

Acórdão: 21735/15/3ª Rito Ordinário
PTA/AI: 01.000230371-62
Impugnação: 40.010136866-23
Impugnante: Indústria de Papéis Sudeste Ltda
IE: 367.012892.00-34
Proc. S. Passivo: Luís Fernando Resende de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA E GÁS NATURAL. Imputação fiscal de saída de energia elétrica e gás natural que foram repassados a outra pessoa jurídica que exerce suas atividades dentro do mesmo parque industrial da Impugnante. Acusação sustentada no art. 54 do Anexo V c/c art. 96, incisos X e XIX, todos do RICMS/02. Correta a exigência de ICMS e da Multa de Revalidação do art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, no período de 01/01/09 a 31/12/12, forneceu à empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, localizada no mesmo parque industrial, energia elétrica e gás natural sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação do art. 56, inciso II, Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho é complemento do Auto de Infração nº 01.000200466-08, julgado parcialmente procedente pelo Acórdão nº 21.322/14/3ª, oportunidade em que se reconheceu como correta a exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, em decorrência das mesmas saídas desacobertadas.

O processo encontra-se instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF e intimação (fls. 02/03); Auto de Infração – AI (fls. 04/09); Relatório de Auto de Infração (fls. 10/12); Planilha Rateio das Despesas de Energia Elétrica apresentada pelo Contribuinte (fls. 13/15); Planilha Rateio das Despesas Gás Natural apresentada pelo Contribuinte (fls. 16/19); Anexo I – Planilha Rateio das Despesas Energia Elétrica em Percentuais (fls. 20/22); Anexo II – Planilha Rateio das Despesas Energia Elétrica dos Exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012 (fls. 23/29); Anexo III – Planilha Rateio das Despesas de Gás Natural dos Exercícios de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012 (fls. 30/34); Anexo IV – Saída Desacobertada – Total dos Fornecimentos de Energia Elétrica e Gás (fls. 35/37); Anexo V – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 38/40); Acórdão nº 21.322/14/3ª (fls. 41/61); Ofício GAB/DF/JUIZ DE FORA Nº 155/14 e notificação do

Auto de Infração (fls. 62/63); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 64/66).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 67/76, acompanhada dos documentos de fls. 78/357.

Afirma, em apertada síntese, que:

- a venda de energia elétrica, por ser uma concessão, somente pode ser realizada por uma empresa concessionária do serviço, com emissão obrigatória de nota fiscal específica, prevista no art. 130, inciso V do RICMS/02;

- o fato gerador do ICMS, a venda de energia elétrica, não ocorreu. A Autuada apenas se associou à empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda em uma subestação de energia elétrica e, em razão de inviabilidade técnica do contrato assinado com a CEMIG, somente o nome da Autuada constou do contrato de fornecimento;

- o mesmo raciocínio, da ausência do fato gerador, deve ser utilizado em relação ao gás natural, produto que também só pode ser comercializado por concessionária do serviço;

- o AI é nulo por exigir ICMS sobre fato gerador não ocorrido;

- em razão do trânsito em julgado do Processo Judicial nº 014509.558634-6, no qual o TJMG reconheceu a ilegalidade da incidência de ICMS sobre as transferências entre estabelecimentos da Autuada, os débitos realizados nos CFOPs 6.151 e 6.152, assim como os saldos credores de exercícios anteriores, devem ser compensados por meio de recomposição da conta gráfica, procedimento obrigatório com base no art. 195, inciso II, RICMS/02 e que não foi realizado pelo Fisco;

- o prazo prescricional para a compensação de tais débitos foi interrompido pela sentença e, por não se tratar de declaração de inconstitucionalidade ou de negativa de aplicação de ato normativo em vigor, mas sim de cumprimento de sentença, o estorno de ICMS pode ser analisado pelo CC/MG;

Requer, ao final, a procedência da impugnação, com a declaração de nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, que seja realizada a recomposição da conta gráfica com a compensação de saldos credores anteriores e dos estornos de débitos decorrentes de decisão judicial.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 362/374, refuta as alegações da Defesa.

Argumenta, também em resumo, que:

- tanto a ação fiscal desenvolvida quanto a exigência do crédito tributário apresentam todos os requisitos legais e estão amparadas na legislação em vigor à época, mormente no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), publicado pelo Decreto nº 44.747 de 03 de março de 2008,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

razão pela qual não há que se falar na existência de qualquer nulidade no presente Auto de Infração;

- a existência da saída desacobertada de energia elétrica e gás natural já foi reconhecida pelo CC/MG no Acórdão nº 21.322/14/3ª, referente ao PTA nº 01.000200466-08, na medida em que foi mantida, naquela oportunidade, a Multa Isolada do art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75;

- o crédito tributário foi apurado por meio de planilhas de rateio das despesas com energia elétrica e gás natural, apresentadas pela própria Impugnante no processo de auditoria que deu origem ao citado PTA nº 01.000200466-08;

- a utilização do art. 195 do RICMS/02, com conseqüente recomposição da conta gráfica, deve ser afastada em razão de se aplicar à situação o art. 89, inciso I do RICMS/02, que considera esgotado o prazo para recolhimento do imposto em relação à mercadoria cuja saída ocorra sem emissão de documento fiscal;

- de acordo com o Parecer DOET/SLT nº 045/01 de 08/06/01, que interpreta as disposições do art. 195, RICMS/02, a recomposição da conta gráfica somente deve ocorrer quando apurado crédito tributário com base exclusivamente nas informações contidas na escrituração fiscal regular do contribuinte, o que não é o caso dos autos. Salienta que o CC/MG já adotou tal entendimento no Acórdão nº 21.654/14/1ª;

- a análise da regularidade de eventuais estornos de débitos decorrentes da sentença do Processo Judicial nº 0145.09.558634-6 depende de um pedido de restituição do indébito, previsto no art. 28 do RPTA, no qual se analisará a adequação do pedido aos prazos decadenciais e prescricionais, assim como o correto valor a ser restituído;

- apesar de a comercialização da energia elétrica exigir a emissão de uma nota fiscal específica, nos termos do art. 130, inciso V c/c art. 54 do Anexo V, ambos do RICMS/02, o art. 47, inciso III do mesmo Anexo V autoriza o Contribuinte a solicitar emissão de Nota Fiscal Avulsa (NFA) junto à Administração Fazendária de sua circunscrição em tal situação, sem olvidar a possibilidade, prevista no Capítulo V do RPTA, de se requerer um regime especial para situação;

- não existe associação da Impugnante com a EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda para construção da subestação de energia elétrica, como dito. Tal estrutura energética existe no local desde antes da instalação de ambas, pertencendo à empresa Paraibuna Papéis S/A, que arrendou o estabelecimento à Impugnante;

- a empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, no período de 01/06/07 a 31/12/07, apropriou-se, indevidamente, dos créditos referentes à energia elétrica e gás natural adquiridos da Autuada. Desde 01/01/08, em razão de utilização de crédito presumido previsto no art. 75, inciso XIX do RICMS/02 e, posteriormente, de Regime Especial de Tributação (RET), os quais não utilizam débito e crédito, mas sim, carga tributária efetiva, deixou de apropriar tais créditos em sua escrita fiscal. De forma paralela, a Impugnante, mesmo não consumindo toda a energia elétrica e o gás natural adquiridos, passou a se creditar integralmente do ICMS incidente desde 01/01/08, não tendo recolhido qualquer valor a título de imposto desde então, em evidente prejuízo ao erário mineiro;

- a Impugnante tem como sócia majoritária a empresa “Sky Serviços e Participações S/A”, a qual é dirigida pelo Sr. Heitor Luiz Villela. Já a EPM tem como único sócio o Sr. Heitor Luiz Villela Júnior e já contou em seus quadros societários, anteriormente, com outras duas filhas do mesmo diretor da empresa Sky, o que denota clara estratégia de evasão fiscal e não mera associação, como tenta configurar a Impugnante;

- não há dúvidas de que o fato gerador do ICMS ocorreu, já que as mercadorias saíram do estabelecimento da Impugnante e ingressaram na empresa EPM, inclusive com o correspondente pagamento, como demonstram as planilhas de controle apresentadas.

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 377/388, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, no período de 01/01/09 a 31/12/12, forneceu à empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, localizada no mesmo parque industrial, energia elétrica e gás natural sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho é complemento do Auto de Infração nº 01.000200466-08 (Acórdão nº 21.322/14/3ª), julgou correta a exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II, alínea “a”, Lei nº 6.763/75, em decorrência das mesmas saídas desacobertadas.

A Impugnante alega que a venda de energia elétrica, por ser uma concessão, somente pode ser realizada por uma empresa concessionária, com emissão obrigatória de nota fiscal específica, prevista no art. 130, inciso V, RICMS/02 e cita a Lei Federal nº 9.074/95, referente à concessão e comercialização de energia elétrica, aplicável somente em relação às empresas concessionárias e permissionárias do serviço elétrico, tendo em vista que somente elas têm autorização legal para comercializar a mercadoria.

O art. 4º da citada lei federal, em seu *caput*, descreve o objeto do instrumento normativo, qual seja, as concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de potenciais energéticos, não se aplicando à Impugnante, empresa do ramo de papelão, polpa moldada e seus derivados:

Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou outorgadas nos termos desta e da Lei n° 8.987, e das demais.

E, o art. 54 do Anexo V do RICMS/02, apesar de ser uma norma destinada às concessionárias, expressamente prevê a utilização da nota fiscal modelo 6 por qualquer estabelecimento que promover a saída de energia elétrica:

Art. 54 - A Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, será utilizada por qualquer estabelecimento que promover saída de energia elétrica.

Não obstante, como bem cita o Fisco, o art. 47, inciso III do mesmo Anexo retrocitado autoriza a emissão de nota fiscal avulsa (NFA) nas situações em que a legislação não especifica o tipo de documento fiscal a ser utilizado:

Art. 47 - A Nota Fiscal Avulsa, impressa pela Secretaria de Estado da Fazenda, será emitida pela repartição fazendária, à vista de requerimento do interessado e mediante o recolhimento da taxa de expediente:

(...)

III - em outras hipóteses, a critério do Chefe da repartição fazendária.

Assim, mesmo que seja a emissão de nota fiscal modelo 6 restrita às concessionárias/distribuidoras de energia elétrica, não se aplicando àqueles que não detém tal condição, caberia à Autuada, como forma de acobertar a saída de energia elétrica (e também de gás natural) para a empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, solicitar a emissão de NFA junto à Repartição Fazendária de sua circunscrição. Trata-se de uma operação de saída de mercadoria e, como tal, deve ser acobertada por documento fiscal.

E, tendo a Impugnante patrocinado a saída das mercadorias em comento, o fato de não possuir autorização para comercializá-las não pode ser alegado como fundamento para deixar de acobertá-las com documento fiscal e de recolher o tributo devido na operação.

É assente na doutrina e na jurisprudência que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, sob pena de se desvirtuar toda a lógica do sistema jurídico, incentivando o comportamento que a legislação busca vedar.

De outro modo, há ainda a possibilidade de o contribuinte, diante das peculiaridades das operações ou prestações praticadas no seu estabelecimento, solicitar o Regime Especial de Tributação previsto no art. 50, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n° 44.747/08, razão pela qual não se justifica a comercialização das mercadorias em comento desacobertadas de documentação fiscal:

Art. 50. O regime especial será concedido:

I - para atender às peculiaridades do interessado no que se refere às operações ou prestações envolvidas, caso em que o interessado demonstrará

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

as circunstâncias que justifiquem o procedimento que se pretende adotar;

Todo o raciocínio anterior, inclusive no que tange à obrigação de emitir o documento fiscal nas saídas destinadas à EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, quanto na de recolher o tributo incidente na operação, também se aplica à comercialização do gás natural, posto que se trata de situação semelhante, com idênticos fundamentos de defesa.

A Autuada aduz, ainda, que o fato gerador do ICMS, venda de mercadoria, não ocorreu, já que o que existe, tanto para a energia elétrica quanto para o gás natural, é apenas um “rateio das despesas” entre ela própria e a empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

Entretanto, cumpre esclarecer que o fato gerador do tributo é a ocorrência, em si, que traz à tona a exigência do respectivo ônus para o contribuinte. A lei descreve situações que, ao ocorrerem na vida real, fazem com que se fixe o momento do nascimento da obrigação tributária. E, o art. 114 do Código Tributário Nacional define o fato gerador da obrigação principal como “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

No caso do ICMS, especificamente no que interessa ao presente trabalho, o fato gerador do tributo é a saída de mercadoria, representada pela sua circulação jurídica, nos termos do art. 2º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

No presente Auto de Infração, a Impugnante, adquirente original de energia elétrica e gás natural, promoveu a saída de ambas as mercadorias com destino à empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, situada dentro do mesmo parque industrial, não restando qualquer dúvida em relação à ocorrência do fato gerador do ICMS.

O nome dado pela Autuada à operação, seja ele “rateio de custos” ou “associação”, em nada altera os elementos fáticos da relação, tratando-se de informação irrelevante do ponto de vista jurídico-tributário, posto que presentes os requisitos para o surgimento da exação tributária.

Desse modo, como não há dúvida de que o fato gerador do ICMS ocorreu e que o tributo é devido ao Estado de Minas Gerais, im procedem os argumentos da Impugnante.

A alegação de nulidade do trabalho por inexistência do fato gerador, que engloba questão de mérito e não matéria preliminar como argui a Autuada, não se sustenta, na medida em que está devidamente comprovado o surgimento do fato gerador do ICMS, tanto em relação à saída de energia elétrica, quanto de gás natural.

Na mesma esteira, também não prospera a alegação da Autuada de que associou-se à empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda para construção de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

uma subestação de energia elétrica e que, por inviabilidade técnica no contrato da Cemig, somente seu próprio nome constou do contrato do fornecimento.

Como bem salienta o Fisco, a subestação nem mesmo foi construída pelas envolvidas, já estando presente no imóvel antes mesmo da instalação de qualquer uma das duas no local. A subestação pertence à empresa Paraibuna Metais S/A, que é a dona do parque industrial, o qual foi apenas arrendado à Impugnante.

Além disso, conforme já exposto, na hipótese de saída, com destino à EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, da energia elétrica adquirida da CEMIG, caberia à Impugnante providenciar emissão de documento fiscal, o que não foi realizado, não merecendo guarida o argumento apresentado.

A Impugnante entende, ainda, que o trânsito em julgado do Processo Judicial nº 0145.09.558634-6, no qual se reconheceu a ilegalidade da incidência de ICMS nas transferências entre seus estabelecimentos, com interrupção do prazo prescricional para compensação do ICMS indevidamente exigido, deve o Fisco realizar a recomposição de sua conta gráfica, nos termos do art. 195, inciso II do RICMS/02, de forma a serem compensados os estornos de débitos e os saldos credores de exercícios anteriores.

Porém, o Parecer DOET/SLT nº 045/01, que interpreta as disposições do art. 195 do RICMS/96, reproduzido no atual RICMS/02, no mesmo art. 195, a recomposição da conta gráfica só é devida quando o tributo for apurado com base em sua escrita regular, o que não ocorre nos autos, uma vez que as exigências do presente Auto de Infração decorrem de saída desacobertada de mercadorias:

REFERÊNCIA: Art. 195, § 2º e item 8 da Parte Geral do RICMS/96 - Divergências CC nº 53/94 e CFD 478/94

ASSUNTO:

RECOMPOSIÇÃO DA CONTA GRÁFICA OU CRÉDITO EXTEMPORÂNEO.

(...)

o procedimento de verificação fiscal previsto no artigo deverá ser levado a efeito apenas pelo Fisco, exigindo o respectivo débito ou permitindo o crédito, constituindo-se, portanto, em uma ação fiscal, e terá como base os documentos e livros fiscais apresentados pelo contribuinte na sua escrituração regular. Logo, excetua-se da VFA, vale dizer, da possibilidade de o contribuinte poder abater eventuais débitos apurados, com os respectivos créditos ou com saldos credores da conta gráfica, os procedimentos levados a efeito pela fiscalização no qual se apure as irregularidades cometidas pelo contribuinte com base em outros elementos que não aqueles informados ou postos à disposição pelo contribuinte em sua escrita regular. Como exemplos, citamos o LQFD (aberto ou fechado), o "caixa-dois", o levantamento do passivo e outros roteiros. (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente ao trânsito de mercadorias, exercido nos Postos Fiscais e Ações Volantes, bem como sobre a exigência fiscal decorrente de infração à legislação tributária constatada no estabelecimento de contribuinte, nas hipóteses previstas no art. 89 da Parte Geral do RICMS/96, o imposto deverá ser exigido no momento da ação fiscal, considerando-se esgotado o prazo para pagamento do imposto devido, ou seja, não será dado ao contribuinte o direito de compensar o débito ali apurado com eventuais créditos existentes ou a apurar na sua conta gráfica, para pagamento no prazo normal do período subsequente. (Grifos acrescidos).

Ademais, o art. 195 do RICMS/02 teve sua redação modificada pelo art. 3º do Decreto nº 46.698, de 30/12/2014, tendo entrado a alteração em vigor a partir de 01/02/15, que deixou de prever a utilização da recomposição da conta gráfica como forma de apuração do montante da infração, e, por força do disposto no art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, nessa hipótese, a nova legislação alcança o fato gerador ocorrido anteriormente a sua publicação:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. (Grifou-se).

Outrossim, a compensação dos estornos de débito decorrentes da sentença proferida em sede de Processo Judicial deve ser antecedida de um pedido de restituição do indébito, nos termos do art. 28 do RPTA, de forma a se verificar, com base no conteúdo da decisão judicial, o valor do crédito do tributo não alcançado pela prescrição ou decadência, o qual poderá, de fato, ser utilizado pelo Contribuinte no abatimento dos débitos devidos:

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária ou no Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST a que estiver circunscrito, indicando as informações relativas ao recolhimento indevido e, sempre que possível, o valor a ser restituído.

Por fim, a empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, tem como único sócio o Sr. Heitor Luiz Villela Júnior, filho do Sr. Heitor Luiz Villela, diretor da empresa Sky Serviços e Participações S/A, empresa que é a sócia majoritária da Autuada. Além disso, a EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda teve como sócias,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

anteriormente, as outras duas filhas do Sr. Heitor Luiz Villela, denotando que se trata de um único grupo econômico.

Pelo exposto, conclui-se que a Autuada e a empresa EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, vinculadas, de fato, ao mesmo sócio, orquestraram uma forma irregular de saída de energia elétrica e gás natural da primeira para a segunda, inclusive com apropriação irregular de créditos decorrentes da entrada de tais mercadorias, com o claro e deliberado intuito de lesar o erário mineiro.

Corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Cindy Andrade Moraes (Revisora), Eduardo de Souza Assis e Regis André.

Sala das Sessões, 17 de junho de 2015.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator**