

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.107/11/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000167519-71
Impugnação: 40.010128776-38
Impugnante: Nova Era Silicon SA
IE: 447437112.00-77
Proc. S. Passivo: Leonardo Guedes de Carvalho/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – ENERGIA ELÉTRICA - ENCARGOS. 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 capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75. A data de vencimento da obrigação, no entanto, 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 – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL – ENERGIA ELÉTRICA – ENCARGOS. 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, parágrafo único, inciso I, Anexo IX do RICMS/02. Exigência da penalidade isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75, que ora se exclui, por inaplicável à espécie dos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento é decorrente da falta de recolhimento do ICMS devido, sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica, bem como da falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativa à referida conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

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

O processo encontra-se instruído com os seguintes documentos: Auto de Infração – AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04/05); Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF nº 313.2010.062 (fls. 06); Planilha Encargos do Uso do Sistema de Transmissão Rede Básica conforme informado no Sintegra (fls. 08/13); Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF nº 313.2010.065 (fls. 15/16); Planilha Encargos do Uso do Sistema de Transmissão Rede Básica (fls. 18/26); Cópia do Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (fls. 28/45); Anexo I – Relação das Concessionárias de Transmissão Autorizadas (fls. 46); Anexo II – Montantes de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Uso do Sistema de Transmissão (fls. 47); Termo Aditivo nº 01 ao CUST nº 011/2004 (fls. 48/52); Anexo III – Montantes de Uso do Sistema de Transmissão (fls. 53); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 54/78); documentos referentes ao Anexo I – Janeiro/2005 (fls. 79/114); documentos referentes ao Anexo II – Fevereiro/2005 (fls. 115/150); documentos referentes ao Anexo III – Março/2005 (fls. 151/187); documentos referentes ao Anexo IV – Abril/2005 (fls. 188/224); documentos referentes ao Anexo V – Maio/2005 (fls. 225/263); documentos referentes ao Anexo VI – Junho/2005 (fls. 264/303); documentos referentes ao Anexo VII – Julho/2005 (fls. 304/342); documentos referentes ao Anexo VIII – Agosto/2005 (fls. 343/378); documentos referentes ao Anexo XI – Setembro/2005 (fls. 379/415); documentos referentes ao Anexo X – Outubro/2005 (fls. 416/453); documentos referentes ao Anexo XI – Novembro/2005 (fls. 545/498); documentos referentes ao Anexo XII – Dezembro/2005 (fls. 495/537); documentos referentes ao Anexo XIII – Janeiro/2006 (fls. 538/582); documentos referentes ao Anexo XIV – Fevereiro/2006 (fls. 583/626); documentos referentes ao Anexo XV – Março/2006 (fls. 627/671); documentos referentes ao Anexo XVI – Abril/2006 (fls. 672/716); documentos referentes ao Anexo XVII – Maio/2006 (fls. 717/759); documentos referentes ao Anexo XVIII – Junho/2006 (fls. 760/804); documentos referentes ao Anexo XIX – Julho/2006 (fls. 805/850); documentos referentes ao Anexo XX – Agosto/2006 (fls. 851/894); Documentos referentes ao Anexo XXI – Setembro/2006 (fls. 895/941); documentos referentes ao Anexo XXII – Outubro/2006 (fls. 942/986); documentos referentes ao Anexo XXIII – Novembro/2006 (fls. 987/1031); documentos referentes ao Anexo XXVI – Dezembro/2006 (fls. 1032/1079); extrato do SICAF – Inclusão da Data de Recebimento (fls. 1080).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1081/1.125, com documentos juntados às fls. 1.126/1.330, alegando, em síntese, que:

- ocorreu a decadência do direito de lançar relativamente aos fatos geradores anteriores a agosto de 2005, entendendo aplicável ao caso o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN;

- as exigências fiscais não recaem sobre a aquisição de energia elétrica, mas sobre os encargos de conexão e uso do sistema de transmissão da rede básica e que trata-se de uma única operação (aquisição de energia elétrica) decomposta em duas etapas distintas (aquisição propriamente dita e distribuição);

- as regras relativas às aquisições de energia elétrica não se aplicam ao seu modelo operacional, pois as exigências sobre os encargos de conexão e transmissão atingem apenas a energia elétrica adquirida de fora do Estado, enquanto suas aquisições são realizadas junto ao estabelecimento distribuidor da CEMIG, juntando contrato celebrado entre as partes;

- por se tratar de estabelecimento exportador, tem assegurada a manutenção dos créditos, inclusive de energia elétrica;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há como se cogitar de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes ao recolhimento da parcela do ICMS, cuja responsabilidade é do adquirente da energia elétrica, porque não se trata de operação interestadual;

- o valor da operação, para fins de cobrança do imposto, não se presta para caracterizar o valor da operação para fins de cálculo das multas, por ausência de previsão legal, sendo necessária a exclusão daqueles valores que correspondam à adição do próprio ICMS.

Pede:

- a realização de diligência fiscal ou alternativamente a produção de prova pericial para fins de demonstrar o equívoco cometido pela Fiscalização na apuração do crédito tributário supostamente devido, formulando quesitos às fls. 1124/1125 e indicando assistente técnico;

- a exclusão das exigências pertinentes ao período decaído;

- o cancelamento do Auto de Infração;

- alternativamente, sejam-lhe integralmente deferidos os créditos de ICMS oriundos das operações de entrada correspondentes aos encargos de conexão e da utilização dos sistemas de transmissão da rede básica e, somente após o encontro das contas entre débito e crédito e a apuração do tributo supostamente devido, sejam aplicadas as penalidades, se cabíveis;

- na hipótese de manutenção, ainda que parcial do crédito tributário, solicita a adequação das multas, visto que estão dissonantes dos critérios informadores do valor da operação, no caso que se analisa.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 1.334/1.348, refuta as alegações da defesa, sob os seguintes fundamentos, em síntese:

- o caput do art. 9º da Lei nº 9.648/98 assevera que para todos os efeitos legais, a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de distribuição;

- o fato da Adquirente efetuar contratos distintos, um para a energia e outros para transmissão, conexão, visa tão somente a atender os preceitos legais que regem o setor elétrico;

- a atividade de industrialização é fato gerador do ICMS, portanto, a energia elétrica é gravada pelo ICMS em todas as suas etapas, desde a geração até sua entrega efetiva ao consumidor;

- aceitar o argumento da Autuada de que não existe na relação jurídico-comercial a figura de estabelecimento gerador ou distribuidor situado em outra Unidade da Federação é excluir do Fisco o direito de cobrar parte do imposto devido pela realização do fato gerador integralmente uma vez que não há dúvidas de que os encargos compõem o custo da energia elétrica;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações interestaduais, é necessário conhecer o momento da ocorrência do fato gerador, especialmente em relação à energia elétrica, cujo aspecto material, nas operações interestaduais, é a entrada no território do Estado destinatário (art. 2º, § 1º, inciso III da LC nº 87/96);

- a base de cálculo a ser adotada para o ICMS devido por substituição tributária é o valor da entrada da energia elétrica, inclusive todas as demais despesas ou encargos cobrados do destinatário;

- as multas foram aplicadas em conformidade com os dispositivos legais, não assistindo razão à Autuada quando questiona a base de cálculo das mesmas.

Pede que seja julgado procedente o lançamento.

Do parecer da Assessoria

A Assessoria deste Conselho, opina em preliminar, pelo indeferimento do pedido de realização de diligência fiscal. Ainda em preliminar, pelo indeferimento da realização de prova pericial.

No mérito, opina pela procedência parcial do lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75, por inaplicável à espécie, bem como para adotar como data de vencimento da obrigação, o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

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, salvo pequenas alterações de estilo.

Do Pedido de Diligência Fiscal ou Realização de Prova Pericial

Clama a Impugnante pela realização de diligência fiscal, com o intuito de verificar efetivamente o valor devido a título de ICMS, computando-se as operações destinadas à exportação.

Caso se entenda pela impossibilidade da diligência, requer a realização de perícia, apresentados os quesitos e indicando Assistente Técnico.

Os dois pedidos não fazem sentido. A apuração da proporcionalidade das exportações frente às operações totais da empresa não demanda nem diligência, nem prova pericial.

Basta que se verifique tão somente os livros fiscais e registros eletrônicos encaminhados à Secretaria de Fazenda para se apurar o percentual de exportação frente às operações totais da Autuada.

Quanto ao mérito do pedido, a questão será abordada no momento oportuno.

Assim, indeferem-se os pedidos formulados pela Impugnante.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em uma primeira vertente, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a agosto de 2005, entendendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contado 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 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 exame):

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 ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSEGUINTE, 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 decism. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o 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, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)."

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)

Desta 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 à decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 26/11/10.

Quanto ao mérito propriamente dito, o presente lançamento é decorrente da falta de recolhimento do ICMS devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica, bem como da falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativa à referida conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As faturas encontram-se relacionadas às fls. 08/13 e 18/26, enquanto os documentos relativos às operações encontram-se às fls. 79 e seguintes dos autos.

A planilha de fls. 54 apresenta o Demonstrativo do Crédito Tributário, individualizado, por período, nas planilhas de fls. 55/78.

A Impugnante reiteradamente diz que as exigências fiscais não recaem sobre a aquisição de energia elétrica, mas sobre os encargos de conexão e uso do sistema de transmissão da rede básica.

De igual modo, salienta que se trata de uma única operação (aquisição de energia elétrica) decomposta em duas etapas distintas (aquisição propriamente dita e distribuição).

A Autuada destaca a complexidade da operação de aquisição 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 seu 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 segue:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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, 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. § 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Neste diapasão, o Convênio nº 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 nº 83/00

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 nº 117/04, na sua redação original, impunha ao consumidor livre e ao autoprodutor que retirassem 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 retromencionadas, 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, obedece à regra constitucional, pois todo o ordenamento jurídico retrotranscrito 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 87/96).

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)

(...)

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 que, 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, 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.

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 pela Fiscalização, 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 subseqüentes:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 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 em 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; (grifou-se)

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.

De se destacar, então, 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, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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; (...).

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 n°s 87/96 e 24/75, CTN e Convênios, confirma plenamente o trabalho realizado neste Auto de Infração.

Note-se que a Fiscalização 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.

A Impugnante argumenta que as regras relativas às aquisições de energia elétrica não se aplicam ao seu modelo operacional, pois as exigências sobre os encargos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de conexão e transmissão atingem apenas a energia elétrica adquirida de fora do Estado, enquanto suas aquisições são realizadas junto ao estabelecimento distribuidor da CEMIG, juntando contrato celebrado entre as partes (fls. 1.168/1.200).

Analisando o mencionado contrato, constata-se, pelo teor da Cláusula Quarta, que a avença contempla, também, o “contrato de uso do sistema de transmissão com o ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) e transmissoras”.

Noutra linha, o § 4º da Cláusula Sétima encontra-se assim redigido:

As PARTES concordam que todos os custos, obrigações, responsabilidades, tributos, tarifas, encargos setoriais, encargos de transmissão, distribuição e conexão e perdas de transmissão porventura devidas e/ou verificadas em face do transporte da ENERGIA CONTRATADA do CENTRO DE GRAVIDADE até as instalações do CLIENTE, devidos em função do consumo de energia elétrica na condição de CONSUMIDOR LIVRE, previstos na legislação vigente e/ou futura, são de responsabilidade do CLIENTE.

Por outro lado, o parágrafo único da Cláusula 3ª do Contrato de Uso do Sistema de Transmissão celebrado entre a Impugnante e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), estabelece que:

A execução das obrigações e dos compromissos disciplinados neste CONTRATO fica condicionada à assinatura, pela **USUÁRIA**, do CONTRATO DE CONEXÃO AO SISTEMA DE TRANSMISSÃO - CCT com a **CONCESSIONÁRIA DE TRANSMISSÃO** à qual esteja conectada.

Vale lembrar que no contrato firmado com a CEMIG, a Autuada é o “cliente”, devendo assumir todos os custos com conexão e distribuição de energia, dentre outros encargos, enquanto no contrato com a ONS, a ora Impugnante é “usuária”, enquanto a Concessionária à qual esteja conectada refere-se à CEMIG.

Assim, não obstante o “fornecimento” de energia elétrica pela CEMIG, parte dela advém dos contratos firmados com empresas sediadas em outros Estados, conforme planilhas de fls. 55/78.

Desta forma, nos termos do § 2º do art. 1º da Lei nº 10.848/04, art. 10 da Lei nº 9.648/98 e art.16 da Lei nº 9.074/95, é de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre geradores, comercializadores, produtores independentes e importadores de energia elétrica e consumidores atendidos em qualquer tensão, cuja carga seja igual ou superior a 3.000 KW (os ditos consumidores livres), sujeitando-se tais operações à homologação da ANEEL.

Para a execução de tais contratos, as partes têm de se valer dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia. Contudo, a legislação diferencia a transmissão e distribuição de energia do fornecimento e consumo de energia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.648/98, “para todos os efeitos legais, a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de distribuição”.

A incidência do ICMS no caso dos autos já esteve sob apreciação do Poder Judiciário, ocasião em que o TJMG assim se pronunciou:

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-ESTABELECIDO, 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).

Por outro lado, argumenta a Impugnante que por se tratar de estabelecimento exportador, tem assegurada a manutenção dos créditos, inclusive de energia elétrica.

Neste ponto, não há qualquer discordância quanto ao alegado. Ocorre, no entanto, que o não aproveitamento dos créditos até o momento decorre do descumprimento do disposto no RICMS/02 pela Impugnante, no que diz respeito à emissão e regular escrituração das notas fiscais de entrada e recolhimento do imposto incidente na operação.

Neste caso, os créditos correspondentes às diferenças apuradas pela Fiscalização, caso recolhidas pela Autuada, poderão ser aproveitados, observadas, no que couberem, as condições e normas referentes ao creditamento estabelecidas no RICMS/02, em especial o disposto no § 2º do art. 67 do mencionado regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Noutra toada, a Autuada entende correta a base de cálculo adotada pela Fiscalização, com a incorporação do ICMS ao valor da operação, para fins de cálculo do imposto devido, mas discorda da utilização de tal valor para cálculo das multas, por falta de previsão legal.

Sem razão a defesa, no entanto. Com efeito, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 incide sobre o valor do imposto não recolhido. O dispositivo em questão assim determina:

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.

(...)

Logo, estando correta a base de cálculo para apuração do ICMS, também estará para identificação do montante devido a título de multa de revalidação.

No tocante à Multa Isolada, 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”.

No caso dos autos, no entanto, a multa isolada aplicada merece uma melhor análise, uma vez que a Fiscalização 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não é o caso de se exigir a penalidade capitulada pela Fiscalização, por entrada de energia elétrica desacoberta de documento fiscal, pois tais entradas 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 seria, 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.

Finalmente, muito embora a Impugnante não tenha manifestado sobre o assunto, verifica-se que a Fiscalização, ao definir o termo de vencimento do imposto, não respeitou a real data de vencimento prevista no art. 85, inciso I, alínea "c", subalínea "c.1" da Parte Geral do RICMS/02, c/c art. 53-A do Anexo IX do mesmo regulamento.

Os dispositivos em questão prevêm 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste caso, não há de prevalecer à regra estampada no art. 89, inciso I da parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

RICMS/02

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.

Registre-se, por oportuno, que o pedido da Autuada para que as intimações processuais sejam encaminhadas ao Contribuinte e aos Advogados subscritores da defesa não encontra amparo no RPTA/, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08. Neste caso, as intimações ocorrerão via publicação no “Órgão Oficial do Estado – Minas Gerais”.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de diligência formulado pelo Contribuinte. Ainda em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75, por inaplicável à espécie, bem como para adotar como data de vencimento da obrigação, o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Guedes de Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), José Luiz Drumond e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 21 de junho de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora**