

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.335/14/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000172534-95
Impugnação: 40.010135763-21
Impugnante: Vale Energia S.A
IE: 062397387.01-51
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - RJ

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido na entrada em território mineiro de energia elétrica proveniente de outros Estados, contrariando determinação do art. 67 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário parcialmente quitado. Acolhimento parcial das razões da Impugnante por parte do Fisco para excluir do crédito tributário os valores referentes a notas fiscais que tiveram o ICMS/ST recolhido anteriormente, em GNREs com falhas no preenchimento. No entanto, exclui-se, ainda, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, em decorrência de não se adequar ao caso tratado nos autos. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a constatação de falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), referente ao período de 01/01/08 a 31/12/10, incidente nas operações interestaduais de fornecimento de energia elétrica efetuadas pela Autuada para consumidores localizados em Minas Gerais.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro do art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, além da Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação e da Manifestação Fiscal

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 199/209 dos autos, acompanhada dos documentos de fls. 210/523.

Afirma, em síntese, o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- reconhece parcialmente o crédito tributário exigido ao concordar com a incidência de ICMS/ST nas operações acobertadas pelas Notas Fiscais n°s 003, 004, 005, 007, 010, 012 e 015 (fls. 35/43, 56/57, 61, 64 e 67) e realiza o recolhimento do Documento de Arrecadação Estadual – DAE de fls. 222/223, com os tributos, multas e juros incidentes sobre tais operações, nos termos da autuação.

- em relação às Notas Fiscais n°s 067, 068, 069 e 071 (fls. 108/111), os valores devidos a título de ICMS/ST já foram por ela anteriormente quitados, conforme Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNREs apresentadas às fls. 232/239.

- as guias referentes a tais notas fiscais foram emitidas com erro no “campo 16 – Nome da Firma ou Razão Social”, do qual consta o nome do destinatário das mercadorias e não o do remetente, como previsto na legislação. No entanto, cada GNRE traz em seu corpo as expressões “*pagamento referente ICMS ST VALE ENERGIA (RJ) PARA O ESTADO DE MG*” e “*N° do documento de origem*”, acompanhada do número da nota fiscal a que se refere (fls. 232/239).

- procedeu à solicitação de retificação das GNREs, devidamente instruída com declarações das destinatárias da energia elétrica (fls. 258/269) informando que não requererão a restituição dos valores pagos.

- em relação às Notas Fiscais n°s 149, 151, 152, e 156 (fls. 157 e 159/161), os valores devidos a título de ICMS/ST também já foram anteriormente quitados pela Autuada. Apesar de quitados em atraso, os valores foram acompanhados de juros e multas, conforme GNREs de fls. 241/256.

- as guias referentes a tais notas fiscais estão corretamente preenchidas no “Campo 16 – Nome da Firma ou Razão Social”, pois trazem o nome do remetente, Vale Energia S/A, responsável pelo recolhimento do ICMS/ST. No entanto, o “Campo 03 – CNPJ do Contribuinte” está erroneamente preenchido com a identificação do destinatário (fls. 241/256).

- procedeu à solicitação de retificação também destas GNREs, devidamente instruída com declarações dos destinatários (fls. 258/269), informando que não requererão a restituição dos valores pagos.

- a legislação tributária, partindo da CF/88 até se chegar aos convênios e à legislação estadual, prevê a incidência de ICMS/ST sobre as operações interestaduais que destinem energia elétrica a este Estado “se e somente se não destinada à comercialização ou à industrialização”.

- o estabelecimento Vale S/A de Itabira, inscrito no CNPJ sob o n° 33.592.510/0164-09, um dos adquirentes da energia elétrica comercializada pela Impugnante, por força do Contrato de Concessão de Uso de Bem Público na Forma Compartilhada para Geração de Energia Elétrica n° 102/00 – ANEEL – AHE FUNIL, celebrado com a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e com a Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG (fls. 271/288), está autorizado a se estabelecer como produtor independente de energia elétrica e, por conseguinte, a comercializar a potência e/ou energia adquiridas, seja para empresas do mesmo grupo ou para terceiros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a energia elétrica das notas fiscais que remanescem na autuação foi adquirida da Autuada pelo mencionado estabelecimento Vale S/A Itabira para posterior revenda a diversas empresas do Grupo Vale e também a terceiros, razão pela qual as notas fiscais da operação interestadual de venda de energia elétrica foram emitidas sem considerar a incidência de ICMS/ST.

- não há como lhe atribuir responsabilidade por suposto ICMS/ST incidente nas operações autuadas na medida em que a energia elétrica envolvida seria destinada à industrialização ou comercialização pelo contribuinte mineiro e não a consumo final.

- em atenção ao princípio da verdade material, pede a realização de prova pericial para averiguar a afetação da energia elétrica contratada pela empresa Vale S/A Itabira supracitada a operações subsequentes de comercialização/industrialização, apontando assistente técnico. Não apresenta quesitos.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

Após a Impugnação, a Impugnante promove juntada de documentos às fls. 526/564 dos autos.

Nesta juntada, volta a apresentar cópia do DAE de pagamento parcial do crédito tributário, englobando tributo, multas e acréscimos referentes às Notas Fiscais n°s 003, 004, 005, 007, 010, 012 e 015 (fls. 521/536), relacionadas ao período de dezembro de 2008 a março de 2009.

O recolhimento realizado totaliza R\$ 3.452.407,05 (três milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e sete reais e cinco centavos).

Anexa ainda as Notas Fiscais de n°s 067, 068, 069, 071, 149, 151, 152 e 156, acompanhadas das respectivas GNREs de recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais (fls. 537/552), GNREs estas que apresentam falhas nos campos de identificação do responsável pelo recolhimento, contendo, em algumas situações, o nome do destinatário e em outras, o nome do remetente acompanhado dos dados de identificação do destinatário.

Às fls. 553/564, volta a apresentar as diversas declarações de fls. 258/269, emitidas pela empresa Vale S/A, CNPJ n° 33.592.510/0001-54 em nome das filiais que adquiriram energia elétrica da Autuada, acompanhadas das GNREs com as falhas supracitadas, atestando que em relação a nenhuma das notas fiscais envolvidas haverá posterior requerimento de restituição dos valores pagos.

Em face da Impugnação e da juntada de documentos realizada pela Autuada, o Fisco promove a reformulação de fls. 569/572 para excluir parcialmente o crédito tributário em razão do pagamento realizado e também para excluir o montante decorrente das Notas Fiscais n°s 067, 068, 069, 071, 149, 151, 152 e 156 em que houve recolhimento do ICMS/ST, mas as GNREs continham erro na identificação do responsável pelo pagamento ou no CNPJ desse responsável.

Às fls. 575/576, a Impugnante é intimada da reformulação para, querendo, realizar o pagamento/parcelamento do crédito tributário remanescente ou apresentar aditamento à Impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda inconformada, a Impugnante apresenta, às fls. 577/584, um aditamento à Impugnação onde reitera os termos da defesa original e acrescenta os seguintes pontos:

- conforme se nota dos demonstrativos de crédito acrescidos aos autos pelo Fisco, a “reformulação” decorre, tão somente, do acatamento dos pagamentos efetuados por ocasião e anteriormente ao lançamento do crédito tributário, especificamente por meio do DAE de recolhimento parcial da autuação (fls. 222/223) e também pelo acatamento da prévia extinção do crédito de ICMS/ST referente às Notas Fiscais nºs 067, 068, 069, 071 por meio das GNREs com erro na identificação do responsável pelo pagamento.

- o principal argumento da Impugnante, de não incidência do ICMS/ST nas operações com a empresa Vale S/A Itabira, não foi considerado pelo Fisco.

Em seguida, o Fisco intima a Impugnante a apresentar, via e-mail, cópia do Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 relativo ao estabelecimento Vale S/A Itabira, CNPJ: 33.592.510/0164-09, que autorize tal estabelecimento a atuar no mercado como produtor independente e também comercializador de energia elétrica (fls. 585/586).

O Fisco envia ainda à Autuada, por e-mail, o saldo atualizado do PTA em 28/01/13, conforme documentos de fls. 597/603.

A Autuada aponta inconsistências nos valores do crédito tributário por meio do e-mail de fls. 604/611.

Já por meio do e-mail de fls. 612, a Autuada responde que não possui contratos de concessão ANEEL celebrados com estabelecimentos específicos da Vale S/A, visto que o contrato é firmado com a pessoa jurídica, sendo aludido, via de regra, o estabelecimento sede.

Afirma que a Vale S/A possui autorização para gerar, importar ou comercializar energia elétrica.

Reitera ainda que as operações objeto da presente autuação não seriam sujeitas à incidência do ICMS/ST, pois tal energia elétrica já estaria comprometida para revenda quando de sua aquisição pelo estabelecimento Vale S/A Itabira.

Em razão do Aditamento à Impugnação de fls. 577/584, o Fisco promove, às fls. 648/659, uma segunda reformulação do crédito tributário, alterando a apropriação por competência e por rubrica do DAE de quitação parcial da autuação, de fls. 222/223, o que redundou em alterações nos valores remanescentes das competências 12/2008, 01/2009, 02/2009 e 03/2009, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário por Exercício de fls. 648/649.

A segunda reformulação se presta também a alterar o campo “TOTAL Em Reais (R\$)” das competências 05/2010 e 06/2010 do Demonstrativo do Crédito Tributário por Exercício. Comparando a planilha anterior (fls. 570) com aquela integrante da reformulação (fls. 649), percebe-se que apesar de não haver qualquer diferença nos valores das rubricas ICMS, MR e MI para tais competências, a totalização mostrava-se equivocada na primeira planilha, tendo sido corrigido o erro material na segunda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 647 e 660, a Impugnante é intimada da segunda reformulação do crédito tributário para, querendo, realizar o pagamento/parcelamento do crédito tributário remanescente ou apresentar aditamento à Impugnação.

A Impugnante apresenta, às fls. 661/668, uma segunda ratificação da Impugnação, reiterando os termos de suas peças de Defesa apresentadas anteriormente e acrescentando o seguinte questionamento:

- afirma que o novo demonstrativo do crédito tributário não se confirma com os fatos, pois apesar de ter restado um valor de ICMS/ST a recolher para o exercício de 2009 de apenas R\$ 10.011,55 (dez mil e onze reais e cinquenta e cinco centavos), impõe-se uma multa de revalidação de R\$ 56.815,41 (cinquenta e seis mil oitocentos e quinze reais e quarenta e um centavos) e uma multa isolada de R\$ 226.158,10 (duzentos e vinte e seis mil, cento e cinquenta e oito reais e dez centavos), conforme item 9.2 da planilha de fls. 648.

O Fisco, em manifestação de fls. 675/692, em apertada síntese, aduz os seguintes pontos:

- intimada a comprovar a condição de produtor independente de energia elétrica, a Impugnante apresentou o Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 e prestou esclarecimentos sobre a não menção do estabelecimento Vale S/A de Itabira, destinatário da energia comercializada pela Autuada, no referido contrato.

- a distribuição manual do DAE de recolhimento parcial da autuação foi realizada seguindo orientação da divisão interna da Secretaria de Fazenda – SEF/MG denominada NACT/DIPLAD/SUFIS, no âmbito da reformulação do Auto de Infração de 25/02/13, conforme fls. 565/568.

- embora os recolhimentos referentes às Notas Fiscais nºs 067, 068, 069, 071, 149, 151, 152 e 156 tenham sido feitos em GNREs com erro no preenchimento dos dados de identificação do responsável, em face da apresentação de declaração dos destinatários de não requerimento da restituição do ICMS/ST, procedeu-se à exclusão dos valores a elas referentes da presente autuação, nos termos da orientação emanada da Advocacia Geral do Estado por meio do Ofício AGE/GAB/ADJ/AGA nº 037/12 e Nota Técnica nº 003/12, no âmbito de processo análogo (PTA nº 03.000356100.55).

- constatado o erro, promoveu-se primeiramente a extinção parcial do crédito tributário pelo acatamento parcial da impugnação e, em seguida, procedeu-se à distribuição parcial do DAE, ocorrendo alteração nos valores anteriormente informados para os exercícios de 2009 e 2010, conforme quadros de fls. 684/685.

- as reclamações quanto à majoração das penalidades são infundadas, pois o Fisco tem o dever de revisar o lançamento dentro do prazo prescricional, mormente em relação ao erro de fato, nos termos dos arts. 145 e 149, inciso VIII do Código Tributário Nacional – CTN.

- as multas são devidas, pois estão de acordo com a legislação e a jurisprudência administrativa e judicial, não havendo qualquer redução a ser realizada nos valores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, pede a procedência parcial do lançamento, nos termos da segunda reformulação de fls. 648/651, de 25/02/13.

Da Instrução Processual

A Assessoria do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais – CC/MG determina a realização da Diligência de fls. 696/698 para que o Fisco:

- promova alteração na distribuição do DAE de fls. 222/223 de forma que sua apropriação por rubrica e competência atenda à planilha apresentada pela Contribuinte às fls. 221.

- elabore nova planilha listando claramente as notas fiscais que ainda remanescem integrando o Auto de Infração, demonstrando o valor do ICMS/ST, da multa revalidação e da multa isolada referente a cada uma delas.

A Diligência resulta na juntada de documentos de fls. 701/718, por meio dos quais o Fisco demonstra ter cumprido as medidas solicitadas pela Assessoria do CC/MG.

O Fisco envia à Autuada o Ofício nº 393/CON/13/NCONEXT-RJ de fls. 721, acompanhado do “Adendo ao relatório fiscal – Anexo I” (fls. 722/728), que contém esclarecimentos sobre as alterações efetuadas no Auto de Infração, instando-a a realizar o pagamento/parcelamento do crédito ou apresentar nova Impugnação, tudo no prazo de 30 (trinta) dias.

A Impugnante apresenta, às fls. 730/737, um terceiro Aditamento à Impugnação para reiterar integralmente os termos de suas peças de defesa anteriores e para acrescentar o seguinte argumento:

- o estabelecimento Vale S/A de Itabira, CNPJ nº 33.592.510/0164-09, adquirente da energia elétrica comercializada pela ora Impugnante, por força do Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00, está autorizado a estabelecer-se como produtor independente de energia elétrica e, por conseguinte, a comercializar a potência/energia adquiridas, seja de empresas do mesmo grupo econômico, seja de terceiros.

Em nova manifestação de fls. 738/745, o Fisco ratifica integralmente os argumentos apresentados às fls. 675/692 e apresenta novas ponderações conforme abaixo:

- após as reformulações promovidas no Auto de Infração, a Impugnante não mais contesta objetivamente os valores do crédito tributário lançado.

- o cerne da irresignação da Autuada residiria na condição de produtor independente de energia elétrica supostamente atribuída pelo Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 ao estabelecimento Vale S/A Itabira, destinatário de parte da energia elétrica por ela comercializada. Tal condição permitiria à Autuada remeter energia elétrica à Vale S/A Itabira sem retenção e recolhimento do ICMS/ST, visto que esta energia elétrica seria revendida posteriormente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no entanto, o Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 foi celebrado entre a ANEEL, a CEMIG e a Vale S/A (CNPJ: 33.592.510/0001-54), denominadas a partir de então como “concessionárias”, na condição de “produtoras independentes”, integrantes do “Consórcio Funil”, sob liderança da CEMIG (fls. 271).

- a cláusula primeira do citado contrato restringe o alcance do acordo à regulação da exploração, pelas concessionárias, do potencial de energia hidráulica denominado “Central Geradora Funil”, localizado no Rio Grande, nos municípios mineiros de Perdões e Lavras (fls. 272).

- na subcláusula segunda da cláusula primeira (fls. 272) e subcláusula nona da cláusula terceira (fls. 274), a ANEEL autoriza as concessionárias apenas a comercializar ou utilizar a energia elétrica produzida na Central Geradora Funil, na condição de produtoras independentes, até o limite da potência e energia asseguradas a esta.

- não há no Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 autorização para que a Central Geradora Funil comercialize energia elétrica adquirida de terceiros.

- não há qualquer determinação ou mesmo menção ao estabelecimento da Vale S/A Itabira, CNPJ: 33.592.510/0164-09 em tal contrato de concessão.

- a restrição ao comércio trazida pelo contrato de concessão, permitindo a venda apenas da energia gerada pelo produtor independente, está de acordo com os arts. 2º e 15º do Decreto Federal nº 2003/96, que regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor.

- mesmo que o estabelecimento Vale S/A Itabira estivesse incluído no Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00, o que não se verifica, não estaria ele autorizado a comercializar energia elétrica adquirida de terceiros.

- a legislação tributária mineira exige que o consórcio de empresas voltado para a geração de energia se inscreva no cadastro de contribuintes de Minas Gerais, o que deveria ter sido realizado pela CEMIG, líder do Consórcio Gerador Funil. A inscrição não foi realizada.

- a Vale S/A Itabira, destinatária das operações com energia elétrica em discussão, está localizada na Serra do Esmeril, na zona rural do município de Itabira/MG e detém o Código Nacional de Atividade Econômica – CNAE nº “0710-3/01 – Extração de minério de ferro”, ou seja, situa-se em local diverso do estabelecimento da Vale S/A integrante do consórcio Central Geradora Funil, localizado na BR-381, km 662, Perdões/MG.

- não há forma de relevar a autonomia dos estabelecimentos para efeitos de cumprimento da legislação tributária.

- ressalta que a prova pericial é desnecessária, pois, independentemente da destinação dada à energia elétrica pelo estabelecimento Vale S/A Itabira, não detém essa empresa autorização legal para comercializar energia elétrica adquirida de terceiros.

- nessa esteira, as operações de remessa interestadual de energia elétrica com destino à Vale S/A Itabira deveriam estar acompanhadas do recolhimento do ICMS/ST correspondente.

Por fim, pede a procedência parcial do lançamento, atendidas as reformulações do crédito tributário de fls. 712/718 e 722/728.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 749/763, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos das reformulações promovidas pelo Fisco.

DECISÃO

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

Da Preliminar de Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial com vistas a demonstrar a destinação da energia elétrica adquirida pelo estabelecimento da Vale S/A Itabira, CNPJ nº 33.592.510/0164-09. Deixa de formular quesitos relacionados à matéria.

Tendo em vista que a Impugnante não apresentou quesitos a serem respondidos, entende-se pela não apreciação do pedido de perícia com fundamento art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Não obstante a previsão legal pela não apreciação do pedido de perícia, vale salientar ainda que, na análise do mérito, ficará demonstrado que a destinação posterior da energia elétrica comercializada pela Autuada com a empresa Vale S/A Itabira, questão discutida no pedido de perícia, mostra-se irrelevante para o deslinde da questão.

Do Mérito

Inicialmente, importante salientar que a Autuada reconheceu as infringências apontadas pelo Fisco em relação aos documentos fiscais abaixo listados:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 000.004 de 10/12/08 – fls. 224;
- 000.003 de 10/12/08 – fls. 225;
- 000.005 de 11/12/08 – fls. 226;
- 000.007 de 07/01/09 – fls. 227;
- 000.010 de 04/02/09 – fls. 228;
- 000.012 de 06/02/09 – fls. 229;
- 000.015 de 09/03/09 – fls. 230.

Os valores de ICMS/ST, multa de revalidação, multa isolada e juros referentes a tais documentos fiscais foram quitados por meio do DAE de fls. 222/223, no montante de R\$ 3.452.407,05 (três milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e sete reais e cinco centavos).

Os valores reconhecidos pela Autuada estão demonstrados na planilha de fls. 221, anexa à Impugnação e afetam o crédito tributário original nas competências 12/2008, 01/2009, 02/2009 e 03/2009.

O Fisco, inicialmente, procedeu à apropriação dos valores recolhidos em desacordo com a planilha apresentada pela Contribuinte, o que gerou a distorção posteriormente apontada pela Assessoria do CC/MG e também, de forma transversa, pela própria Impugnante, ao afirmar, às fls. 663 dos autos, não compreender como remanesceria, no exercício de 2009, uma multa de revalidação de R\$ 56.815,41 (cinquenta e seis mil, oitocentos e quinze reais e quarenta e um centavos) e uma multa isolada de R\$ 226.158,10 (duzentos e vinte e seis mil, cento e cinquenta e oito reais e dez centavos) para um ICMS/ST de apenas R\$ 10.011,55 (dez mil e onze reais e cinquenta e cinco centavos).

Após as alterações decorrentes da Diligência de fls. 696/698, sanou-se a controvérsia, tendo restado para o exercício de 2009 um crédito tributário total de R\$ 31.147,07 (trinta e um mil cento e quarenta e sete reais e sete centavos), distribuídos entre R\$ 10.011,55 (dez mil e onze reais e cinquenta e cinco centavos) de ICMS/ST, o mesmo valor de multa de revalidação e R\$ 11.123,95 (onze mil cento e vinte e três reais e noventa e cinco centavos) de multa isolada, conforme planilha de fls. 712.

Essa nova apropriação do DAE está de acordo com a planilha apresentada pela Impugnante às fls. 221 dos autos.

No que tange ao recolhimento anterior do ICMS/ST incidente sobre as Notas Fiscais nºs 067, 068, 069, 071, 149, 151, 152 e 156 (fls. 108/111, 157 e 159/161), não há maiores considerações a serem feitas, visto que o Fisco entendeu que as GNREs com falhas de preenchimento, acompanhadas de declarações dos destinatários da energia elétrica de não intenção de pedirem restituição, mostram-se suficientes para garantir a reformulação do crédito tributário com exclusão dos valores correlacionados.

Da análise do último aditivo da impugnação, verifica-se que, depois da última alteração do crédito tributário promovida pelo Fisco, em face da diligência do CC/MG, a Autuada não mais contesta os valores do crédito tributário lançado,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concentrando sua defesa na tese da não incidência de ICMS/ST nas operações objeto da autuação.

A incidência do ICMS na entrada de energia elétrica no estado destinatário, quando esta energia elétrica não se destine à comercialização e à industrialização, decorre da previsão do art. 2º, § 1º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96:

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.

A cláusula primeira do Convênio ICMS nº 83/00 autoriza o Estado de Minas Gerais a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor situado em outra Unidade da Federação, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST incidente nas entradas de energia elétrica não destinada à comercialização ou industrialização:

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.

Por meio do art. 67 do Anexo IX do RICMS/02, o Estado de Minas Gerais efetivamente instituiu tal responsabilidade, atribuindo a condição de substituto tributário aos estabelecimentos geradores ou distribuidores situados em outros Estados, nas operações com energia elétrica destinadas a Minas Gerais:

Art. 67. O estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situado em outra unidade da Federação, é responsável, na condição de substituto tributário, pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, incidente sobre a entrada, em território mineiro, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização do próprio produto.

Desse modo, não restam dúvidas quanto à existência da obrigação de recolher o ICMS/ST por parte do remetente situado em outra Unidade da Federação, nas operações de remessa de energia elétrica a Minas Gerais, quando tal mercadoria não se destine à comercialização ou industrialização do próprio produto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ponto central da irresignação da Autuada seria a condição de “produtor independente” de energia elétrica supostamente detida pelo estabelecimento mineiro Vale S/A, IE nº 317.024161.12-53 e CNPJ nº 33.592510/0164-09, destinatário das operações com energia elétrica objeto das seguintes notas fiscais de saída emitidas pela Autuada:

NF nº 00004, de 07/05/2008 (fls. 29);
NF nº 00009, de 07/08/2008 (fls. 30);
NF nº 00010, de 05/09/2008 (fls. 31);
NF nº 00011, de 06/10/2008 (fls. 32);
NF-e nº 000.000.006, de 11/12/2008 (fls. 44);
NF-e nº 000.000.008, de 09/01/2009 (fls. 58);
NF-e nº 000.000.027, de 06/05/2010 (fls. 85);
NF-e nº 000.000.028, de 06/05/2010 (fls. 86);
NF-e nº 000.000.066, de 10/06/2010 (fls. 107);
NF-e nº 000.000.074, de 02/07/2010 (fls. 112);
NF-e nº 000.000.088, de 04/08/2010 (fls. 118);
NF-e nº 000.000.109, de 02/09/2010 (fls. 130);
NF-e nº 000.000.123, de 04/10/2010 (fls. 143).

A Impugnante sustenta que os dispositivos legais citados em sua peça de defesa retiram as operações interestaduais de energia elétrica destinadas à Vale S/A Itabira do campo de incidência do ICMS/ST, por se tratar de energia elétrica destinada à comercialização pelo estabelecimento adquirente mineiro, tendo em vista a existência do “Contrato de Concessão nº 102/00 – ANEEL – AHE FUNIL” (fls. 271/288).

Tal entendimento seria decorrente de suposta autorização dada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, conforme o mencionado contrato de concessão, para que o estabelecimento destinatário mineiro, Vale S/A Itabira, CNPJ 33.592510/0164-09 pudesse “comercializar a potência e/ou energia adquiridas” (fls. 735), o que caracterizaria a “comercialização do próprio produto pela adquirente” (fls.736).

Entretanto, conforme demonstrou o Fisco, não é o que efetivamente determina o referido contrato de concessão, cujo teor teria servido de sustentação para a falta de retenção do ICMS/ST devido nas operações de fornecimento de energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal contrato de concessão foi celebrado entre a ANEEL, representando a União, e as empresas Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG, CNPJ 17.155.730/0001-67, estabelecida no estado de Minas Gerais, e Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (atual Vale S/A), CNPJ 33.592.510/0001-54, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, denominadas nesse contrato de “concessionárias”, na condição de “produtoras independentes”, integrantes do “Consórcio Funil”, sob a liderança da CEMIG (fls. 271).

De acordo com sua cláusula primeira, o Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 regula a exploração, pelas concessionárias, do potencial de energia hidráulica denominado “*Central Geradora Funil*”, localizado no Rio Grande, nos municípios mineiros de Perdões e Lavras (fls. 272).

Na cláusula primeira, subcláusulas segunda, e cláusula terceira, subcláusula nona, a ANEEL autoriza expressamente as concessionárias a comercializar ou utilizar a energia elétrica produzida na Central Geradora Funil, na condição de produtoras independentes, até o limite da potência e energia asseguradas a esta:

“CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO DO CONTRATO

Este Contrato regula a exploração, pelas Concessionárias, do potencial de energia hidráulica, localizado no Rio Grande, nas coordenadas 21° 05' de latitude sul e 44° 55' longitude Oeste, Municípios de Perdões e Lavras, Estado de Minas Gerais, denominado Central Geradora Funil, com potência instalada mínima de 180 MW...

(...)

Subcláusula Segunda - A energia elétrica produzida na Central Geradora será comercializada ou utilizada pelas Concessionárias, tendo em vista a sua condição de Produtoras Independentes, nas condições estabelecidas neste Contrato e nas normas legais específicas.

CLÁUSULA TERCEIRA - OPERAÇÃO DO APROVEITAMENTO HIDRELÉTRICO E COMERCIALIZAÇÃO DA ENERGIA

(...)

Subcláusula Quarta - A potência assegurada da Central Geradora é de 168 MW, após a completa motorização.

Subcláusula Quinta - A energia assegurada da Central Geradora é de 779.640 MWh/ano, após a completa motorização.

(...)

Subcláusula Nona - As Concessionárias Produtoras Independentes poderão utilizar para consumo próprio e/ou comercializar livremente a sua parcela de energia e potência, (...) até o limite

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da potência e energia asseguradas para o Central Geradora...

(Grifou-se)

Desse modo, ao contrário do que afirma a Impugnante como justificativa para não reter e recolher o ICMS/ST nas referidas operações, não há no Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00 qualquer dispositivo que autorize o Consórcio denominado “Central Geradora Funil” ou as concessionárias dele integrantes a comercializar energia elétrica adquirida de terceiros.

A autorização restringe-se à comercialização parcial ou integral da potência/energia elétrica produzidas pelo próprio estabelecimento do produtor independente, situado, como já dito, nos municípios de Lavras e Perdões, em Minas Gerais.

Ademais, o contrato não faz qualquer menção à suposta inclusão dos demais estabelecimentos da Autuada, restringindo-se a citar apenas a unidade Vale S/A de CNPJ nº 33.592.510/0001-54, situada no Rio de Janeiro.

E nem poderia ser diferente. O Decreto Federal nº 2.003/96, que regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor, norteou a redação das cláusulas do Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00, mormente por meio de seus arts. 2º e 15:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco;
(...)

Art. 15. Os contratos de concessão e as autorizações definirão, nos casos de operação integrada ao sistema, o montante de energia anual, em MWh, e a potência, em MW, que poderão ser comercializados, ou utilizados para consumo próprio, pelo produtor independente ou autoprodutor, e as formas pelas quais esses valores poderão ser alterados.

(Grifou-se)

Assim, ainda que o estabelecimento específico Vale S/A Itabira, CNPJ nº 33.592510/0164-09, estivesse incluído em tal contrato, o que não ocorre, não estaria ele autorizado a comercializar energia elétrica adquirida de terceiros.

Conforme a subcláusula nona da cláusula terceira, anteriormente transcrita, a autorização restringe-se à livre comercialização da parcela da potência/energia elétrica produzida pelo próprio estabelecimento do produtor independente, no caso, a Central Geradora Funil, situada nos municípios de Lavras e Perdões, em Minas Gerais.

Por sua vez, a legislação tributária mineira, no art. 50 do Anexo IX do RICMS/02, expressamente determina a obrigação do estabelecimento gerador de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

energia elétrica, cuja atividade seja explorada mediante consórcio de empresas, de requerer a inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS:

Art. 50. Relativamente ao estabelecimento gerador cuja atividade seja explorada mediante consórcio de empresas, será observado o seguinte:

I - o consórcio, por intermédio da empresa líder, que agirá como mandatária das demais consorciadas, deverá requerer, com anuência expressa destas, inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS;

II - a empresa líder deverá registrar todas as operações da atividade consórcil, em livros próprios do estabelecimento, ficando responsável pelo cumprimento das obrigações principais e acessórias relacionadas com o imposto, previstas para as demais concessionárias ou permissionárias de exploração de energia elétrica.

§ 2º As empresas consorciadas respondem solidariamente pelas obrigações tributárias relacionadas com a atividade consórcil.

Conforme subcláusula sexta da cláusula primeira do retromencionado contrato (fls. 272), a CEMIG foi nomeada responsável pelo cumprimento do contrato de concessão, relativamente às obrigações contratuais perante a União e a ANEEL, sem prejuízo da responsabilidade solidária da Vale S/A.

Entretanto, perante a SEF/MG, nenhuma das concessionárias providenciou o cumprimento da obrigação prevista no art. 50 do Anexo IX, reforçada pela previsão genérica do art. 96, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

I - inscrever-se no cadastro de contribuintes do imposto, antes do início das atividades; (Efeitos a partir de 14/06/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.834, de 13/06/2008.)

Efeitos de 15/12/2002 a 13/06/2008 - Redação original:

"I - inscrever-se na repartição fazendária, antes do início das atividades, inclusive o produtor rural, mediante declaração cadastral específica;"

Subsidiariamente, analisando-se o endereço do adquirente mineiro, em consulta aos dados cadastrais constantes do sistema informações e controle da SEF/MG, verifica-se, que o estabelecimento da Vale S/A Itabira, CNPJ nº 33.592.510/0164-09, destinatário das operações com energia elétrica em discussão, está localizado na Serra do Esmeril – Zona Rural do município de Itabira/MG, exercendo principalmente a atividade do CNAE nº 0710-3/01 - extração de minério de ferro.

Já o estabelecimento da usina da Central Geradora Funil, conforme endereço que consta do seu sítio eletrônico na Internet

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(<http://www.ahefunil.com.br/home/a-usina/localizacao>), está localizado na BR 381, km 662, s/n, Estrada da Ponte de Funil, Perdões - MG - CEP 37260-000.

Não há como relevar, para efeitos tributários, a autonomia dos estabelecimentos, prevista no art. 59, inciso I da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 59. Considera-se autônomo:

I - cada estabelecimento do mesmo titular situado em área diversa;

Os diversos estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica são considerados distintos para fins do cumprimento das obrigações relacionadas ao ICMS, não sendo dado “confundir deliberadamente” um e outro estabelecimento no mero intuito de retirar a responsabilidade da Autuada quanto às operações objeto da exigência do crédito tributário em comento.

Haja vista todo o exposto, mormente a obrigação de se inscrever o consórcio no cadastro de contribuintes do Estado de Minas Gerais, prevista no art. 50, inciso I do Anexo IX do RICMS/02, não há como prosperar a alegação de que o estabelecimento da Vale S/A Itabira estaria também alcançado pelo Contrato de Concessão ANEEL nº 102/00.

Assim sendo, quando da realização das suas operações de remessa de energia elétrica para estabelecimentos situados em Minas Gerais, especialmente ao estabelecimento da Vale S/A Itabira, CNPJ nº 33.592.510/0164-09, deveria a Autuada, na condição de substituta tributária, ter recolhido o ICMS/ST incidente sobre tais operações, em cumprimento ao disposto no art. 67, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, restando corretas as exigências do ICMS/ST e a correspondente multa de revalidação remanescentes no presente Auto de Infração.

Já no caso da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, a sua exigência para o caso tratado nos autos (falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST) merece estudo apartado.

O dispositivo legal capitulado pelo Fisco estabelecia, à data do lançamento:

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

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

A aplicabilidade de tal dispositivo para os casos de substituição tributária sempre ensejou discussão, tendo sido essa matéria decidida pelo CC/MG ora favorável ao Fisco e ora desfavorável, como nos Acórdãos nºs 19.861/10/3ª e 20.542/11/1ª, respectivamente.

O entendimento de quem defendia que o dispositivo não era apropriado para os casos de substituição tributária era de que a norma buscava atingir apenas parcela suprimida em relação à operação própria. Enquanto que aqueles que defendiam que a norma era adequada, também, para os casos de substituição tributária, mesmo quando não havia qualquer indicação de valor a título de base de cálculo, era de que a expressão “consignar base de cálculo diversa” alcançava todas as situações em que a base de cálculo não fosse aquela estabelecida pela legislação.

No entanto, com a publicação da Lei nº 19.978/11, com vigência a partir de 01/01/12, o dispositivo em questão foi alterado pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, passando a ter a seguinte redação:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

Por sua vez, a citada lei agregou à Lei nº 6.763/75 no art. 55, o inciso XXXVII, com a seguinte redação:

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Pela nova redação do inciso VII, alínea “c”, a infração é por consignar em documento fiscal valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à substituição tributária; enquanto a falta de consignação de qualquer valor de base de cálculo passou a ser apenada pelo novo dispositivo do inciso XXXVII.

Assim, como no caso tratado nos autos, em que a acusação fiscal constante no relatório do Auto de Infração é de falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, em cujos documentos não foram consignados qualquer valor a título de base de cálculo, a Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75 não se mostra adequada, devendo ser excluída.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 712/716 e, ainda, para excluir a multa isolada, por inaplicável ao caso dos autos. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 01 de abril de 2014.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**

P

CC/MG