

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.273/11/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000167284-81
Impugnação: 40.010128569-24
Autuada: Alcoa Alumínio S/A
IE: 518027950.00-03
Proc. S. Passivo: Milton Cláudio Amorim Rebouças/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

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.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO 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 art. 53-A, parágrafo único, inciso I, Anexo IX do RICMS/02. Legítima a exigência da penalidade isolada capitulada no art. 57 da Lei nº 6763/75 c/c os arts. 219, § 1º e 220, inciso X do RICMS/02.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

1. a falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/09/05 a 31/12/06, devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica;

2. a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativa à conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e a Multa Isolada capitulada no art. 57 da mesma lei c/c os arts. 219 e 220 da Parte Geral do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.278/1.304, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.317/1.330.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1334/1349, opina pela procedência do lançamento.

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, com acréscimo de novos argumentos.

Da Preliminar – Pedido de Perícia

De acordo com os quesitos de fls. 1.303, a Autuada requer a realização de prova pericial, para comprovar que a energia elétrica é indispensável na produção do alumínio e se ela tem contato físico com a alumina durante o processo industrial.

A prova requerida tem a ver com a alegação constante do item “4” da peça de defesa, em que a Autuada discorre sobre a industrialização da energia no processo produtivo, concluindo pela dispensa do recolhimento do imposto nos termos do inciso III do § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 87/96.

Conforme descrito no sítio eletrônico da Autuada, no processo produtivo a “bauxita é misturada a uma solução de soda cáustica e moída, obtendo-se uma mistura pastosa e densa. Essa mistura segue para os digestores para cozimento. Nessa fase, ocorre a formação do aluminato de sódio, composto instável obtido a partir da reação entre a soda cáustica e o hidróxido de alumínio”.

“Após decantação, filtragem e redução da temperatura da solução, ocorre em equipamentos chamados de precipitadores, a precipitação ou cristalização do hidróxido de alumínio, que é o reverso da reação da digestão, ou seja, o hidróxido de alumínio dissolvido no licor retorna à fase sólida em forma de cristais de hidróxido de alumínio.”

“O hidróxido de alumínio segue, então, para o forno de calcinação, que é processo de retirada da água e cristalização do hidróxido de alumínio, transformando-o em óxido de alumínio.”

O resultado desta ação é o alumínio na forma metálica, em estado líquido, que posteriormente, será enviado para os fornos de lingotamento para ser transformado em tarugos e lingotes, ou mesmo destinado a clientes de metal líquido.

Por sua vez, “o óxido de alumínio é levado às cubas eletrolíticas, de onde se obtém o alumínio metálico, por meio do processo de redução, que consiste em extrair o metal do óxido. A cuba eletrolítica constitui-se basicamente de um anodo de carbono, um catodo (alumínio fundido e blocos de carbono) e o eletrólito (ou banho) de criolita fundida onde é dissolvido o óxido de alumínio. A reação total, decorrente da passagem da corrente elétrica, que ocorre na cuba, consiste na redução do óxido de alumínio, liberando o alumínio metálico que é depositado no catodo, e na oxidação do carbono do anodo devido ao oxigênio liberado no processo.”

A principal conclusão desta exposição é a de que a energia elétrica utilizada neste processo deve ser considerada como insumo energético na produção do alumínio, não integrando o alumínio, não sendo, portanto, destinada a comercialização nem a industrialização do próprio produto.

Sabe a Autuada, que o art. 28 da Lei nº 14699/03 que alterou a redação da Lei nº 6763/75, para determinar, nos dizeres da própria Autuada, “que a não incidência

do óleo diesel e da energia elétrica aplicar-se-ia somente aos casos em que esses produtos fossem destinados à comercialização ou à industrialização deles próprios”.

Considerando que tais hipóteses não ocorrem no caso ora em exame, a alegação de inconstitucionalidade trazida pela defesa não encontra amparo neste Conselho, por força do óbice contido no art. 110 do RPTA/MG.

Logo, a realização de prova pericial é desnecessária, em face das questões mencionadas, pois não há transformação da energia, mas sim a sua utilização na redução do óxido de alumínio para obtenção do alumínio metálico.

Assim, indeferiu-se o pedido de perícia.

Do Mérito

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/09/05 a 31/12/06, devido sobre os encargos relacionados à conexão e utilização do sistema de transmissão de energia elétrica e sobre a falta de emissão da nota fiscal de entrada mensal, relativa à conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

A defesa da Autuada resume-se a cinco pontos básicos:

1. inexistência de fato gerador na transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, nos termos da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso dos autos, do estabelecimento da Autuada, situado em Piratuba/SC para Poços de Caldas/MG;

2. não inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição na base de cálculo do ICMS. Alega que o fato gerador do ICMS na energia elétrica ocorre quando ela é adquirida ou considerada recebida no momento em que é gerada. Assim, não incide ICMS na distribuição da energia elétrica;

3. utilização da energia elétrica como matéria-prima na produção do alumínio;

4. diferentes normas sobre a aplicação do substituto tributário em relação ao óleo combustível e energia elétrica;

5. ilegalidade da exigência da multa isolada, por desprezar o princípio da reserva legal a previsão dos arts. 219 e 220 da Parte Geral do RICMS/02 ao definir o valor da penalidade.

Esta 1ª Câmara de Julgamento decidiu conforme os fundamentos a seguir.

1. A energia elétrica consumida não é produzida pela própria Autuada

Diferentemente do que alega a Autuada, a energia produzida em Piratuba/SC não é a mesma consumida no estabelecimento de Poços de Caldas/MG, porque não existe linha de transmissão da energia elétrica exclusiva entre os dois estabelecimentos.

A energia elétrica gerada em Piratuba/SC é conectada à rede de transmissão nacional, gerenciada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). A partir daí, diversas concessionárias de transmissão levam a energia elétrica para vários pontos do país.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com as cópias das faturas/notas fiscais de fls. 51/816 a Autuada recebeu a fatura de dezenas de empresas do ramo de transmissão de energia elétrica. Tais faturas informam: “Encargos de uso do sistema de transmissão...”. Portanto, o Fisco provou com documentos que várias empresas atuaram na transmissão da energia elétrica consumida pelo estabelecimento da Autuada em Poços de Caldas.

Os estabelecimentos da Autuada são distintos, com sede em Santa Catarina e Minas Gerais, conseqüentemente com inscrições estaduais autônomas. Por isso, a energia consumida neste Estado não pode ser considerada gerada pelo estabelecimento mineiro. Logo, está evidenciado que ela não possui rede de transmissão própria.

O sistema de transmissão de energia elétrica inclui toda a rede de infraestrutura de fios e cabos, que compõem o custo da energia elétrica.

As exigências fiscais referem-se à parcela do custo de energia elétrica, denominada “encargos de uso do sistema de transmissão”, que não foram tributados pelo ICMS.

2. Os encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica são devidos por todos os consumidores

Os encargos de uso do sistema de transmissão constam da nota fiscal de energia elétrica emitida para todos os usuários da rede, indistintamente, inclusive para os consumidores residenciais, conforme a Nota Fiscal – Conta de Energia Elétrica, na qual está destacada as informações de faturamento.

TABELA - Destacada da Nota Fiscal – Conta de Energia Elétrica

INFORMAÇÕES DE FATURAMENTO

PARCELAS	%
ENERGIA	21,46
DISTRIBUIÇÃO	35,52
TRANSMISSÃO	2,90
ENC. SOCIAIS	5,97
TRIBUTOS	34,15
TOTAL	100,00

Nas notas fiscais de energia elétrica residencial, como pode ser verificado (fls. 5), consta observação no campo “Indicadores de Qualidade de Fornecimento: Valor Encargo Uso Sist. Distribuição”. Por conseguinte, todos os usuários do sistema de transmissão estão sujeitos à tributação dessa parcela pelo ICMS.

A interpretação dada pela Autuada é discriminatória, porque o consumidor comum ou cativo, pagará a energia elétrica com os referidos encargos, como demonstra a observação na nota fiscal de energia elétrica residencial.

A prevalecer o entendimento da Autuada, será retirada parcela da competência tributária dos Estados, que terá como consequência a inutilidade da substituição tributária para a maioria das operações com mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nota Fiscal – Conta de Energia Elétrica

NOTA FISCAL - CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA - SÉRIE U Nº 001013266 - PTA Nº16.000114527.70					
Classificação Residencial Bifásico	Medição [REDACTED]	Datas de Leitura ANTERIOR: 02/03 ATUAL: 04/04 PRÓXIMA: 04/05		Datas da Nota Fiscal EMISSÃO: 07/04 APRESENTAÇÃO: 13/04	
Nº DA INSTALAÇÃO [REDACTED]					
Tipo de Medição Energia	Leitura Anterior 123	Informações Técnicas Leitura Atual 261		Constante de Multiplicação 1	Consumo kWh 138
Informações Gerais RECIBO DE QUITAÇÃO DE DÉBITOS Nº 01/2011 A Cemig, em atendimento à Lei nº 12.007, de 29/07/09, declara quitados os débitos do cliente em referência (contrato 5009841655), relativos ao fornecimento de energia elétrica a esta unidade consumidora, referente aos vencimentos de 01/01/2010 a 31/12/2010, excetuando eventuais débitos que sejam posteriormente apurados diante de possível verificação de irregularidades ou de revisão de faturamento, que abranjam o período em questão. Tarifa vigente conforme Res. Aneel nº 960, de 06/04/10. VOCE TERÁ DIREITO AO BENEFÍCIO DA TSEE - TARIFA BAIXA RENDA, DESDE QUE ATENDA AO DISPOSTO NA LEI 12.212/10.			Valores Faturados		
			Descrição	Quantidade	Preço
			Energia Elétrica kWh	138	0,55533111
			Encargos / Cobrança		
			Contrib. Custo Ilum. Pública		7,72
Indicadores de Qualidade de Fornecimento BH Centro Mês: 02/2011 Apurado Mensal Mensal Trimestral Anual DIC 0,00 4,23 8,47 16,95 FIC 0,00 2,92 5,85 11,70 DMIC 0,00 2,20 - - Tensão Nominal=220/127 V Mín.=201/116 V Máx.=231/133 V Valor Encargo Uso Sist. Distribuição: R\$23,56					
Informações de Faturamento					
Parcelas	Valor R\$	%	Parcelas	Valor R\$	%
Energia	16,44	21,46	Enc. Setores	4,57	5,97
Distribuição	27,22	35,52	Tributos	26,16	34,16
Transmissão	2,22	2,90	Total	76,61	100,00
Histórico de Consumo			VENCIMENTO 23/04/2011		
Mês/Ano	Consumo kWh	Média kWh/Dia	VALOR A PAGAR R\$ 84,33		
ABR/11	138	4,18	Reservado ao Fisco [REDACTED]		
MAR/11	23	1,04			
FEV/11	93	3,21			
JAN/11	1	0,05			
DEZ/10	0	0,00			
NOV/10	0	0,00			
OUT/10	0	0,00			
SET/10	0	0,00			
AGO/10	0	0,00			
JUL/10	0	0,00			
JUN/10	0	0,00			
MAI/10	0	0,00			
ABR/10	0	0,00			
			Base de cálculo(R\$) 76,61	ICMS Aliquota(%) 30	Valor(R\$) 22,98
			PASEP (R\$) 0,56	COFINS (R\$) 2,62	
Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL - 167 - Ligação gratuita de telefones fixos e tarifada na origem para telefones celulares. Ouvidoria CEMIG: (31) 3506-3838					
CEMIG Distribuição S.A.	Unidade de Leitura 02093469	Conta Contrato [REDACTED]	Vencimento 23/04/2011	Total a Pagar R\$ 84,33	

Como exemplo, podem ser citadas as operações com o frete sob cláusula FOB, em que o remetente é o substituto tributário. Nessas situações, o valor do frete FOB, na maioria das vezes, não é conhecido no momento do cálculo da substituição tributária, à semelhança dos valores dos encargos de uso do sistema de transmissão de energia elétrica, que só são conhecidos em momento posterior. A prevalecer o entendimento da Autuada, o regime de substituição tributária será inócuo.

A interpretação dada pela Autuada não está em harmonia com a Constituição Federal, porque a nova configuração do setor elétrico com geradoras, distribuidoras e transmissoras de energia elétrica, dá nova interpretação à incidência do ICMS, interferindo na competência tributária dos Estados com perda de parcela da competência.

Não pode haver tratamento tributário discriminatório para os contribuintes de ICMS, com preços diferentes da energia elétrica, em razão de estarem ou não conectados à rede básica. Não podem ser diferenciados os consumidores residencial, comercial e industrial com tributação mais gravosa, em relação ao consumidor livre, pois, possibilitaria uma concorrência desigual em face da diferença de custo em relação ao mesmo insumo/mercadoria/produto.

A mesma legislação que outorgou o direito de adquirir a energia no mercado aberto (consumidor livre) estabeleceu requisitos, entre eles a vedação da discriminação tributária, conforme art. 51 do Decreto Federal 5.163/04, nos seguintes termos:

Art. 51 - Os consumidores livres e aqueles referidos no art. 48 estarão sujeitos ao pagamento de todos os tributos e encargos devidos pelos demais consumidores, salvo expressa previsão legal ou regulamentar em contrário.
(grifou-se)

Os encargos contratuais sobre a energia elétrica são calculados a partir dos usos do sistema necessários para cobrir os custos de serviço do sistema de distribuição, que variam de acordo com a solicitação feita pelo usuário. O seu valor é obtido do produto da tarifa, aprovada pela ANEEL, pelo montante de uso contratado ou verificado.

Em consonância com o art. 51 do Decreto Federal 5.163/04, acima transcrito, o valor do encargo do uso do sistema de distribuição é devido por todos os usuários da rede, indistintamente, inclusive pelos consumidores residenciais, pois eles também são cativos do sistema explorado pela distribuidora.

O fornecimento de energia elétrica é resultado das operações de geração, transmissão e distribuição, ou seja, do encadeamento sucessivo de diversos fatos. A energia elétrica gerada não pode ser consumida sem a transmissão e distribuição. Por conseguinte, tais encargos são essenciais para a realização do consumo. Por isso, é parcela integrante da base de cálculo do ICMS, indistintamente, abrangendo todos os consumidores, a fim de evitar tratamentos discriminatórios.

3. O não pagamento dos encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica é equivalente à concessão de benefício fiscal, com infração ao princípio da reserva legal

As exigências fiscais estão amparadas em legislação nacional vigente e eficaz, originária da Lei Complementar nº 87/96 e nas normas do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), as quais dão uniformidade de tratamento, em todo o território nacional, sobre a tributação dos encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decorrência e em harmonia com as normas nacionais, em Minas Gerais foram inseridos na lei estadual, e na legislação infralegal, dispositivos normativos que amparam o procedimento do Fisco. Todas as normas relativas ao tema estão transcritas nesta decisão. Pode-se concluir, então, que as exigências fiscais estão amparadas pela legalidade.

A Autuada é amplamente beneficiada ao deixar de recolher os encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica. Os benefícios para ela são evidentes e vultosos, pois não terá que suportar o ônus da tributação.

Os efeitos econômicos do não pagamento dos encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica traz vantagem competitiva para a Autuada, sem previsão legal, em relação às demais empresas do ramo e concorrentes.

De acordo com o art. 155, inciso XII, alínea “g”, os benefícios fiscais só podem ser concedidos mediante lei ou convênio celebrado no CONFAZ, por força do princípio da reserva legal.

No caso dos autos, a Autuada deixou de recolher ICMS em valor significativo, que tem repercussão no custo da fabricação de seu produto. Se ela efetuasse o recolhimento imposto, o valor relativo a essa parcela seria repassado aos seus clientes, ou seja, ela não suportaria o ônus da tributação porque seria repassado no produto produzido o valor do ICMS devido.

Ao deixar de observar a legislação e, conseqüentemente, não recolher a parcela do ICMS relativa aos encargos do uso do sistema elétrico, a Autuada reduz os custos da produção e se apropria do valor do imposto não repassado ao erário. Essa situação equivale a benefício fiscal, a que a quase totalidade dos demais contribuintes do ICMS, sejam empresas ou pessoas físicas, não se beneficiam, pois não contratam a energia elétrica que consomem na forma utilizada pela Autuada.

Considerando que o ICMS é imposto plurifásico, o seu não recolhimento em uma das etapas conduz à distorção de toda a cadeia de tributação, e gera efeitos econômicos que beneficiam ou prejudicam os contribuintes. No presente caso, em benefício da Autuada. Por essa razão, a Constituição Federal dispõe, expressamente, que é necessária lei que disponha sobre os benefícios fiscais, ou de autorização do CONFAZ.

Na matéria em exame, não se encontra nenhuma norma de desoneração dos encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica. Ao contrário, o que existe é um conjunto extenso de normas, inclusive do próprio CONFAZ que autorizam a tributação. Não se pode inverter a tributação para transformá-la em desoneração fiscal sem a previsão legal.

Como exposto no item 2, acima, os encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica são devidos por todos os consumidores. Não há, portanto, nenhuma disposição legal de dispensa do ICMS na situação em análise.

4. As exigências fiscais não são de transporte de energia elétrica

A jurisprudência citada pela Autuada é inaplicável, considerando que as exigências fiscais não são relativas ao “transporte de energia elétrica”. O que se exige são os encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica, que é parcela integrante da base de cálculo.

O valor total da energia elétrica tributada pelo ICMS inclui a geração, a distribuição e a transmissão da energia elétrica, conforme a nota fiscal reproduzida no item anterior.

Não há como dissociar os encargos que compõem o fornecimento de energia elétrica, porquanto a ausência de apenas um deles impede que haja o consumo. Na ausência de geração não há distribuição nem transmissão. Na geração sem a transmissão, há prejuízo na distribuição. E a ausência de distribuição impede o consumo. Isto quer dizer que as partes não podem ser separadas do todo, pois assim comprometeria o fornecimento.

Em última análise, pode-se afirmar, em tese, que o não recolhimento do ICMS relativo aos encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica, gera o enriquecimento sem causa das empresas beneficiadas. Provoca situações de injustiça fiscal entre contribuintes e traz, como consequência, prejuízo às empresas do mesmo ramo de atividade econômica que recolhem integralmente os encargos, pois elas perdem competitividade.

5. Da legislação que rege a tributação dos encargos relacionados à conexão e utilização dos sistemas de transmissão de energia elétrica

As exigências fiscais constantes no Auto de Infração de fls. 02/03 estão fundamentadas na Constituição Federal (CF), em leis complementares, na Lei nº 6763/75 e Convênios ICMS, normas cogentes para todas as Unidades da Federação.

A Constituição Federal de 1988, 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; (grifou-se)

De acordo com o art. 146 da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96), cumprindo seu papel constitucional, estabeleceu 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. (grifou-se)

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:

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 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”.

Em decorrência do art. 6º da LC 87/96, a Lei nº 15.425/04 prevê a responsabilidade solidária para o destinatário situado neste Estado que receber energia elétrica sem retenção, ou com retenção a menor do imposto. A responsabilidade é por descumprimento de dever legal, fundamentada no art. 121, parágrafo único, inciso II do Código Tributário Nacional (CTN), conforme o § 21 do art. 22 da Lei 6763/75:

§ 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. (grifou-se)

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, consoante a disposição constitucional citada.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Em face da previsão acima, o Convênio nº 83/00, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), dispôs sobre o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica, quando não destinadas à comercialização ou industrialização:

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 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 nº 117/04

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

legislação tributária de regência do ICMS, o consumidor livre deverá:

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

CONVÊNIO ICMS 135/05

(Efeitos de 21.12.05 a 31.10.10)

Cláusula primeira 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 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 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 alteração realizada para o Convênio ICMS nº 135/05, estendeu as obrigações principal e acessória a todos os consumidores conectados à rede básica, os quais continuaram equiparados ao autoprodutor que dela retira energia.

Com base no referido Convênio e suas alterações, foi introduzido no Regulamento do ICMS (RICMS/02), Anexo IX, art. 53-A, a responsabilidade do consumidor conectado à rede básica, que na emissão da nota fiscal fossem consignados a base de cálculo, alíquota e ICMS devido:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 mencionadas a Autuada é uma consumidora livre, pois compra energia elétrica de qualquer fornecedor, estando conectada a rede de distribuição de energia elétrica.

Portanto, sem razão a Autuada quando afirma que a incidência do ICMS, não obedeceu à regra constitucional, pois todo o ordenamento jurídico transcrito tem como origem 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 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 87/96).

Neste sentido, a Lei Complementar nº 87/96, 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 trata do aspecto temporal do fato gerador, isto é, o momento em que ele é considerado 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final. (grifou-se)

Em decorrência do Convênio ICMS 117/04, o art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02 prescreve:

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

Relativamente ao autoprodutor de energia elétrica dispõe o Anexo IX do RICMS/02:

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

Ressalte-se que o RICMS/02, em sintonia com os convênios anteriormente citados, com a LC nº 87/96 e com o 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, será observado o Anexo XV, que trata das regras gerais de substituição tributária:

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, sem razão a Autuada quando alega que não há respaldo 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 LC nº 87/96, editada em face da exigência da CF (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.

Com relação 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

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;

(...)

§ 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.

O ICMS é devido, porque se trata de parcela não cobrada pelas empresas que emitiram as notas fiscais/faturas de fls. 51/816.

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 87/ 96:

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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 cobradas do destinatário, conforme prescreve objetivamente o art. 13, inciso VIII e § 1º da LC 87/96 acima transcrito.

Ora, vê-se, então, claramente, que não há nova hipótese de incidência tributária, como quer fazer crer a Autuada. O fato gerador ocorre integralmente, porém há dois sujeitos passivos na consequência normativa. Ocorre, sim, a inclusão na base de cálculo da energia elétrica, da parcela relativa aos encargos do sistema de transmissão. Originalmente, tal parcela não é incorporada à operação no momento da apuração do ICMS/ST pela empresa geradora 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.

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)

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.

A complementação do pagamento do ICMS deve ser feita pelo destinatário, consoante previsão legal. Por isso, ele deve incorporar integralmente à base de cálculo a parcela relativa à conexão e uso do sistema de transmissão de energia elétrica.

Conclui-se, portanto, que a legislação tributária mineira, editada de acordo com a competência tributária atribuída ao Estado, respeita as regras da Constituição Federal, as LCs n^{os} 87/96 e 24/75, CTN e Convênios do CONFAZ. Dessa forma, o trabalho realizado pelo Fisco é procedente. Assim, os argumentos da Autuada não subsistem em face da estrita legalidade das exigências fiscais.

A Autuada também anexou aos autos várias decisões judiciais sobre o objeto do lançamento. Muito embora reconhecidamente desfavoráveis ao Fisco mineiro, não constituem matéria a ser apreciada pelo Conselho de Contribuintes, por força do óbice contido no art. 110 do RPTA, aprovado pelo Decreto n^o 44.747/08.

Noutro giro, salienta a Autuada que parcela considerável da energia elétrica se refere à transferência de energia de produção própria, produzida em Piratuba (SC).

Em face disso, entende a Autuada que está caracterizada a transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular, o que descaracteriza a ocorrência do fato gerador, nos termos da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Embora não se negue a existência da súmula e a quase definitividade de sua aplicação, aqui também se aplica a restrição contida no retrocitado art. 110 do RPTA/MG.

Mas, no caso dos autos, não se fala de incidência tributária em relação ao fato gerador da operação do remetente, que é a operação protegida pela Súmula.

Evidente então, que a Súmula 166 não se aplica ao caso dos autos, uma vez que a entrada da energia elétrica faz surgir um fato gerador novo, com tributação integral em prol do Estado que a recebe.

A Autuada consegue enxergar substancial diferença entre as transferências de energia e aquisição de produtos, ao interpretar o disposto no art. 22 da Lei n^o 6763/75. Os dispositivos em questão assim estão redigidos:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

5) a contribuinte situado em outra unidade da Federação que remeter ao Estado petróleo ou lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

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.

(...)

Segundo a Autuada, a obrigação de recolhimento do ICMS somente existe quando houver empresa em outra Unidade da Federação, diversa da empresa mineira, e adquirente no Estado de Minas, situação que não se amolda ao caso em análise.

Sem razão a defesa, no entanto, pois as expressões são semânticas, haja vista que a legislação tributária trata de modo igual as remessas de um para outro estabelecimento da mesma empresa, exceto na formação da base de cálculo que, diga-se de passagem, recebe tratamento diferenciado nas operações interestaduais apenas para preservar a partilha do imposto.

O disposto no § 21 do art. 22 da Lei nº 6763/75, Prevê:

§ 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.

Observe-se que a responsabilidade é atribuída ao destinatário, nos casos de entrada de energia elétrica, não importando a situação jurídica do remetente.

Expressão idêntica é adotada pelo legislador mineiro no item “3” do inciso I do art. 19 da Lei nº 6763/75, reafirmando a adoção de expressões sinônimas, não importando se se trata de aquisição ou recebimento de energia em transferência de outro estabelecimento do mesmo titular.

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.

Diz a Autuada que não se discute se esses produtos, derivados de petróleo e energia elétrica, se destinam ao processo industrial para obtenção de alumínio.

Como bem reconhecido pela defesa, com a edição da Lei nº 14.699/03 restou explicitado que o óleo combustível e a energia elétrica devem ser destinados à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)(grifou-se)

Assim, eventuais discussões sobre a inconstitucionalidade do dispositivo encontram óbice para exame nesta Casa, por força da previsão normativa do inciso I do art. 110 do RPTA/MG.

A questão relativa à industrialização da própria energia elétrica na obtenção do alumínio foi abordada no item referente ao pedido de realização de prova pericial, no qual se concluiu pelo emprego da energia elétrica como insumo energético na produção do alumínio, não integrando o alumínio. Por isso, não é destinada à comercialização nem a industrialização do próprio produto.

No que se refere à contextualização da defesa em relação aos contratos firmados pelas partes, é importante salientar 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. Os legisladores dos convênios e das normas estaduais mantiveram-se fiéis aos conceitos da Constituição. Assim, não assiste razão à alegação da Autuada de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN.

6. Da legalidade da exigência da multa isolada

Reclama a Autuada da multa isolada aplicada, pois entende ser descabida por falta de previsão legal e, subsidiariamente, contesta a forma adotada pelo Fisco para cálculo da penalidade.

No que tange à possível ofensa ao princípio da legalidade, razão não tem a Autuada, porquanto a multa tem previsão legal, conforme o art. 57 da Lei nº 6763/75:

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.

Trata-se o presente caso da chamada delegação legislativa, quando o Poder Legislativo transfere ao Poder Executivo a possibilidade de legislar sobre determinada matéria, obviamente por decreto.

Não obstante as críticas e vedações inerentes à sistemática, no caso presente a providência revela-se coerente diante da impossibilidade de uma lei abarcar todo o universo de deslizes cometidos pelos contribuintes. Daí a razão da existência de norma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sancionatória manejada pelo Poder Executivo, capaz de produzir os efeitos da generalidade e abstração, mas passível de abarcar uma série de irregularidades.

Cumprindo o texto legal, o Poder Executivo regulamentou a norma nos arts. 219 e 220 do RICMS/02 com a seguinte redação:

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

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

§ 2º Na impossibilidade de aplicação do disposto no parágrafo anterior, a multa será calculada em função do valor das saídas de mercadorias do estabelecimento ou das prestações de serviços, no mês anterior àquele em que a infração tenha sido cometida, ou, na falta desse valor, com base em montante arbitrado, relativamente a operações ou prestações realizadas em igual período, observado, para tanto, o disposto no artigo 54 deste Regulamento.

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

I - valores até 20.000 (vinte mil) UFEMG: multa de 500 (quinhentas) UFEMG;

II - valores acima de 20.000 (vinte mil) e até 30.000 (trinta mil) UFEMG: multa de 1.000 (mil) UFEMG;

III - valores acima de 30.000 (trinta mil) e até 40.000 (quarenta mil) UFEMG: multa de 1.500 (mil e quinhentas) UFEMG;

IV - valores acima de 40.000 (quarenta mil) e até 50.000 (cinquenta mil) UFEMG: multa de 2.000 (duas mil) UFEMG;

V - valores acima de 50.000 (cinquenta mil) e até 60.000 (sessenta mil) UFEMG: multa de 2.500 (duas mil e quinhentas) UFEMG;

VI - valores acima de 60.000 (sessenta mil) e até 70.000 (setenta mil) UFEMG: multa de 3.000 (três mil) UFEMG;

VII - valores acima de 70.000 (setenta mil) e até 80.000 (oitenta mil) UFEMG: multa de 3.500 (três mil e quinhentas) UFEMG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VIII - valores acima de 80.000 (oitenta mil) e até 90.000 (noventa mil) UFEMG: multa de 4.000 (quatro mil) UFEMG;

IX - valores acima de 90.000 (noventa mil) e até 100.000 (cem mil) UFEMG: multa de 4.500 (quatro mil e quinhentas) UFEMG;

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

Parágrafo único. Na determinação da faixa de valor, serão desprezadas as frações da UFEMG para apuração da multa aplicável.

Não há, portanto, uma única penalidade, porque há disposição regulamentar que autoriza a cobrança por operação ou prestação ou em partidas mensais.

No caso presente, a incidência da penalidade considerou o montante do mês, por força da regra dos arts. 53-A e 53-C do Anexo IX e art. 72 do Anexo XV, ambos do RICMS/02, que exigem a emissão do mencionado documento, contemplando toda a apuração do mês:

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:

(...)

Art. 53-C - Para os efeitos do disposto nos arts. 53-A e 53-B desta Parte, o autoprodutor equiparase ao consumidor sempre que retirar energia elétrica da rede básica, devendo, em relação a essa retirada, cumprir as obrigações previstas no art. 53-A.

(...)

Anexo XV

Art. 72 - O consumidor conectado à rede básica ou o autoprodutor que retirar energia elétrica da rede básica, relativamente à conexão e ao uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica, deverá:

I - emitir Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, ou NF-e ou, na hipótese de dispensa da inscrição no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, onde constará, inclusive, a alíquota aplicável e o destaque do ICMS;

II - elaborar relatório, que será considerado anexo da nota fiscal de que trata o inciso anterior, com:

a - a sua identificação com CNPJ e, se houver, o número de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS;

b - o valor pago a cada transmissora;

c - notas explicativas, se necessário.

E esta penalidade foi aplicada, porque não é o caso de se exigir aquela prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, por entrada de energia elétrica desacoberta de documento fiscal, considerando que as entradas ocorreram amparadas por documentos fiscais emitidos pelos estabelecimentos que comercializaram ou transferiram a energia elétrica.

De igual modo, não se aplica a penalidade do art. 55, inciso VII da mencionada lei ao caso presente, pois não se trata de consignar base de cálculo diversa da prevista em documento fiscal que acobertar a operação, pois no caso em análise, a nota fiscal de entrada não acoberta a aquisição de energia elétrica.

Correta, portanto, a penalidade isolada aplicada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida, que o julgavam improcedente. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 11 de abril de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Danilo Vilela Prado
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.273/11/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000167284-81
Impugnação: 40.010128569-24
Autuada: Alcoa Alumínio S/A
IE: 518027950.00-03
Proc. S. Passivo: Milton Cláudio Amorim Rebouças/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Como observado nos autos, o feito fiscal versa sobre a cobrança do ICMS no valor lançado no AI que, segundo o fisco, fora recolhido a menor em razão de falta de recolhimento do imposto incidente sobre a parcela integrante da base de cálculo da energia elétrica, referente ao uso do sistema de transmissão e conexão, por parte da autuada, como previsto no artigo 53-A do anexo IX do RICMS/02, gerando a multa de revalidação prevista no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75.

Registra ainda o AI a constatação de falta de emissão de documentos fiscais das operações supracitadas, ensejando a aplicação também da penalidade prevista no artigo 57 da Lei 6763/75.

Com o devido respeito aos votos majoritários, reputo que o feito fiscal não merece prosperar pois, em nosso modesto entendimento, a energia elétrica no caso específico da Impugnante é mesmo insumo; matéria prima.

Sendo insumo ou matéria prima, não há que se falar em adicional de base de cálculo da energia elétrica cuja tributação foi diferida para o Estado consumidor.

Assim considerando, inexistente relação jurídico-tributária que determine a retenção/recolhimento do ICMS por substituição tributária por ocasião da entrada, no estabelecimento da autuada, de óleo combustível e energia elétrica recebidos de distribuidoras e centrais geradoras localizadas em outros Estados da Federação.

Oportuno salientar que não estamos aqui discutindo o regime de substituição tributária na entrada de mercadorias ou a imunidade absoluta das operações interestaduais com óleo combustível ou energia elétrica. O que se prestigia no presente voto vencido é que estes produtos, derivados de petróleo e energia elétrica se destinam ao processo industrial para obtenção de alumínio.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, se o alumínio produzido será comercializado, o que de fato será, sabidamente o ICMS será recolhido ao Estado destinatário, tal qual defendido pelo legislador complementar.

Para aclarar a condição de insumo/matéria prima da energia elétrica no caso da autuada, temos que o processo de industrialização da alumina e transformação em alumínio contempla a prévia industrialização da energia elétrica. Nessa operação ocorre, indubitavelmente, a modificação da natureza da energia elétrica que é diretamente utilizada como insumo energético para eletrólise do A1203 obtendo aí o alumínio.

Como se observa, havendo a modificação na natureza da energia elétrica no caso vertente com o necessário contato direto com o produto, temos, nesta circunstância, que a energia elétrica no caso da ALCOA mesmo matéria prima.

Não se vê nos autos de outro lado, qualquer registro técnico contrário a este trazido pela impugnante.

Nesta condição de matéria prima, "*permissa venia*", não há que se falar que a impugnante é consumidora final deste produto como defende a fiscalização.

Não sendo consumidora final, o feito fiscal está equivocado.

Aliás, há nos autos inclusive registros técnicos dando conta desta situação relatada neste voto, razão pela qual não é necessária a realização de perícia no caso vertente já que, do ponto de vista técnico, o feito mostra-se instruído.

Pelas razões expostas, indefiro o pedido de perícia e, no mérito, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 11 de abril de 2.011

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**