio ICMS, norma cogente para todas as Unidades da Federação.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 146 estabelece:

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

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Relativamente à substituição tributária, prescreve a norma constitucional que a matéria será normatizada por lei complementar, nos termos da alínea “b” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88, como se segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

(...)

Para viabilizar o texto constitucional, o art. 6º da LC nº 87/96 destaca que “Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário”.

Assim, a partir da edição da Lei nº 15.425/04, passou a existir previsão legal de responsabilidade solidária para o destinatário 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, parágrafo único, inciso II do CTN. A dicção do § 21 do art. 22 da Lei nº 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 e eficiência, a 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.

Noutro giro, prescreve o art. 9º da mencionada Lei Complementar nº 87/96 que:

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

Neste 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. (Grifou-se)

Posteriormente, o Convênio ICMS 117/04, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 nº 59/05, que manteve as disposições acima referidas, e, posteriormente, pelo Convênio ICMS nº 135/05, que estendeu as obrigações principal e acessória a todos os consumidores conectados à rede básica, aos quais continuou equiparado o autoprodutor que dela retira energia.

Com base no referido Convênio e suas alterações introduziu-se 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 que a Autuada preenche os requisitos necessários para ser classificada como consumidor livre, no sentido de atender as prescrições do Convênio ICMS nº 117/04, incorporado à legislação mineira.

Neste sentido, o art. 2º, inciso IV da Resolução ANEEL nº 456, de 29/11/00, define o consumidor livre como “consumidor que pode optar pela compra de energia elétrica junto a qualquer fornecedor”.

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 a rede de distribuição de energia elétrica.

Portanto, a incidência do ICMS, obedeceu à regra constitucional, pois todo o ordenamento jurídico retro transcrito tem como matriz a Constituição Federal.

Por outro lado, para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária é necessário conhecer o momento da ocorrência do fato gerador, especialmente em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 nº 97/96).

Neste sentido, a Lei Complementar nº 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)

(...) (Grifou-se)

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.

Em seguida, a referida incidência foi submetida ao regime de substituição tributária, conforme previsão expressa na Lei nº 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. (Grifou-se)

Neste diapasão, frise-se, em decorrência do Convênio ICMS nº 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.

Relativamente ao autoprodutor de energia elétrica dispõe o Anexo IX do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 53-C - Para os efeitos do disposto nos arts. 53-A e 53-B desta Parte, o autoprodutor equipara-se ao consumidor sempre que retirar energia elétrica da rede básica, devendo, em relação a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

essa retirada, cumprir as obrigações previstas no art. 53-A.

Ressalte-se que o Regulamento do ICMS, em sintonia com os convênios anteriormente citados, com a Lei Complementar nº 87/96 e com o Código Tributário Nacional - CTN – para não deixar dúvida, dispôs expressamente que, na hipótese de atribuição de responsabilidade ao destinatário pela parcela relativa ao uso e a conexão na rede de distribuição, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, observar-se-á 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.
(Grifou-se)

Assim, verifica-se a existência do espectro normativo válido para atribuir responsabilidade à adquirente e Autuada. A responsabilidade por substituição tributária do ICMS prevista no Convênio ICMS nº 117/04, na parcela que especifica, foi veiculado por instrumento normativo válido (convênio), celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/75, de conformidade com o art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, editada em face da exigência da Constituição Federal (art. 155, § 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.

No tocante à base tributável adotada pelo Fisco, 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.

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 subsequentes:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo; (Grifou-se)

(...)

§ 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. (Grifou-se)

Da mesma forma, ocorre 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 da Autuada.

Neste sentido, a base de cálculo para as operações com energia elétrica foi definida pelo art. 13, inciso VIII e § 1º, inciso I, da LC nº 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;

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. (Grifou-se)

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, incluindo-se todas as demais despesas ou encargos cobrados do destinatário, conforme prescreve objetivamente o art. 13, inciso VIII e § 1º da LC nº 87/96 acima descrito.

Ora, vê-se, então, claramente, que não há nova hipótese de incidência tributária. O fato gerador ocorre integralmente, porém há dois sujeitos passivos na consequência normativa. O que há, sim, é a inclusão na base de cálculo da energia elétrica, da parcela relativa aos encargos do sistema de transmissão, que, originalmente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não é incorporado à mesma, quando da apuração do ICMS/ST pelo gerador de energia elétrica.

O art. 43 do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 confirma o exposto acima.

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

XI - no recebimento, pelo destinatário situado em território mineiro, de energia elétrica e de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto, o valor da operação de que decorrer a entrada, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente ou destinatários, mesmo que devidos a terceiros;

(...).(Grifou-se)

O Anexo XV do mesmo decreto apresenta, em seus arts. 69 e 71 as seguintes determinações:

Art. 69 - A base de cálculo a ser adotada pela empresa de outra unidade da Federação que fornecer energia elétrica a adquirente situado neste Estado e não destinada a comercialização ou a industrialização da própria energia é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor, nele computados todos os encargos relacionados ao fornecimento de energia elétrica cobrados do recebedor, mesmo que devidos a terceiros.

Art. 71 - A base de cálculo a ser adotada na hipótese do artigo anterior é 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.

O que se tem, portanto, é o fato de que, por conveniência da legislação do setor elétrico (ANEEL), a parcela da base de cálculo das operações interestaduais com energia elétrica (substituição tributária) ficou a cargo do destinatário da energia, especialmente a parcela referente ao valor total pago a todas as transmissoras pela conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica, e que, por meio de complementação do pagamento do imposto, por parte do destinatário, por força legal, deve ser incorporada à integralidade da referida base de cálculo.

Conclui-se, portanto, que a legislação tributária mineira, editada dentro da competência tributária atribuída ao Estado, respeitando os ditames da Constituição Federal, das Leis Complementares nºs 87/96 e 24/75, CTN e Convênios, confirma plenamente o trabalho realizado neste Auto de Infração, jogando por terra toda a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

argumentação da Impugnante no tocante à ausência de incidência do ICMS e da impossibilidade de inclusão dos encargos de conexão e uso do sistema de transmissão na base de cálculo do “ICMS-Energia Elétrica”.

Note-se que o Fisco não está a falar sobre transporte de energia elétrica, mas sobre a inclusão do custo da transmissão na base de cálculo do imposto devido por substituição tributária.

Noutra linha de argumentação, a Impugnante carrega aos autos decisões judiciais sobre o tema objeto do lançamento. Porém, não constituem matéria a ser apreciada pelo Conselho de Contribuintes, por força do óbice contido no art. 110 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Não obstante o entrave acima mencionado, não custa reproduzir decisão do TJMG, sobre a matéria, demonstrando que a situação não se encontra pacificada nos Tribunais. Eis a ementa:

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

RELATOR: EDUARDO ANDRADE

RELATOR DO ACÓRDÃO: EDUARDO ANDRADE

DATA DO JULGAMENTO: 13/03/2007

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/03/2007

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

Outra questão posta pela defesa diz respeito à dispensa de recolhimento do imposto quando a mercadoria adquirida for destinada à comercialização ou industrialização do próprio produto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com a edição da Lei nº 14.699/03, restou explicitado que o óleo combustível e a energia elétrica devem ser destinados à comercialização ou industrialização deles próprios, para que adquiram a dispensa de recolhimento do ICMS na entrada de tais produtos em território mineiro, a teor da regra contida no inciso VII do art. 6º da Lei nº 6763/75, a saber:

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;

Assim, não há que se falar em dispensa do imposto, pois não há industrialização da energia elétrica, mas sim a sua utilização como força motriz no processo produtivo.

Noutro ângulo, entende a Impugnante que a dispensa de recolhimento do imposto encontra amparo na disposição do art. 18 do Anexo XV do RICMS/02, que “veda a aplicação da substituição tributária quando se tratar de operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem”.

O dispositivo em questão contém o seguinte comando:

Art. 18. A substituição tributária de que trata esta Seção não se aplica:

IV - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Sem razão a Defesa, no entanto, pois o equívoco decorre da análise individual do inciso, sem se ater ao conteúdo do *caput*. Neste caso, a inaplicabilidade da substituição tributária se restringe ao regramento contido na seção, que cuida exclusivamente “**Da Responsabilidade do Alienante ou do Remetente da Mercadoria pelo Imposto Devido nas Operações Subsequentes ou na Entrada de Mercadoria em Operação Interestadual**”.

No caso dos autos, trata-se de uma substituição tributária atípica, que não se refere a uma operação subsequente, mas sim à complementação da base de cálculo da energia elétrica adquirida.

Quanto eventuais análises sobre projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, tal prerrogativa não se encontra no rol de competências do CC/MG. Mas, em relação a eles, como bem destacou o Fisco, não se vislumbra qualquer alteração legislativa que se refira à incidência nova do tributo, buscando, ao contrário, esclarecer uma situação pré-existente.

Destaque-se, por oportuno, que a legislação mineira 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos convênios e o estadual mantiveram-se fiéis aos conceitos da Constituição, não havendo qualquer ofensa ao disposto nos arts. 109 e 110 do CTN.

Noutra toada, reclama a Impugnante das multas aplicadas, entendendo serem descabidas por ofensa ao princípio do não confisco e, em especial, no tocante à multa isolada, pela não ocorrência dos fatos geradores imputados pelo Fisco e pela inexistência de dever de emissão de notas fiscais de entrada.

A ocorrência dos fatos geradores já foi tratada acima.

No que tange a uma possível ofensa aos princípios constitucionais, a matéria não se encontra sob competência do Conselho de Contribuintes, por força do óbice contido no inciso I do art. 110 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Por outro lado, não se pode falar em falta de previsão legal para emissão da nota fiscal de entrada, nos termos do art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02.

Importante lembrar que, nos termos do § 2º do art. 113 do CTN, a “obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

Eventual ilícito tributário praticado pela CEMIG, pela não emissão da nota fiscal correspondente à parcela dos custos de transmissão e conexão, não deve ser objeto de análise nestes autos, pois se trata de matéria sujeita à apreciação do Fisco, por ocasião de eventuais lançamentos tributários.

No caso dos autos, no entanto, a Multa Isolada aplicada merece uma melhor análise, uma vez que o Fisco aplicou a penalidade prevista no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75. O dispositivo em comento assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVIII - por deixar de emitir nota fiscal referente a entrada de mercadoria, no prazo e nas hipóteses previstos na legislação tributária - 10% (dez por cento) do valor da operação.

Como se observa, a tipificação prevista na norma busca resguardar os interesses da Fazenda Pública em relação à entrada de mercadoria no estabelecimento.

Muito embora não existam quaisquer dúvidas sobre a conceituação da energia elétrica como mercadoria, no caso dos autos não se trata de entrada da energia sem documentação fiscal, mas sim da ausência de uma nota fiscal de entrada que complemente a base de cálculo determinada pela legislação mineira, ou seja, incorporando-se ao custo da energia elétrica, as despesas com a conexão e transmissão da mencionada energia elétrica.

Assim, não é o caso de se exigir a penalidade capitulada pelo Fisco, por entrada de energia elétrica desacompanhada de documento fiscal, pois tais entradas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ocorreram amparadas por documentos fiscais emitidos pelos estabelecimentos que comercializaram a energia elétrica.

De igual modo, não se aplica a penalidade do art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75, pois não se trata de consignar base de cálculo diversa da prevista em documento fiscal que acobertar a operação, pois no caso ora em análise, a nota fiscal de entrada não acoberta a aquisição de energia elétrica, mas sim os encargos que compõem a base de cálculo.

Cabível, portanto, a Multa Isolada prevista no art. 57 da Lei nº 6763/75, que assim dispõe:

Art. 57 - As infrações para as quais não haja penalidade específica serão punidas com multa de 500 (quinhentas) a 5.000 (cinco mil) UFEMGs, nos termos de regulamento.

Exatamente este foi o entendimento da 2ª Câmara de Julgamento ao exarar a decisão contida no Acórdão 17.406/07/2ª, com a seguinte ementa:

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

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

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

Pelo exposto, há de se excluir a penalidade isolada aplicada.

Pede, ainda, a defesa, a reformulação do Auto de Infração, com novos cálculos dos juros de mora, uma vez que os cálculos do Fisco não respeitaram a real data de vencimento prevista no art. 85, inciso I, alínea “c”, subalínea “c.1” da Parte Geral do RICMS, c/c art. 53-A do anexo IX do mesmo regulamento.

Os dispositivos em questão preveem que o vencimento do ICMS, no caso da Autuada, será no mesmo prazo estabelecido para o recolhimento relativo às suas operações ou prestações do mês de emissão da nota fiscal, ou seja, o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador.

Sustenta o Fisco que a Impugnante não se enquadra no dispositivo citado, por força da regra estampada no art. 89, inciso I da parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89 - 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:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Do mesmo modo que em relação à penalidade isolada acima analisada, o dispositivo se refere à ausência de nota fiscal na entrada ou saída de mercadoria.

Como visto anteriormente, a hipótese é de documento fiscal para agregar o custo final da energia (geração e transmissão) à base de cálculo. Assim, o pedido da Impugnante deve ser atendido, lançando-se como vencimento da obrigação o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada prevista no inciso XXVIII do art. 55 da Lei nº 6763/75, por inaplicável à espécie, e adotar como data de vencimento da obrigação o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador. Vencidos, em parte, os Conselheiros Raimundo Francisco da Silva (Relator) e Ivana Maria de Almeida que não excluía a multa isolada. Designado relator o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Henrique Napoleão Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 04 de maio de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator/Designado

CAMA/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.177/11/2ª
PTA/AI: 01.000168023-98 Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010128758-13
Impugnante: Arcelormittal Inox Brasil S.A.
IE: 687013342.03-52
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

Voto proferido pelo Conselheiro Raimundo Francisco da Silva, 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 restringe-se à exclusão da Multa Isolada prevista no inciso XXVIII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sob o entendimento de que referida penalidade não se adéqua à infração cometida pela Autuada, eis que as notas fiscais que deixou de emitir não se referem à entrada de mercadoria, pressuposto para a aplicação da mesma.

Com a devida vênia, não comungo da interpretação dada à matéria, não obstante a bem articulada argumentação exposta no parecer da douta Assessoria do CC/MG – louvando-se inclusive em precedente desta Egrégia 2ª Câmara –, acolhida pelos respeitáveis votos vencedores.

Com efeito, no caso concreto, tendo em vista a sua condição de consumidor livre (por que conectada diretamente à rede de distribuição básica), a Autuada estava obrigada tanto ao pagamento do imposto ora exigido quanto à emissão das notas fiscais referentes à entrada/consumo da energia elétrica, constando, dentre outras informações, o valor pago às transmissoras pela conexão e uso do sistema de transmissão, obrigação esta decorrente das disposições do Convênio ICMS nº 117/04, incorporadas à legislação mineira nos seguintes termos:

RICMS/02, Anexo IX:

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

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

I - emitir Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...).

Trata-se, pois, do inadimplemento de obrigações principal e acessória, ambas de responsabilidade da Autuada e diretamente relacionadas à entrada/consumo de energia elétrica, conforme previsão expressa da legislação.

Cumpre, portanto, verificar se a penalidade capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75 foi corretamente aplicada (ou não, como entendem os votos majoritários), observando-se que a falta de emissão das referidas notas fiscais é fato incontroverso nos autos, eis que admitida pela própria Impugnante.

Para uma melhor análise da questão, transcreve-se abaixo o texto legal objeto da divergência interpretativa, cujo teor é o seguinte:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVIII - por deixar de emitir nota fiscal referente a entrada de mercadoria, no prazo e nas hipóteses previstos na legislação tributária - 10% (dez por cento) do valor da operação.

(...)

Pois bem. Fundamentam-se os votos vencedores no entendimento de que as notas fiscais que a Autuada deixou de emitir não se referem à entrada da energia elétrica, mas simplesmente à complementação da base de cálculo do ICMS/ST incidente sobre a referida entrada (no caso, o valor pago às transmissoras da energia). Assim, a conduta da Autuada não se enquadraria na hipótese da norma punitiva acima, pelo que a multa adequada à espécie seria aquela prevista no art. 57 da mesma lei (infração para a qual não exista penalidade específica).

Com todo o respeito que merecem aqueles que assim entendem, penso que a falta de emissão das referidas notas fiscais encontra-se perfeitamente enquadrada na mencionada norma.

Ora, seguindo-se a mesma linha de raciocínio adotada pelos mesmos, se a nota fiscal se refere à complementação da base de cálculo do ICMS/ST incidente na entrada da energia, obviamente que a mesma somente pode se referir a esta operação de entrada, cuja finalidade é documentar e possibilitar o registro e escrituração fiscal do custo total de aquisição da energia elétrica, assim entendido o preço da energia em si (faturado pelo fornecedor), acrescido dos custos de conexão e utilização dos sistemas de transmissão (estes, pagos diretamente às transmissoras, com base em relatório específico cuja elaboração compete ao Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS).

Vale dizer, ainda que não destinadas ao acobertamento fiscal da entrada da energia em si, referem-se a esta operação (e não a qualquer outra, que, a rigor, nem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

existe na espécie), no tocante à complementação de seu valor. E assim o é em razão da clara inviabilidade técnica e operacional do fornecedor em incluir os referidos custos na nota fiscal de faturamento da energia elétrica, tanto assim que somente são conhecidos a *posteriori*, mediante a elaboração de relatório discriminativo dos valores devidos a cada transmissor, a cargo do ONS.

E nem se queira argumentar que, se realmente as notas fiscais são referentes à entrada da energia, a multa aplicável pela falta de sua emissão seria aquela do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Pedindo vênia uma vez mais, pensar assim seria incorrer em novo equívoco, uma vez que a multa do inciso II (no caso, por entradas desacobertas) se aplica à falta de nota fiscal destinada a acobertar a entrada da mercadoria, que, aí sim, não é a hipótese dos autos, como já se viu acima.

Assim, concluo no sentido de que, caso se tratasse da falta de emissão de nota fiscal pelo fornecedor (referente ao fornecimento em si da energia), realmente a hipótese seria de aplicação da multa do inciso II, porém, no presente caso trata-se da falta de emissão das notas fiscais pelo destinatário da mercadoria (ainda que também referente à entrada da mesma), pelo que a penalidade prevista no inciso XXVIII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 foi corretamente aplicada à espécie, devendo também ser mantida.

Com estas singelas considerações, julgo procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 04 de maio de 2011.

**Raimundo Francisco da Silva
Conselheiro**