

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.564/17/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000657141-71
Impugnação: 40.010142645-28
Impugnante: Intercement Brasil S.A.
IE: 304014206.26-52
Coobrigado: Intercement Brasil S.A.
CNPJ: 62.258884/0082-00
Proc. S. Passivo: Alessandro Mendes Cardoso/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. No caso dos autos, não se verificou decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário relativamente ao período de 01/10/11 a 25/12/11, nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN).

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST nas aquisições de energia elétrica em operações interestaduais, nos termos do art. 67, 68 e 69 do Anexo XV do RICMS/02. Exigência de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recebimento de energia elétrica em operações interestaduais sem a devida retenção do ICMS/ST, no período de 01/10/11 a 31/12/12.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação, em dobro, capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 53/78 e acosta documentos de fls. 79/149.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 154/175, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

22.564/17/3ª

1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 182/198, opina por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de 01/10/11 a 25/12/11 e pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recebimento de energia elétrica em operações interestaduais sem a devida retenção do ICMS/ST, no período de 01/10/11 a 31/12/12.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação, em dobro, capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente a Impugnante, tendo em vista que foi intimada da lavratura do Auto de Infração (AI) em 26/12/16, pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fazenda Pública de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos entre 01/10/11 a 25/12/11, face ao disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o ICMS, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Porém, no presente caso, não houve pagamento do imposto, uma vez que a Autuada nem chegou a efetuar o lançamento do tributo devido, na medida em que deixou de recolher o ICMS incidente na entrada de energia elétrica oriunda de outra unidade da Federação.

Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadal previsto no art. 173, inciso I, do CTN, que assim prescreve:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, o próprio STJ ratificou esse entendimento no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 – RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS - O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART.173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Ressalta-se que este Conselho tem decidido, reiteradamente, em situações semelhantes, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, o qual determina que o prazo de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Inclusive os Acórdãos citados pela Impugnante (fls. 59/60), proferidos nos Processos n^{os} 01.000400139-18, 01.000400266-29, 01.000421981-17 e 01.000422324-39, nos quais decidiu-se, pelo voto de qualidade, que o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário seria aquele previsto no art. 150, § 4^o do CTN, tiveram as decisões reformadas na Câmara Especial, conforme verifica-se nos Acórdãos n^{os} 4.769/17/CE, 4.767/17/CE, 4.768/17/CE, 4.766/17/CE, respectivamente. Para exemplificar transcreve-se o Acórdão n^o 4.768/17/CE:

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA - NÃO INCIDÊNCIA/SAÍDA MERCADO DE CURTO PRAZO-CCEE. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS REFERENTES À ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA QUE FOI POSTERIORMENTE COMERCIALIZADA NO MERCADO DE CURTO PRAZO (MCP) DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE), AO AMPARO DA NÃO INCIDÊNCIA. CRÉDITOS ESTORNADOS NOS TERMOS DO ART. 71, INCISO I DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XIII, ALÍNEA "B", AMBOS DA LEI N^o 6.763/75. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE SAÍDA - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATOU-SE A FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA CORRESPONDENTES ÀS OPERAÇÕES DE VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA REALIZADAS NO MCP DA CCEE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 53-F, INCISO I DO ANEXO IX DO RICMS/02. EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ADEQUADA AO § 2^o DO CITADO ARTIGO E MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO) EM RAZÃO DE DUPLA REINCIDÊNCIA, CONFORME ART. 53, §§ 6^o E 7^o, TODOS DA LEI N^o 6.763/75. MANTIDA A DECISÃO ANTERIOR.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA - MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SOBRE ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA PROVENIENTE DO MERCADO DE CURTO PRAZO, QUANDO EM POSIÇÃO DEVEDORA NA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE), CONTRARIANDO AS EXIGÊNCIAS DO ART. 53-F, § 2^o, INCISO I DO ANEXO IX DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO DO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATOU-SE A FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA CORRESPONDENTES ÀS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 53-F, INCISO II, ANEXO IX DO RICMS/02. EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVIII DA LEI Nº 6.763/75. MANTIDA A DECISÃO ANTERIOR.

RECURSO DE REVISÃO 40.060142622-61 CONHECIDO E NÃO PROVIDO À UNANIMIDADE. RECURSO DE REVISÃO 40.060142796-86 CONHECIDO À UNANIMIDADE E PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2011, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/12, findando-se em 31/12/16. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/16 e que o Sujeito Passivo foi intimado em 26/12/16 (fls. 49), verifica-se que não ocorreu a decadência do direito de a Fiscalização formalizar o crédito tributário ora em exame.

Em relação ao mérito propriamente dito, a Impugnante argumenta que não há incidência de ICMS nas operações interestaduais com energia elétrica destinada à industrialização, uma vez que a energia elétrica adquirida seria utilizada no processo de industrialização do cimento, que é o produto final por ela comercializado.

Para corroborar seu entendimento, cita o art. 155, inc. II, § 2º, alínea “b” da Constituição Federal.

CF/88

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; (...)

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

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta que o alcance e o sentido deste dispositivo se intensificou com a edição da Lei Complementar Federal nº 87/96, que previu a incidência do ICMS na hipótese de a energia elétrica não ser destinada à industrialização ou comercialização.

Afirma, ainda, que a LC nº 87/96 não delimitou, sob o ponto de vista jurídico, o conteúdo semântico do conceito de *industrialização*, o que foi realizado pela legislação tributária do estado de Minas Gerais.

Entende que de acordo com esta legislação, a industrialização somente estaria caracterizada na hipótese de a energia elétrica ser empregada como matéria-prima. Isso significaria que a energia elétrica adquirida pela Impugnante para fins de industrialização do cimento não seria considerada como destinada à industrialização.

Discordando dessa interpretação, afirma que a energia elétrica considerada como destinada à industrialização deve ser interpretada nos termos dos conceitos definidos pelo Regulamento do IPI.

Transcreve acórdão do STJ que, segundo ela, respalda seu entendimento.

Cita também os acórdãos do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (os mesmos utilizados em relação aos argumentos da decadência), que cancelaram *“parcialmente os Autos de Infração lavrados em face da própria Impugnante, por entender, acertadamente, que as operações com energia elétrica realizadas não são fatos geradores do ICMS, haja vista que a Impugnante adquire a energia elétrica para utilizar no seu processo de industrialização de cimento”*.

Conclui dizendo que restou demonstrado que a energia elétrica adquirida por ela (Impugnante) é destinada à industrialização de cimento e, conforme vedação expressa da própria legislação tributária, dentre as quais o Convênio ICMS nº 83/00, é ilegal a cobrança do ICMS/ST relativa à energia elétrica transferida do estabelecimento da Impugnante localizado em Estreito/MA para a unidade de Ijaci/MG.

Contudo, tal alegação não procede. Desde o julgamento do RE 198.088-SP, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a hipótese de não incidência do ICMS, veiculada no art. 155, § 2º, X, “b” da Constituição Federal de 1988, prevista para operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, é benefício fiscal que não foi instituído em prol do contribuinte, seja consumidor ou não, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá a totalidade do ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

Restou firmado que tal norma constitucional visa promover maior igualdade entre os Estados.

Nesse diapasão, importante reproduzir a legislação tributária acerca da tributação pelo ICMS na entrada do território do Estado destinatário de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais e a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido.

Constituição Federal de 1988

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

(...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) dispor sobre substituição tributária;

(...)

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.

(...)

Art. 6º 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.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em lei de cada Estado. (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

(...)

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

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

(...)

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

(...)

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

Lei nº 6.763/75

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 1º O imposto incide sobre:

(...)

4. a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

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

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reponsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

RICMS/02

Anexo XV

Art. 1º Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido:

(...)

III - pelo adquirente ou destinatário da mercadoria ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente, nas hipóteses de entrada ou recebimento em operação interestadual de:

(...)

b) petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados ou de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto, ainda que o adquirente ou destinatário não seja inscrito como contribuinte deste Estado;

(...)

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.

Art. 68. O contribuinte, inclusive o não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, que receber energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização do próprio produto, sem retenção ou com retenção a menor do imposto, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária.

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.

Destaca-se que nos termos da legislação retro, o ICMS incide sobre “a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No voto condutor do acórdão relativo ao RE 198.088-SP, de relatoria do Min. Ilmar Galvão, assim restou consignando:

O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TRANSCRITO NÃO DISCRIMINA ENTRE OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONTRIBUINTE DO ICMS E OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONSUMIDOR.

É PATENTE, ENTRETANTO, QUE NÃO SE ESTÁ, NO CASO, DIANTE DE IMUNIDADE PROPRIAMENTE DITA, MAS DE GENUÍNA HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO -- COMO ALIÁS, SE ACHA EXPRESSO NO INC. X DO § 2º DO ART. 155 DA CF --, RESTRITA AO ESTADO DO ORIGEM, NÃO ABRANGENDO O ESTADO DE DESTINO, ONDE SÃO TRIBUTADAS TODAS AS OPERAÇÕES QUE COMPÕEM O CICLO ECONÔMICO POR QUE PASSAM OS PRODUTOS DESCRITOS NO DISPOSITIVO SOB ENFOQUE, DESDE A PRODUÇÃO ATÉ O CONSUMO.

NÃO BENEFICIA, PORTANTO, O CONSUMIDOR, MAS O ESTADO DE DESTINO DO PRODUTO, AO QUAL CABERÁ TODO O TRIBUTO SOBRE ELE INCIDENTE, ATÉ A OPERAÇÃO FINAL. DO CONTRÁRIO, ESTARIA CONSÁGRADO TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CONSUMIDORES, SEGUNDO ADQUIRISSEM ELES OS PRODUTOS DE QUE NECESSITAM, NO PRÓPRIO ESTADO, OU NO ESTADO VIZINHO, O QUE NÃO TERIA JUSTIFICATIVA. (DESTACOU-SE)

Logo, a não incidência constitucional relativa à remessa de petróleo e seus derivados e energia elétrica tem como escopo evitar que os Estados produtores sejam excessivamente beneficiados com a venda do mencionado bem. Assim, o referido dispositivo deve ser interpretado no sentido de que somente não haverá incidência do ICMS, **nas entradas oriundas de** operações interestaduais relativas a petróleo e seus derivados, e energia elétrica, quando destinados à industrialização dos próprios produtos.

Havendo a utilização, consumo, dos referidos produtos na atividade de industrialização de outro bem, haverá a incidência do imposto na entrada destes, decorrente de operação interestadual, no estabelecimento do adquirente.

Com relação à matéria, foi publicada pela SEF/MG a Instrução Normativa SLT n° 01/2003, *in verbis*:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SLT N° 01, DE 03 DE JUNHO DE 2003

(MG de 06/06/2003)

Dispõe sobre a interpretação dos dispositivos legais relativos à não-incidência do ICMS nas operações interestaduais com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

O DIRETOR DA SUPERINTENDÊNCIA DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no artigo 23 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto n° 23.780, de 10 de agosto de 1984, e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considerando que a Constituição da República de 1988, em seu artigo 155, § 2º, inciso X, alínea "b", determina a não-incidência do ICMS nas operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

considerando que a referida norma constitucional tem por escopo transferir a tributação, na sua totalidade, para a unidade da Federação destinatária dos produtos em questão, inclusive quando utilizados em finalidade diversa da sua industrialização ou comercialização, não se constituindo, portanto, em hipótese de mera desoneração fiscal tendente a favorecer o consumidor;

considerando que, embora a não-incidência em comento opere em detrimento dos Estados produtores, a própria Constituição em vigor (artigo 20, § 1º) cuidou de assegurar a estes a participação no resultado da exploração dos produtos ou a correspondente compensação financeira por tal exploração;

considerando que, provocado a se pronunciar sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento acima descrito, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 198.088-SP;

considerando que a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, em consonância com os ditames constitucionais, prevê expressamente a incidência do ICMS sobre a entrada, no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais, dos produtos supramencionados, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente (artigo 2º, § 1º, inciso III);

considerando que, relativamente a tal hipótese de incidência, o mesmo Diploma Normativo atribui ao remetente dos produtos a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido, na condição de substituto tributário (art. 9º, § 2º);

considerando que as disposições acima também se encontram presentes na legislação tributária deste Estado - Lei nº 6.763 (artigo 5º, § 1º, item 4), de 26 de dezembro de 1975 e Regulamento do ICMS (artigo 1º, inciso IV, c/c artigo 360, § 1º, inciso II, Parte 1, Anexo IX), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, a exemplo do que ocorria ao tempo em que vigorava o Regulamento anterior (artigo 1º, inciso IV, c/c artigo 372, § 1º, item 2, Anexo IX), aprovado pelo Decreto 38.104, de 28 de junho de 1996;

considerando, ainda, a consagração, no texto constitucional, dos princípios da federação, da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

isonomia e da livre concorrência, bem como do objetivo fundamental de reduzir as desigualdades sociais e regionais;

considerando a necessidade de se efetivar o cumprimento incondicional da norma constitucional, não se admitindo sua sujeição a quaisquer fatores nela não previstos;

considerando que uma interpretação extensiva do termo "industrialização", a que se referem os supracitados dispositivos legais, de modo a alcançar todo e qualquer processo industrial de que façam parte o petróleo, inclusive lubrificantes, os combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e a energia elétrica, implicaria indevida subordinação do mandamento constitucional à eventualidade da tributação das mercadorias resultantes de tal processo, quando distintas daqueles produtos;

considerando, também, a uniformidade de entendimento existente nas demais unidades da Federação, relativamente à presente matéria;

considerando, por fim, a necessidade de orientar os servidores, os contribuintes e os profissionais que atuam na área jurídico-tributária quanto à correta interpretação dos dispositivos em tela, RESOLVE expedir a seguinte INSTRUÇÃO NORMATIVA:

Art. 1º - Incide o ICMS sobre a entrada no território mineiro de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Parágrafo único - Para efeito do disposto no *caput*, entende-se por industrialização a operação em que os mencionados produtos sejam empregados como matéria-prima e da qual resulte petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados ou energia elétrica.

Art. 2º - Relativamente à hipótese de incidência de que trata o artigo anterior:

I - o fato gerador do imposto ocorre no recebimento dos produtos pelo destinatário situado em território mineiro;

II - a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a entrada dos produtos, nesta incluída o montante do próprio imposto;

III - o valor do imposto a recolher é o resultado da aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo definida para a operação, vedada a dedução de qualquer valor a título de crédito;

IV - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao remetente dos produtos, na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

condição de substituto tributário, observado o disposto no artigo 360, § 2º, Parte 1, Anexo IX do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002.

Parágrafo único - A responsabilidade prevista no inciso IV deste artigo alcança também a hipótese descrita no artigo 372, § 2º, item 5, Anexo IX do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 38.104, de 28 de junho de 1996, durante o período em que vigorou tal dispositivo.

Art. 3º - Fica reformulada qualquer orientação dada em desacordo com esta Instrução Normativa.

Art. 4º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos a contar da data de edição dos dispositivos a que se refere.

Belo Horizonte, aos 03 de junho de 2003.

WAGNER PINTO DOMINGOS

Diretor

Constata-se, pois, que o ICMS incidirá sobre a entrada no território mineiro de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, quando não forem destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto, o que é o caso de todas as operações relativas às exigências deste lançamento.

Concernente aos acórdãos citados pela Impugnante (como dito, os mesmos mencionados por ocasião do questionamento da decadência), também neste item (exclusão das exigências fiscais, pois as operações interestaduais com energia elétrica não são fatos geradores do ICMS) a decisão também foi reformada, para reestabelecer as exigências fiscais contidas naqueles processos. Vide, por exemplo, o Acórdão nº 4.766/17/CE, relativo ao PTA nº 01.000422324-39:

(...)

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA - MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SOBRE ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA PROVENIENTE DO MERCADO DE CURTO PRAZO, QUANDO EM POSIÇÃO DEVEDORA NA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE), CONTRARIANDO AS EXIGÊNCIAS DO ART. 53-F, § 2º, INCISO I DO ANEXO IX DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO DO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR. (GRIFOU-SE)

Também não merece prosperar a hipótese aventada pela Impugnante de ilegalidade na incidência do ICMS na transferência de energia elétrica entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende a Impugnante que não há circulação, sob o ponto de vista jurídico, da energia elétrica, mas mero deslocamento físico desta mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte localizados em estados diferentes. Por esta razão, não caberia a incidência de ICMS.

Cita doutrina e decisões do Supremo Tribunal Federal - STF e Superior Tribunal de Justiça - STJ, que se encontram nesse mesmo entendimento, inclusive a Súmula nº 166 do STJ.

No caso em apreço é impertinente tal alegação, uma vez que não se discute a questão da incidência tributária em relação à saída de energia elétrica em operação interestadual. Como já destacado, seja qual for a natureza da operação, transferência ou outra qualquer, não há incidência do ICMS nessa operação.

In casu, a exigência tributária se refere à entrada de energia no estabelecimento da Autuada, oriunda de outra unidade da Federação, respaldada pela legislação de regência do ICMS, já transcrita, bem como pela Suprema Corte que pacificou, no julgamento do RE 198.088-SP, anteriormente referido, o entendimento de que nas operações com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica a tributação pelo ICMS tem por balizamento o princípio de destino, onde deverá ser tributado o consumo desses produtos.

Tem-se, portanto, que a legislação transcrita conduz, de maneira positiva, à incidência do tributo em casos como do presente Auto de Infração, não se aplicando, por via desta circunstância, os preceitos jurídicos defendidos na peça de impugnação.

Assim, esgotado o prazo para o recolhimento do imposto, nos termos do art. 89, inciso IV do RICMS/02, torna-se legítima a exigência do ICMS.

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:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

Quanto às assertivas trazidas pela Defesa relativas ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUIU QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Correta também a eleição dos Sujeitos Passivos para o polo passivo do presente lançamento como responsáveis solidários, por concorrerem para o não recolhimento do ICMS/ST, de responsabilidade dos dois estabelecimentos, face ao disposto no art. 150, § 7º e art. 155, inciso XII, “b”, da CF/88, no art. 6º e art. 9º, § 1º, inciso II e § 2º da Lei Complementar nº 87/98, no art. 22 da Lei nº 6.763/75 e no art. 1º, inciso III, letra “b” e nos arts. 67 e 68 do Anexo XV do RICMS/02, todos transcritos anteriormente.

Cumprir observar que nos termos do art. 124, parágrafo único do CTN, na responsabilidade tributária solidária não há benefício de ordem entre os sujeitos passivos, de modo que respondem igualmente pela obrigação tributária, podendo o Estado exigir o seu cumprimento tanto de um como de outro, ou, como fez no presente caso, dos dois ao mesmo tempo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oralmente a Dra. Samira Ribeiro Narciso e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 25 de julho de 2017.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**

T

CC/MIG