

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.781/11/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168023-98
Recurso de Revisão: 40.060129991-26 (2ª Câmara), 40.060129888-09 (Contr.)
Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Aperam Inox América do Sul S/A (Arcelomittal Inox Brasil S/A)
IE: 687013342.03-52
Recorrida: Aperam Inox América do Sul S/A, Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro (s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

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

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado a não emissão da nota fiscal de entrada relativamente às operações de conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica, nos termos do art. 53-A, parágrafo único, inciso I, Anexo IX do RICMS/02. Exige-se a penalidade isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6763/75. Entretanto, exclui-se a multa isolada por inaplicável à espécie. Mantida a decisão recorrida.

Recursos de Revisão conhecidos, em preliminar, à unanimidade. No mérito, não providos, à unanimidade o Recurso nº 40.060129888-09 (Contr.) e, por maioria de votos o Recurso nº 40.060129991-26.

RELATÓRIO

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

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

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 19.177/11/2ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prevista no inciso XXVIII do art. 55 da Lei nº 6763/75, por inaplicável à espécie, e adotar como data de vencimento da obrigação o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador.

Inconformada, a Recorrente/Contribuinte interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 1675/1683.

Considerando-se que a decisão se deu pelo voto de qualidade e é igualmente desfavorável, em parte, à Fazenda Pública Estadual, fez-se necessário, também, o reexame da matéria pela Câmara Especial de Julgamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 do RPTA/MG.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, I e § 2º do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, parcialmente desfavorável tanto à empresa atuada quanto à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis ambos os Recursos de Revisão.

Do Mérito

Considerando que a decisão ora tomada por esta Câmara Especial é concorde com a fundamentação do Acórdão recorrido e que o recurso *sub examine* aborda todas as matérias meritórias nele tratadas, transcreve-se excertos da decisão “*a quo*” como fundamentos dessa decisão.

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

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

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

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 2º O imposto incide sobre:

§ 1º O imposto incide também:

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

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

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

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;

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

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

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

Finalmente, por questões de praticidade e eficiência, a parcela da base de cálculo da substituição tributária ficou a cargo do destinatário da energia elétrica, especialmente a parcela referente ao valor total pago a todas as transmissoras pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, com eficiente controle do pagamento do ICMS, dentro da configuração constitucional do referido imposto.

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

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

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

(...)

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

Neste diapasão, o Convênio 83/00 dispôs sobre o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica, quando não destinadas à comercialização ou industrialização, como segue:

CONVÊNIO

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

Cláusula segunda O valor do imposto retido é resultante da aplicação da alíquota interna prevista na legislação da unidade federada de destino sobre a base de cálculo definida no art. 13, inciso VIII e § 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996. (Grifou-se)

Posteriormente, o Convênio ICMS 117/04, na sua redação original, impunha ao consumidor livre e ao autoprodutor, que retirasse energia elétrica da rede básica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão, bem como a emissão da nota fiscal de entrada, mensalmente, nos seguintes termos:

CONVÊNIO ICMS 117/04

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 116ª reunião ordinária, realizada em Foz do Iguaçu, PR, no dia 10 de dezembro de 2004, tendo em vista o disposto nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte

C O N V Ê N I O

Cláusula primeira - Fica atribuída ao consumidor livre conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica.

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

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

O diploma legal acima descrito foi alterado pelo Convênio ICMS 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 Recorrente/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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...) (Grifou-se)

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

Em seguida, a referida incidência foi submetida ao regime de substituição tributária, conforme previsão expressa na Lei nº 6763/75, nos seguintes termos:

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

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

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

Neste diapasão, frise-se, em decorrência do Convênio ICMS nº 117/04, o art. 53-A do Anexo IX do RICMS/02 prescreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

Ressalte-se que o Regulamento do ICMS, em sintonia com os convênios anteriormente citados, com a Lei Complementar nº 87/96 e com o Código Tributário Nacional - CTN - para não deixar dúvida, dispõe expressamente que, na hipótese de atribuição de responsabilidade ao destinatário pela parcela relativa ao uso e a conexão na rede de distribuição, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, observar-se-á o disposto no Anexo XV - que são as regras gerais de substituição tributária, atualmente em vigor. Veja-se:

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

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

II - o consumidor livre conectado à rede básica ou o autoprodutor que retirar energia da rede básica.
(Grifou-se)

Assim, verifica-se a existência do espectro normativo válido para atribuir responsabilidade à adquirente e Recorrente/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 Recorrente/Autuada, em razão de estar conectada e utilizar a rede de distribuição de energia elétrica como consumidor livre.

No tocante à base tributável adotada pelo Fisco, infere-se do art. 53-A, inciso I, alínea "a" que a base de cálculo do ICMS a ser consignada na nota fiscal corresponde exatamente ao valor total pago a todas as transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto.

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 subsequentes:

(...)

3 - o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo; (Grifou-se)

(...)

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

(...)

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

Da mesma forma, ocorre no caso sob análise. Os encargos cobrados dos destinatários relativos à conexão e uso da rede básica, que não foram incorporados à base de cálculo do ICMS por substituição tributária, calculado pela distribuidora ou geradora de energia elétrica, devem compor a base de cálculo para a cobrança do ICMS da Recorrente/Autuada.

Neste sentido, a base de cálculo para as operações com energia elétrica foi definida pelo art. 13, inciso VIII e § 1º, inciso I, da LC nº 87/ 96, *in verbis*:

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

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

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

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. (Grifou-se)

Portanto, a base de cálculo a ser adotada para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária é o valor de que decorrer a entrada da energia elétrica, incluindo-se todas as demais despesas ou encargos cobrados do destinatário, conforme prescreve objetivamente o art. 13, inciso VIII e § 1º da LC nº 87/96 acima descrito.

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

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

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

(...)

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

(...)(Grifou-se)

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

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

Art. 71 - A base de cálculo a ser adotada na hipótese do artigo anterior é o valor total pago a todas as transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão de energia elétrica, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, jogando por terra toda a argumentação da Recorrente/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”.

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

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

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

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

RELATOR: EDUARDO ANDRADE

RELATOR DO ACÓRDÃO: EDUARDO ANDRADE

DATA DO JULGAMENTO: 13/03/2007

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/03/2007

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - CONTRATO DE FORNECIMENTO - CONSUMIDOR LIVRE - FATO GERADOR - VALOR TOTAL DA OPERAÇÃO NEGOCIADA. DIREITO À COBRANÇA RETROATIVA DE PARCELAS DO ICMS, INCIDENTE SOBRE A TUSD, PAGAS PELA CONCESSIONÁRIA E NÃO LANÇADAS, OPORTUNAMENTE, NAS FATURAS MENSAS. O ICMS DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR TOTAL DA ENERGIA ELÉTRICA QUE TENHA SAÍDO DA LINHA DE TRANSMISSÃO E SIDO DISPONIBILIZADA AO ESTABELECIMENTO USUÁRIO, PARA SEU CONSUMO E RESERVA, PELA QUAL SE PAGA TARIFA ESPECIAL, PRÉ-ESTABELECIDADA, RECONHECIDA A ATIVIDADE DA CONTRATANTE, COMO 'CONSUMIDOR LIVRE', SEGUNDO NEGÓCIO CELEBRADO ENTRE ELE E A CONCESSIONÁRIA. DE SE RECONHECER O DIREITO À COBRANÇA RETROATIVA DO

'CONSUMIDOR LIVRE' DE PARCELAS DO ICMS INCIDENTE SOBRE A TUSD - TARIFAS DO SISTEMA DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - NÃO LANÇADAS, OPORTUNAMENTE, NAS RESPECTIVAS FATURAS MENSAS DO USUÁRIO, MAS, EXTEMPORANEAMENTE RECOLHIDAS PELA CONCESSIONÁRIA, AOS COFRES ESTADUAIS, SOBRETUDO PORQUE NÃO ACRESCIDOS, NA COBRANÇA REGRESSIVA, OS JUROS E MULTA DE MORA. (GRIFOS NOSSOS).

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

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

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VII - no recebimento, por destinatário situado em território mineiro, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

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

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

O dispositivo em questão contém o seguinte comando:

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Destaque-se, por oportuno, que a legislação mineira não alterou o conteúdo de institutos do Direito Civil utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal para fazer imposição tributária não prevista constitucionalmente. O legislador dos convênios e o estadual mantiveram-se fiéis aos conceitos da Constituição, não havendo qualquer ofensa ao disposto nos arts. 109 e 110 do CTN.

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

A ocorrência dos fatos geradores já foi tratada acima.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Assim, não é o caso de se exigir a penalidade capitulada pelo Fisco, por entrada de energia elétrica desacompanhada de documento fiscal, pois tais entradas ocorreram amparadas por documentos fiscais emitidos pelos estabelecimentos que comercializaram a energia elétrica.

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

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

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

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

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

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

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

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

Pede, ainda, a defesa, a reformulação do Auto de Infração, com novos cálculos dos juros de mora, uma vez que os cálculos do Fisco não respeitaram a real

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

data de vencimento prevista no art. 85, inciso I, alínea “c”, subalínea “c.1” da Parte Geral do RICMS, c/c art. 53-A do anexo IX do mesmo regulamento.

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

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

Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

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

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

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

Portanto, pelos fatos e fundamentos expostos, deve ser mantida a decisão recorrida.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, também à unanimidade, em negar provimento ao Recurso nº 40.060129888-09 e, quanto ao Recurso nº 40.060129991-26, por maioria de votos, em negar-lhe provimento. Vencido o Conselheiro Danilo Vilela Prado (Relator) que lhe dava provimento nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor). Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Henrique Napoleão Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão, José Luiz Drumond e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 18 de novembro de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Sauro Henrique de Almeida
Relator /Designado