

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.450/14/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000185167-32
Impugnação: 40.010133414-48
Impugnante: White Martins Gases Industriais Ltda
IE: 572616449.11-03
Coobrigado: Praxair Holding Latinoamerica, Sl
CNPJ: 05.463225/0001-06
Proc. S. Passivo: João Marcos Colussi/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – ELEIÇÃO ERRÔNEA – EXCLUSÃO. Exclusão da Coobrigada do polo passivo da obrigação tributária por não se encontrarem nos autos documentos que contenham elementos fático-jurídicos justificadores de sua inclusão.

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 fiscais de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica, nos termos do art. 53-A, § 1º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 57 da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 219, § 1º e 220, incisos IV, VII, VIII, IX e X, todos do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica, no período de 01/06/08 a 31/12/09, e sobre a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal concernente à referida operação.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 57 da Lei nº 6.763/75, c/c arts. 219, § 1º e 220, incisos IV, VII, VIII, IX e X, todos do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.581/1.596, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 1.668/1.687.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.692/1.706, opina pela procedência parcial do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência, que resulta em nova Impugnação às fls. 1.713/1.726 e nova manifestação do Fisco às fls. 1.765/1.807.

A Assessoria do CC/MG ratifica seu entendimento (fls. 1.810/1.812).

DECISÃO

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

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica no período de 01/06/08 a 31/12/09, bem como sobre a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal concernente à referida operação.

Inicialmente, insta apresentar, para melhor entendimento, um pequeno resumo a respeito de energia elétrica, da estrutura do sistema elétrico brasileiro e das mudanças ocorridas nos últimos anos.

A energia elétrica é uma forma de energia baseada na geração de diferenças de potencial elétrico entre dois pontos, que permitem estabelecer uma corrente elétrica entre ambos. Mediante a transformação adequada é possível transformar essa energia em outras formas finais de uso direto pelo homem, como: luz, movimento ou calor.

Por isso, a energia elétrica é usada na indústria como insumo energético, elemento de transformação que irá forjar a matéria prima no produto final.

A energia elétrica é obtida principalmente por meio de termoeletricas, usinas hidrelétricas, usinas eólicas e usinas termoeletricas, na forma de ondas eletromagnéticas que se deslocam a uma velocidade próxima à da luz (~300.000 km/s), sendo uma das formas de energia que o homem mais utiliza em face da facilidade de transporte e do baixo índice de perda energética durante as conversões.

Sob o aspecto científico, a eletricidade é um fenômeno físico e, para ser aproveitada pelo homem, necessita ser gerada, transmitida, distribuída e consumida.

O Operador Nacional do Sistema – ONS, por meio do acionamento e desligamento de turbinas hidroeletricas, termoeletricas ou nucleares, garante que apenas a energia que está sendo demandada em um determinado momento seja produzida, evitando-se desperdícios de energia potencial.

Assim, as etapas de geração, transmissão e consumo ocorrem de forma praticamente concomitante, não havendo como dissociá-las.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para se propagar de forma ordenada e controlada com fins de utilização racional, a energia elétrica carece de um meio material (fio/cabo).

Sendo a energia elétrica uma energia eletromagnética, a linha de transmissão é um sistema utilizado para carregar essa energia de um ponto a outro. Essa transmissão não é irradiada, mas guiada pelo meio material (fio/cabo), de uma fonte geradora para uma carga consumidora.

A ausência de meios materiais que permitam a ligação entre a produção e o consumo inviabiliza a utilização da energia elétrica, não havendo como se dissociar uns dos outros.

A ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) é o órgão instituído pela Lei Federal nº 9.247/96 para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Vide prerrogativas estabelecidas no art. 70 do Dec. Federal nº 5.163/04, que abaixo segue:

Art. 70. A ANEEL deverá estabelecer os mecanismos de regulação e fiscalização para dar cumprimento a obrigação de separação das atividades de distribuição das de geração e transmissão prevista na Lei no 9.074, de 1995.

Até 1999, a rede de transmissão era operada exclusivamente pelas companhias verticalizadas (com ativos de geração, transmissão e, em alguns casos, distribuição) ou pelas companhias resultantes de sua cisão para fins de privatização e ainda controladas pelo Estado. A partir desse ano, no entanto, a ANEEL iniciou o processo de expansão dessas instalações, com base em leilões para seleção do grupo empreendedor responsável pela construção e operação da rede.

O segmento de transmissão no Brasil é composto por mais de 90 mil quilômetros de linhas e operado por dezenas de concessionárias. Essas empresas, que obtiveram as concessões ao participar de leilões públicos promovidos pela ANEEL, são responsáveis pela implantação e operação da rede que liga as usinas (fontes de geração) às instalações das companhias distribuidoras localizadas junto aos centros consumidores.

Analogicamente, com as devidas proporções e correções, a transmissão de energia elétrica é o processo de transporte da energia entre dois pontos: geração e consumo. Este transporte é realizado por linhas de transmissão de alta potência, geralmente usando corrente alternada que conecta a usina (geração) ao consumidor.

A rede de distribuição consiste nas redes elétricas primárias (redes de distribuição de média tensão) e as redes secundárias (redes de distribuição de baixa tensão).

Portanto, a transmissão da energia elétrica (transporte) é um custo direto integrante de seu valor global. Desta forma, o ICMS incorre em todas as etapas da circulação da mercadoria.

As exigências fiscais veiculadas no Auto de Infração têm como suporte legal a Constituição Federal, a LC nº 87/96, a Lei nº 6.763/75 e os Convênios ICMS, os quais se aplicam a todas as Unidades da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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 atos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(Grifou-se)

Nesse sentido, a LC nº 87/96, cumprindo seu papel constitucional de norma de complemento à Constituição, 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.

(Grifou-se)

Em outra análise, prescreve o art. 9º da LC 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 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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, 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 ICMS 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)

O art. 13, inciso VIII e seu § 1º, inciso I da LC nº 87/96 definem que base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica será o valor da operação de que decorrer a entrada da mercadoria, de forma que o imposto integre sua própria base de cálculo.

Posteriormente, o Convênio ICMS nº 117/04 impôs ao consumidor livre que retirasse energia elétrica da rede básica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão, e 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.

§ 1º Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o consumidor conectado à rede básica deverá:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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...

(Grifou-se)

Com base no referido Convênio e suas alterações, introduziu-se no art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02, a responsabilidade do consumidor conectado à rede básica, prevendo ainda que na emissão da nota fiscal fossem consignadas a base de cálculo, a alíquota e o ICMS devido, como segue:

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, 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;

(Grifou-se)

Importante assinalar que a Autuada preenche os requisitos necessários para ser classificada como consumidor livre, no sentido de atender às prescrições do Convênio ICMS nº 117/04, o que é confirmado por ela própria à fl. 1.583.

Portanto, em discordância com as alegações da Impugnante, o art. 53-A do RICMS/02 não está a alterar a regra matriz de incidência do ICMS para criar novas hipóteses de incidência. Pelo contrário, retira sua validade e suporte lógico, da estrutura do ordenamento jurídico acima exposta, a qual, em última instância, tem como matriz a Constituição Federal.

No tocante à base tributável adotada pelo Fisco, infere-se do já citado 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

(...)

§ 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 calculada pela distribuidora ou geradora de energia elétrica, devem compor a base de cálculo para a cobrança do ICMS da Autuada, exigindo-se, inclusive, a emissão de nota fiscal de entrada referente a tais encargos.

Nesse 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, a seguir:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(Grifou-se)

A própria Impugnante admite em sua peça de defesa que “... *devem integrar a base de cálculo do ICMS os valores que compõem o custo das mercadorias comercializadas*” (fl. 1.590).

Ora, vê-se então claramente, que ao contrário do alegado pela Autuada, não há nova hipótese de incidência tributária. O fato gerador ocorre integralmente quando a energia elétrica é fornecida à Impugnante. Porém, por questões práticas inerentes à própria sistemática do setor de energia elétrica, a cobrança é efetuada em dois momentos diversos, de dois sujeitos passivos diferentes.

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

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 RICMS/02, 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 receptor, mesmo que devidos a terceiros.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(Grifou-se)

A alegação da Autuada de que “a conexão e a utilização das linhas de transmissão da Rede Básica caracteriza-se como atividade paralela à operação de fornecimento de energia elétrica, não integrando o custo final da mercadoria comercializada” (fl. 1.584), sob o argumento de “o próprio legislador ordinário determina expressamente que os encargos pagos pela utilização de sistemas de transmissão devem ser cobrados em Nota Fiscal SEPARADA e não na mesma Nota Fiscal de aquisição de energia elétrica” (fl. 1.591), parte do equivocado pressuposto, de que o fracionamento da base de cálculo da operação em parcelas, atestaria não serem estas, parte integrante daquela.

O fato de o adquirente efetuar contratos distintos, um para a energia elétrica, e outro para a transmissão/conexão, consubstancia-se em determinação legal que rege o setor elétrico.

Observa-se que, por conveniência da legislação do setor elétrico, parcela da base de cálculo das operações de compra de energia elétrica por consumidor livre (substituição tributária), ficou a cargo do destinatário da energia, especialmente a parcela referente ao valor total pago a todas as empresas transmissoras pela conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica. Além disso, tal parcela, relativa à complementação do pagamento do imposto de responsabilidade do destinatário, por força de lei, deve ser integralmente incorporada à base de cálculo da operação.

Esta sistemática obedece a uma questão puramente prática, o valor total pago a todas as transmissoras/conectoras pela conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica é consolidado pelo ONS – Operador Nacional do Sistema em uma só pessoa, o adquirente. Assim, torna-se mais viável, a complementação do pagamento do imposto pelo destinatário, uma única pessoa, em oposição aos responsáveis pela transmissão/conexão, inúmeros, conforme se depreende da listagem de fls. 127/145.

Conclui-se, que a legislação tributária mineira, editada dentro da competência atribuída ao Estado, respeitando os ditames da Constituição Federal, da LC nº 87/96, do CTN e dos Convênios ICMS, confirma plenamente o trabalho realizado no Auto de Infração, contrariando toda a argumentação da Autuada 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.

Noutra linha de argumentação, a Impugnante carrega aos autos decisões de tribunais sobre o tema objeto do lançamento, afirmando que a matéria encontra-se pacificada a seu favor nos tribunais. Apresenta ainda algumas posições doutrinárias a respeito do tema que sustentariam sua tese da tributação da energia elétrica apenas pelo seu custo, sem acréscimo de encargos setoriais e despesas de transmissão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tanto as decisões, quanto as doutrinas apresentadas, não obstante se colocarem de forma contrária ao disposto no art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02, 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:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Não obstante o entrave acima mencionado, é forçoso reproduzir decisão do TJMG favorável à tese defendida pela Fiscalização, demonstra que a situação não se encontra pacificada nos tribunais. Eis a ementa:

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

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.**

(GRIFOU-SE)

Apesar de não haver qualquer contestação da Impugnante em relação à aplicação de multa isolada, importante analisar sua adequação à situação dos autos.

Parte da constituição do crédito tributário trata da ausência de emissão de notas fiscais de entrada que complementassem a base de cálculo determinada pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

legislação mineira, incorporando-se ao valor da energia elétrica, os encargos de conexão e transmissão desta mercadoria.

A obrigação acessória de emissão da nota fiscal de entrada relativa aos encargos de conexão e transmissão consta tanto do § 1º, inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 117/04, quanto do art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02.

Diante da falta de emissão de documento fiscal de entrada exigido pela legislação, em relação ao qual não há penalidade específica capitulada em lei, torna-se cabível a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 57 da Lei nº 6.763/75 c/c arts. 219 e 220, incisos IV, VII, VIII, IX e X.

Exatamente este foi o entendimento da 2ª Câmara de Julgamento, ao exarar a decisão contida no Acórdão nº 17.406/07/2ª (mantida no Acórdão nº 3.570/10/CE), abaixo transcrita:

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.

Assim, correta a penalidade isolada aplicada.

O Fisco incluiu a Praxair Holding Latinoamerica como Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária, em razão de ser ela a detentora de 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento) do capital social da Autuada.

A responsabilidade solidária e a responsabilidade pessoal por crédito tributário estão previstas, respectivamente, no arts. 134 e 135 do CTN:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

As hipóteses de responsabilização estão taxativamente listadas nesses artigos, sendo necessário, para existir a coobrigação, que a conduta do agente possa ser enquadrada em algum desses dispositivos.

O art. 21 da Lei nº 6.763/75, com base nos dispositivos do CTN, especifica as hipóteses de coobrigação no âmbito da legislação tributária mineira.

Analisando os autos, não foi possível encontrar documentos que comprovem a existência de atos ou omissões imputáveis à Coobrigada que tenham concorrido para o não recolhimento do tributo, não sendo assim factível a aplicação da responsabilidade solidária prevista no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os **atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo** por estes.

(Grifou-se)

Inexistentes ainda, documentos que comprovem a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, dos quais decorra o não recolhimento de tributo devido, afastando, por outro lado, a aplicabilidade da responsabilidade pessoal prevista no art. 21, § 2º da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrito:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com **excesso de poderes ou infração de lei**, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o **sócio-gerente**, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(Grifou-se)

Desse modo, deve-se excluir a Coobrigada do polo passivo da obrigação tributária, em face da ausência de suporte fático-jurídico para sua manutenção.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do Auto de Infração a pessoa jurídica Praxair Holding Latinoamerica por inexistência nos autos de fundamentos fático-jurídicos que justifiquem sua inclusão no polo passivo como Coobrigada. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2014.

Fernando Luiz Saldanha
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator