

Acórdão: 3.300/07/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050121403-70
Recorrente: Samarco Mineração S/A
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Milton José Simões Baeta da Costa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154742-06
Inscrição Estadual: 400.115470.01-18
Origem: DF/ BH-3

EMENTA

EXPORTAÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - MINÉRIO DE FERRO BENEFICIADO. Descaracterização da não-incidência do ICMS em operação de remessa de minério de ferro beneficiado em transferência de um para outro estabelecimento da Recorrente, com o fim específico de exportação, face à não comprovação de que a mercadoria transferida foi efetivamente exportada no mesmo estado em que saiu do território mineiro. Infração caracterizada nos termos do artigo 5º, inciso III, §§ 1º e 2º da Parte Geral dos RICMS/96. Exigências de ICMS, multa de revalidação e redução do saldo credor. Acolhimento parcial das razões da Recorrente para excluir os efeitos do cancelamento do AI 01.000148681-97, bem como as exigências de multa de revalidação e juros de mora. Decisão mantida.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA E BENS DO ATIVO FIXO UTILIZADOS EM ÁREA ALHEIA À ATIVIDADE PRINCIPAL DO ESTABELECIMENTO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, provenientes de aquisições de energia elétrica e de bens do ativo fixo utilizados no mineroduto, área apartada da atividade principal do estabelecimento. Procedimento fiscal respaldado nos artigos 66, inciso II, subalínea “a.2”, §4º “1.2” e 70, inciso XIII, da Parte Geral do RICMS/96. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75 e redução do saldo credor. Acolhimento parcial das razões da Recorrente para conceder-lhe os créditos relativos ao consumo de energia elétrica nas bombas do mineroduto. Não foi objeto de recurso.

Recurso de Revista conhecido por maioria de votos e não provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, via verificação fiscal analítica, das operações de transferência de minério de ferro beneficiado do estabelecimento da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Recorrente, situado em Minas Gerais, para estabelecimento industrial e filial situado no Estado do Espírito Santo, para nova industrialização e posterior exportação, sem levar a débito o ICMS devido pela operação, bem como sobre aproveitamento indevido de crédito de energia elétrica e bens do ativo fixo utilizados em área alheia à atividade principal do estabelecimento, no período de 01/01/2000 a 31/12/2000.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.720/07/1ª, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco e ainda, para excluir os efeitos do cancelamento do AI 01.000148681-97, as exigências de multa de revalidação e juros de mora em relação às transferências de mercadorias para o Estado do Espírito Santo e conceder os créditos relativos ao consumo de energia elétrica.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 3.224/3.233, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no acórdão 13.750/99/3ª, indicado como paradigma.

Transcreve os mesmos fundamentos da impugnação apresentada referente ao entendimento de que a autuação foi no sentido de descaracterizar o regime de não-incidência do ICMS nas operações de transferência de minério de ferro entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo contribuinte.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista interposto.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 3.254/3.258, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, cumpre-nos verificar o atendimento, também, da condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal.

O acórdão recorrido (fls. 3.209/3.222) trata, conforme já mencionado, de duas irregularidades: descaracterização da não-incidência do ICMS de transferência de minério de ferro entre estabelecimentos da Recorrente remetido para exportação e aproveitamento indevido de créditos de energia elétrica e bens do ativo fixo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A matéria recorrida trata da não tributação das operações interestaduais de mercadoria (minério de ferro) do estabelecimento mineiro da Recorrente para outro estabelecimento seu localizado no Estado do Espírito Santo, fazendo constar no documento fiscal, como natureza da operação, transferência de produto do estabelecimento com o fim específico de exportação. A decisão foi pela aprovação do trabalho fiscal no sentido de que incide o imposto na transferência entre estabelecimentos do mesmo titular em face de não comprovação de que a mercadoria transferida foi efetivamente exportada no mesmo estado em que saiu do Estado de Minas Gerais. Faz citação da não aplicação da Súmula 166 do STJ em razão do art. 88 da CLTA/MG.

O acórdão paradigma 13.750/99/3ª (fls. 3.236/3.239) trata da exigência do imposto na transferência de bens do ativo fixo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. A decisão foi pelo cancelamento do trabalho fiscal pela impossibilidade de exigência do imposto no caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular sustentando a decisão na Súmula 166 do STJ.

Após análise dos autos e inteiro teor do acórdão indicado como divergente, constatamos assistir razão à Recorrente, eis que a decisão mencionada refere-se à não incidência do ICMS na transferência interestadual de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular situação que se coaduna com o caso presente, e, naquele, foi aprovado o trabalho fiscal. Destarte, está evidenciada a divergência jurisprudencial.

Diante disso, reputa-se atendida a condição do inciso I do art. 138 da CLTA/MG. Via de conseqüência, configuram-se os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revista.

Do Mérito

Valendo-se da faculdade contida na norma disposta no art. 47 do Regimento Interno deste Conselho, ratificam-se integralmente os fundamentos da decisão recorrida, expostos no acórdão de fls. 3.209/3.222, transcrito a seguir, com pequenas adequações/modificações.

De início cabe destacar que, como em outros lançamentos (exercícios de 1999 e 2000), a Recorrente questionou a duplicidade de exigência fiscal.

Como dito nas peças anteriores, devidamente explicado pelo Fisco, a impressão tida pela Recorrente decorre dos efeitos da recomposição da contra-gráfica da Recorrente.

Com efeito, o demonstrativo do crédito tributário dos dois PTAs relativos aos exercícios de 1999 e 2000, produziram efeitos nos próprios exercícios e nos exercícios subseqüentes, em decorrência dos saldos credores existentes na escrita fiscal da empresa, no período inicial de fiscalização.

Com certeza, não existe exigência em duplicidade neste e naqueles outros lançamentos.

Item 1 – da descaracterização da exportação

Em resumo, conforme descrito no relatório do Auto de Infração, a ação fiscal descaracterizou as operações de exportação da Samarco Mineração S/A constantes das notas fiscais que acobertaram as remessas de minério de ferro beneficiado da Samarco/MG para a Samarco/ES, nos exercícios de 2001 a 30.09.2006, além de estornar créditos referentes a produtos consumidos e energia elétrica utilizada no mineroduto.

A descaracterização da exportação reside em dois fundamentos básicos:

1) remessa de mercadoria com fins específicos de exportação, porém destinada a processo industrial por estabelecimento da Recorrente situado em outra unidade da Federação;

2) porque a Samarco/MG não detém quaisquer documentos comprobatórios da exportação dos produtos constantes das notas fiscais autuadas, não existindo, portanto, quaisquer registros nos órgãos federais reguladores das exportações ou tão pouco memorandos de exportação que vinculem saídas de mercadorias para o exterior à Samarco/MG, ora Recorrente.

Sustenta o Fisco, ainda, que tanto a legislação federal como a estadual não consideram exportações as operações promovidas pela Samarco/MG, de saída de matéria-prima (“pellet feed”), em forma de “polpa de minério” ou “concentrado”, destinada ao seu estabelecimento no Estado do Espírito Santo (Samarco/ES), uma vez que o “pellet feed” constitui-se no componente principal de outro produto, as “pelotas”, que são exportadas diretamente pela Samarco/ES, pelo estabelecimento de pelotização situado em Ponta de Ubú/ES.

Quanto ao primeiro fundamento, os dispositivos legais dos RICMS, abaixo transcritos, vigentes nos períodos em que ocorreram as operações, regulamentando a Lei Estadual 6763/75 em seu inciso II e §§ 1º e 3º do art. 7º, assim prescreviam:

RICMS/96 – efeitos a partir de 16/09/96.

“Art. 5º - O imposto não incide sobre:

(...)

III - a operação, a partir de 16 de setembro de 1996, que destine ao exterior mercadoria, inclusive produtos primário e produto industrializado semi-elaborado, bem como sobre prestação de serviços para o exterior;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - A não-incidência de que trata o inciso III alcança:

1) a operação que destine mercadoria com o fim específico de exportação para o exterior, observado o disposto nos artigos 259 a 270 do Anexo IX, a:

1.1) outro estabelecimento da empresa remetente;

1.2) empresa comercial exportadora, inclusive "trading company";

1.3) armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro;

(...)

§ 2º - O disposto no item 1 do parágrafo anterior somente se aplica à operação de remessa da própria mercadoria a ser exportada posteriormente, no mesmo estado em que se encontra, ressalvado o seu simples acondicionamento ou reacondicionamento.

(...)"

RICMS/02 – efeitos a partir de 07/08/03

"Art. 5º - O imposto não incide sobre:

(...)

III - a operação que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produto industrializado semi-elaborado, bem como sobre a prestação de serviços para o exterior, observado o disposto nos §§ 1º a 4º deste artigo e no item 126 da Parte 1 do Anexo I";

(...)

§ 1º - Observado o disposto no § 3º, a não-incidência de que trata o inciso III do *caput* deste artigo alcança:

I - a operação que destine mercadoria diretamente a depósito em armazém alfandegado ou em entreposto aduaneiro com o fim específico de exportação, por conta e ordem de empresa comercial exportadora, inclusive *trading company*, observado o disposto nos art. 243 a 253 da Parte 1 do Anexo IX;

II - a saída de produto destinado a consumo ou a uso de embarcação ou aeronave de bandeira estrangeira, aportadas no País, qualquer que seja a finalidade do produto a bordo, desde que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a - a operação seja efetuada com amparo em Despacho de Exportação, devendo constar, no documento, como natureza da operação: "fornecimento para consumo ou uso em ... (embarcação ou aeronave) ... de bandeira estrangeira aportada no País";

b - o adquirente possua sede no exterior;

c - o pagamento pela aquisição do produto seja efetuado em moeda estrangeira por meio de:

c.1 - pagamento direto, mediante fechamento do câmbio em banco autorizado;

c.2 - pagamento indireto, a débito da conta de custeio mantida pelo agente ou representante do armador adquirente do produto;

d - haja comprovação do embarque do produto pela autoridade competente;

III - as operações relativas a exportação de mercadoria para o exterior a que se referem as Seções II, IV, V e VI do Capítulo XXVI da Parte I do Anexo IX.

§ 2º - O disposto no inciso I do parágrafo anterior somente se aplica à operação de remessa da própria mercadoria a ser exportada posteriormente, no mesmo estado em que se encontre, ressalvado o seu simples acondicionamento ou reacondicionamento".

Enquadrando as operações tidas como exportação pela Samarco/MG aos dispositivos legais supracitados logo se conclui que as saídas do "pellet feed" destinadas ao estabelecimento da Samarco/ES não poderiam ser consideradas exportação direta, uma vez que a Samarco/MG não realizara exportação do seu único produto final ("pellet feed"), ficando tal operação por conta do estabelecimento sediado no Espírito Santo.

Resta então observar se se trata de exportação indireta sob a regra de remessa com o fim específico de exportação de que tratavam os arts. 259 a 270 do Anexo IX do RICMS/96, vigentes no exercício objeto da presente ação fiscal.

A exportação indireta, em resumo, seria aquela onde a Samarco/MG destinaria a mercadoria, para exportação dessa mesma mercadoria, a outro estabelecimento, observando o disposto nos arts. 259 a 270 do Anexo IX do RICMS/96 e do Capítulo XXVI do Anexo IX do RICMS/02.

Ocorre, no entanto, que a Samarco/MG promove operações com "pellet feed", não ao mercado externo, mas sim a outro estabelecimento no Estado do Espírito Santo (Samarco/ES), local onde é exercida a atividade de pelletização, com posterior

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exportação do produto obtido, agora e com toda a documentação em nome da Samarco/ES.

A Recorrente reputa não válido o dispositivo regulamentar mineiro que presta interpretação restritiva à não-incidência nas operações de exportação indireta, entendendo-o contrário aos disposto em normas superiores (CF/88 e LC 87/96).

Para enfrentar tal posição basta esta Casa se reportar ao disposto no artigo 88 da CLTA/MG, que veda a negativa de aplicação de legislação tributária consubstanciada em atos normativos do Poder Executivo.

Para o caso presente, entretanto, desnecessária a solução anterior. É que a aplicação da restrição contida no § 2º, transcrito em linhas anteriores, admite análise crítica, de modo a apreciar a efetividade do significado da operação praticada pelo remetente.

Ora, se a remessa for para industrialização, evidentemente que não se trata de remessa com fins específicos de exportação, mas sim de transferência de mercadoria para industrialização, e depois, posterior exportação do produto resultante do processo industrial.

Muito embora a Recorrente não reconheça a preparação de pelotas como processo industrial, outra coisa não é, com fulcro no Laudo Pericial juntado aos autos pela defesa, produzido por ocasião de lançamentos versando sobre a remessa de produtos semi-elaborados.

Pelo que consta no mencionado laudo, elaborado pela ENGENAP ENGENHARIA, por determinação judicial, na formação da pelota verde/crua, são adicionados como aglomerantes os seguintes produtos: cal calcítica; cal dolomítica; bentonita; calcário dolomítico e calcário calcítico.

Utiliza-se, ainda, o carvão antracítico no processo produtivo.

As pelotas são classificadas como RD- pelotas para redução direta e AF – pelotas para alto forno, ambas com composição química própria, conforme descrito às fls. 22 do laudo pericial, sendo que cada tipo de pelota tem utilização diferente nos processos produtivos seguintes (nos destinatários adquirentes).

Continuando, o Laudo Pericial informa que após a obtenção das pelotas cruas, estas passam pelo forno, “incorporando à sua composição química as novas espécies que constituem os aditivos”.

Destaca ainda o bem elaborado Laudo, que o “forno utilizado pela Samarco é o maior forno de pelotização do mundo, sendo tipo grelha móvel, possuindo 257 carros conectados formando uma corrente sem fim, com 4,0 metros de largura e 176 metros de comprimento”.

Após a transformação das pelotas verdes em pelotas secas, pelo processo de queima, que se inicia com 500° C, até atingir 1.350° C, tem-se um novo produto onde

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“as alterações cristalinas sofridas pelas pelotas ocorrem primeiramente pelo rearranjo das moléculas e posteriormente pelo surgimento de ligações químicas entre os elementos e compostos dos materiais presentes, resultando, conseqüentemente, em uma nova estrutura molecular e cristalina”.

Por fim, após a produção dos dois tipos de pelotas, extrai-se, ainda, um subproduto denominado “pellet screening”, considerado rejeito industrial, com frações abaixo de 6,3 mm.

Desta forma, resta demonstrado, de forma inequívoca, a realização de processo industrial no estabelecimento de Ponta de Ubú, sendo certa a acusação de que a operação verdadeira é a transferência de mercadoria para industrialização.

Resta claro, então, que o “pellet feed” produzido pela Samarco/MG é transformado pela Samarco/ES, sendo mercadorias com apresentações físicas diferentes: enquanto o “pellet feed” assemelha-se a uma areia fina, o “pellet” é uma esfera aglomerada e rígida com aproximadamente 15 mm de diâmetro, inclusive possuindo NCM ou NBM/SH diferenciadas.

Portanto, afastada a hipótese de exportação direta promovida pelo próprio remetente, as operações desse remetente, não enquadradas no § 2º do art. 5º do RICMS/96 e do RICMS/02 (remessa com o fim específico de exportação), seriam consideradas normais, ou seja, estariam submetidas aos dispositivos ordinários do RICMS/96 e RICMS/02, que não aqueles específicos da exportação.

Por isso mesmo o segundo apontamento do Fisco, de completa ausência de documentos fiscais relativos à exportação, junto ao estabelecimento mineiro, uma vez que toda a mercadoria produzida (pelotização) pelo estabelecimento capixaba foi por ele diretamente exportada.

Ao admitir, apenas por argumentação, a possibilidade de se caracterizar as operações como remessas interestaduais, a defesa destacou dois outros aspectos que, ao seu entendimento, ainda assim não levaria o feito fiscal adiante.

O primeiro deles refere-se à Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, que nega incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Neste caso, embora se possa reconhecer que a Fazenda Pública não vem obtendo sucesso com suas argumentações, ainda que após a vigência da Lei Complementar 87/96, que trata da incidência do tributo nas transferências de modo expresse, não cabe a apreciação da defesa por força na norma inculpada no art. 88 da CLTA/MG.

Noutra linha, destaca a defesa que em tempos outros, a empresa realizava a mesma operação objeto do lançamento em debate, denominando-a de transferência interestadual, e teve contra si lançamentos fiscais, já quitados em decorrência de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

transação entre Recorrente e Fazenda Pública, ao entendimento de se tratar de exportação de produtos semi-elaborados, no caso o minério de ferro.

Pleiteia, assim, a aplicação do disposto no art. 146 do CTN, que veda a alteração de critério jurídico, exceto para períodos posteriores à mudança de interpretação.

O mencionado art. 146 assim expressa, in verbis:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

A interpretação do dispositivo em questão não tem sido fácil, quer pela doutrina ou pela jurisprudência, sendo certo que a Administração Fiscal não pode adotar procedimentos interpretativos diversos para um mesmo fato.

Comentando sobre o tema, o Mestre Paulo Barros de Carvalho (1993, p. 278-279), dá conta de que a alteração do critério jurídico não pode ocorrer em relação ao mesmo período já lançado pelo Fisco, mas somente para os períodos subsequentes. Exemplificando, destaca o renomado autor:

“Nem sempre é fácil distinguir o erro de fato do erro de direito, entrepondo-se uma região nebulosa, uma área cinzenta, que a dogmática ainda não conseguiu suplantar. Isso não nos impede de aplicar a discriminação nos pontos que enxergamos nítidos. Figuremos um exemplo de erro de fato. O agente público, ao verificar o valor da operação, base de cálculo do imposto, toma-o a menor, promovendo a determinação da dívida em quantia inferior à que efetivamente é. Tempos depois, antes, naturalmente, que flua o prazo decadencial, procede a expediente de ofício, comunicando ao sujeito passivo a alteração havida no lançamento originário. Houve erro de fato e, portanto, é regular a iniciativa modificadora da Fazenda Pública.”

“Noutro quadro, o funcionário competente promove o cálculo do tributo devido, mediante aplicação de alíquota certa, digamos 17%, em virtude da classificação que entende correta, para certo produto industrializado, na tabela do IPI. Posteriormente, sem apontar qualquer aspecto material novo do bem que analisara, muda de opinião, passando a classificá-lo numa posição mais gravosa da tabela, onde a alíquota é de 23%, alegando que esse é o percentual juridicamente mais adequado àquele

produto industrializado. A alteração não pode prevalecer, fundada que está em mudança de critério jurídico. O agente não poderia, segundo o direito, desconhecer a diretriz jurídica apropriada à escolha da alíquota. Houve erro de direito e o citado art. 146 só permite aplicar o novel critério para fatos jurídicos tributários subseqüentes àquele que ensejou a interpretação.”

Nesta linha de raciocínio, não pode mudar o critério para modificar o lançamento anterior, mas pode fazê-lo em relação aos fatos geradores ocorridos após o último período do lançamento findo.

No caso em análise, com a mesma interpretação, admiti-se tratamento novo após 01.11.1996, uma vez que o Fisco somente manifestou-se em relação ao período anterior.

Por outro lado, ainda que tal corrente não seja a de maior aceitação, existindo aquela que não admite nenhuma exigência fiscal, outros doutrinadores, buscando sustentação no art. 100 do próprio CTN, entendem possível a exigência do tributo, sem os acréscimos legais, sendo esta a que melhor se afeiçoa à indisponibilidade do crédito tributário.

Dúvidas não existem de que, até a vigência da LC 87/96, a Recorrente remetia o minério de ferro no mesmo estado do remetido nas operações objeto da presente discussão, intitulado de remessa interestadual.

O Fisco naquela ocasião, desconsiderou a pelotização realizada no estabelecimento de Ponta de Ubú e exigiu o imposto devido a título de exportação de produto semi-elaborado, no caso o minério de ferro.

Em sua Manifestação Fiscal nestes autos, salienta o autor que a acusação fiscal anterior se deu em razão de deficiência de redação do ordenamento mineiro, que acabou por tratar exportação e remessa interestadual num mesmo dispositivo.

Destaca, também, o Fisco, que a Recorrente não sofreu nenhum prejuízo, uma vez que naquela ocasião, por determinação regulamentar específica, a carga tributária incidente na exportação direta e na remessa interestadual era a mesma, equivalente a 6% (seis por cento).

Sem razão o Fisco, uma vez que, não obstante os valores, a efetiva acusação anterior era de remessa para exportação sem recolhimento do imposto.

A ora Recorrente, diante das acusações postas pelo Fisco, buscou corrigir seu procedimento, passando a lançar nos documentos fiscais a remessa com fins específicos de exportação.

Ao longo dos exercícios de 1996 a 2004, a Recorrente praticou regularmente suas operações, tal qual descrito nos documentos, mencionando remessa

com fins específicos de exportação, mas encaminhando o minério para a unidade de pelotização.

Por diversas vezes esteve o Fisco de posse da documentação da Recorrente, analisando seus créditos, que em decorrência da remessa amparada pela não-incidência, acumularam-se ao longo dos anos, sendo objeto de diversas transferências nos termos da legislação específica para os estabelecimentos exportadores.

Os documentos presentes nos autos demonstram que o Fisco, no período mencionado, sempre admitiu a condição de empresa exportadora, autorizando as transferências dos créditos.

Como o próprio autor do trabalho fiscal reconhece, somente em 2005 a Unidade Fazendária decidiu por uma visita ao estabelecimento de pelotização, quando então constatou a existência do processo industrial, que retira a possibilidade de realização de remessas com fins específicos de exportação.

O Código Tributário Nacional, com status de lei complementar, em seu art. 100 prescreve:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Consubstanciada, portanto, a prática reiterada do Fisco em admitir as operações praticadas pela Recorrente ao longo desses anos como de remessa com fins específicos de exportação.

Neste caso, o disposto no parágrafo único acima transcrito determina a exclusão da responsabilidade da Recorrente sobre os valores de multas, juros e atualização monetária, uma vez que o Fisco se mostrou conivente com a irregularidade praticada.

Excluem-se, desta forma, as exigências de multa de revalidação e juros de mora, em relação às transferências interestaduais de mercadorias para o estado do Espírito Santo, devendo-se levar em consideração, ainda, os efeitos do cancelamento do PTA 01.000148681-97, partindo a nova recomposição da conta gráfica do saldo credor existente em dezembro de 1999 e respectiva repercussão até o saldo de dezembro de 2000.

Item 2 - Do Crédito Estornado

Embora não tenha sido objeto do presente recurso, cumpre reafirmar que, observando as atividades da Recorrente, descritas pelo próprio sujeito passivo, observa-se que existe uma fase do processo que se resume apenas em transporte do minério de ferro (“pellet feed” em forma de “polpa de minério”) através de tubulação metálica (mineroduto) com extensão de 396 km entre o estabelecimento da Samarco, em Mariana/MG, e o estabelecimento do mesmo titular, em Anchieta/ES.

Ainda, entre os estabelecimentos do remetente e destinatário existe outro estabelecimento, no município de Matipó/MG, conhecido como “estação de bombas de Matipó” (CNPJ 16.628.281/0010-52) ou EB2 (estação de bombas 2), sendo que no final do processo industrial no estabelecimento da Samarco/MG (CNPJ 16.628.281/0003-23), em Mariana/MG, ora Recorrente, encontra-se a EB1 (estação de bombas 1).

A EB1, a EB2 e o mineroduto (tubulação metálica com 396 km), considerados em conjunto, formam e prestam-se apenas ao sistema de transporte do minério de ferro da Samarco/MG para a Samarco/ES, que, por sua vez, está desvinculado – o sistema de transporte - do processo produtivo industrial da Samarco/MG, pois o mineroduto como um todo (EB1, EB2 e tubulação) simplesmente transporta o único produto fabricado pela Recorrente.

Quanto aos créditos relacionados ao mineroduto (EB1, EB2 e tubulação metálica) seriam, basicamente, energia elétrica utilizada para acionamento das bombas pneumáticas (dotadas de êmbolo) para “empurrarem” a polpa de minério no interior da tubulação metálica e produtos destinados ao ativo aplicados na EB1, EB2 como na tubulação metálica, existindo ainda, partes e peças, lubrificantes etc., com diminuta expressividade no montante dos créditos.

Ressalte-se, ainda, que os créditos lançados nos livros fiscais da EB2 são apropriados nos livros da Recorrente com base na “apuração centralizada do imposto”.

Destaca o Fisco que a base de cálculo para apuração do imposto, no presente lançamento, levou em consideração apenas o custo de produção até a obtenção do produto acabado (“pellet feed”), sem considerar, todavia, quaisquer custos relacionados ao mineroduto (EB1, EB2 e tubulação metálica), significando dizer que os custos relacionados ao mineroduto não foram oferecidos à tributação no presente lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A regra da não-cumulatividade é um mecanismo que impede que haja tributação na operação anterior, já tributada; tudo se passando como se a base de cálculo, em cada operação, fosse apenas o valor agregado àquele de entrada da mercadoria. Este mecanismo consiste em permitir o aproveitamento do imposto pago na etapa imediatamente anterior, considerando o débito da correspondente saída da mercadoria.

Entretanto, em oposição à regra da não-cumulatividade, existem diversos “institutos tributários” que justamente anulam seus efeitos. Isto porque o legislador pretendia dotar a legislação tributária de instrumentos capazes de interferir na economia sob vários aspectos, quais sejam: incentivar setores econômicos, desonerar operações, mercadorias ou classe de contribuintes, postergar lançamento e pagamento do imposto para etapa posterior, aguardar evento futuro para determinar a incidência do imposto, etc..

Assim, considerando que o “diferimento” postergaria o lançamento e pagamento do imposto para etapa posterior e a “suspensão” aguardaria evento futuro para definir a incidência do imposto, s.m.j., *data venia*, tanto o “diferimento” quanto a “suspensão” seriam aqueles mecanismos contrários à regra da não-cumulatividade, sendo que não estariam – “suspensão” e “diferimento”-, como manifesta a Recorrente, em serviço da regra da não-cumulatividade.

A consulta interna nº 066/2006, à fl. 391, em resposta a empresa que transporta mercadoria (gás natural) através de gasoduto, analogamente ao transporte da Recorrente, entendeu, assim como o Fisco no presente lançamento, mesmo antes da existência da supracitada consulta, que os componentes da tubulação metálica do gasoduto seriam considerados “bens alheios à atividade do estabelecimento”, nos termos da IN DLT/S.R.E. nº 01/98.

Evidentemente, por extensão do entendimento encerrado na consulta, os bens do ativo aplicados na EB1 e EB2, igualmente, seriam alheios à atividade do estabelecimento, sendo, ainda, empregados em atividade não tributada pelo ICMS, qual seja: o transporte do minério de ferro pronto para ser comercializado.

A bem da verdade, não se pode falar que o mineroduto é um bem alheio, pois de fato não o é. Está, isso sim, fora do sistema central de produção, caracterizando-se como linha marginal ao processo produtivo.

Por outro lado, o mineroduto, tal como as linhas férreas e as usinas hidrelétricas, é considerado bem imóvel, conforme reiteradas decisões deste Conselho, legitimando, assim, o estorno de crédito realizado pelo Fisco.

Quanto à energia elétrica, considerando que seria utilizada em atividade não tributada pelo ICMS, além de não se enquadrar na definição de produto intermediário previsto pelas IN SLT 01/1986 e 01/2001, segundo o Fisco, classifica-se como produto destinado ao uso ou consumo do estabelecimento da Recorrente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, não sendo a energia elétrica utilizada no processo produtivo, mas sim no transporte de mercadoria até o seu destino, em tese, não se admite o crédito do imposto.

Entretanto, no período de ocorrência dos fatos geradores, o inciso III do art. 66 do RICMS/02 c/c a alínea “c” do inciso I do § 4º, assim prescrevia:

Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

I e II - ...

III - à entrada de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º deste artigo;

§ 4º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

I - até 31 de dezembro de ... (2010):

c - que for consumida por estabelecimento que realize operações ou prestações para o exterior, na proporção destas em relação às operações ou prestações totais;

Desta forma, sendo a Recorrente um estabelecimento exportador, o crédito de energia elétrica alcança a energia consumida em outras áreas da empresa, que exatamente o processo produtivo central, exceto em relação à atividade alheia.

Conforme já abordado anteriormente, não se pode falar, ao analisar o consumo de energia elétrica, que o mineroduto é alheio à atividade da empresa, sendo certo que, por ele se realiza uma atividade marginal ao processo produtivo.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revista. Vencidos os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Roberto Nogueira Lima, que dele não conheciam. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Antônio César Ribeiro e Luiz Fernando Castro Trópia, que lhe davam provimento, nos termos do Recurso (fls. 3227/3229). Designado relator o Conselheiro Edvaldo Ferreira (Revisor). Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Rafael Queiroz Sales e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros

vencidos acima mencionados.

Sala das Sessões, 12/11/07.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente**

**Edvaldo Ferreira
Relator/Designado**

CC/MG