

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.290/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169196-27
Impugnação: 40.010129851-39
Impugnante: Light Esco Prestação de Serviços S/A
CNPJ: 73.688855/0001-20
Proc. S. Passivo: Vanderlei Guedes da Rocha/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - RJ

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO – ENERGIA ELÉTRICA. Constatado que a Impugnante reteve e recolheu a menor o ICMS devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais, incidente nas operações interestaduais com energia elétrica, em decorrência de a apuração da base de cálculo do imposto estar em desacordo com o estabelecido no art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96 e art. 13, § 15 da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação trata sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária para o Estado de Minas Gerais, incidente nas operações interestaduais com energia elétrica, em decorrência de a apuração da base de cálculo do imposto estar em desacordo com o estabelecido no art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96 e art. 13, § 15 da Lei nº 6.763/75, pois a Autuada não incluiu o montante do próprio imposto na base de cálculo do ICMS/ST.

Exige-se, sobre as diferenças verificadas, o ICMS/ST, a Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 190/203, anexando a documentação de fls. 205/448.

A Fiscalização promove a reformulação do crédito tributário (fls. 449/481).

Intimada a ter vistas dos autos, a Impugnante manifesta-se às fls. 483/489, em síntese:

- requerendo a nulidade do lançamento por falta de fundamentação para a inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS/ST;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- alegando que o preço da energia ofertado engloba todos os tributos, inclusive PIS e COFINS.

Ao final apresenta os documentos de fls. 490/515.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 516/539, pedindo que seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação de fls. 449/481.

Em Sessão realizada em 29/01/13 (fls. 543), a Egrégia 1ª Câmara de Julgamento deliberou, de forma unânime, pela conversão do julgamento em diligência para que a Fiscalização: “1) demonstre para todas as operações autuadas, após a reformulação do crédito tributário de fls. 449/481, a não inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS/ST destacado nas notas fiscais autuadas, tendo em vista que consta na Impugnação (fls. 488) a alegação de que o preço ofertado aos clientes já engloba todos os tributos, incluídos PIS e COFINS, exceto o ICMS, bem como em razão de que em alguns e-mails sobre a cotação de preços consta a informação de que somente o ICMS não estava incluído no preço;

2) analise a diferença entre o total da coluna ICMS/ST da Planilha Cálculo 1 – Verificação Fiscal (fls. 464) e o total da coluna ICMS/ST da Planilha Cálculo 1 – Verificação Fiscal (fls. 468);

3) abra vista dos autos à Impugnante pelo prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 120, inciso II, §1º do RPTA, manifestando-se logo em seguida.” (destaque nosso)

Em atendimento à diligência supracitada, a Fiscalização manifesta-se às fls. 545/606, apresentando os seguintes fundamentos:

- demonstra que partindo do PLD + ágio + inclusão ICMS + PIS e COFINS há recolhimento do ICMS/ST;

- corrige erros de transposição de valores;

- promove adequação da Multa Isolada ao percentual de 20% (art. 55, inciso VII, “c”), conforme reformulação do crédito tributário de fls. 608/615.

A Impugnante volta a se manifestar (fls. 621/627), afirmando que:

- reconhece a exigência de ICMS em relação à Nota Fiscal nº 463 (já reconhecida anteriormente);

- a Fiscalização desconsidera a liberdade de negociação prevista no mercado livre de energia;

- a Fiscalização baseia-se no mercado cativo de energia;

- destaca que todas as notas fiscais autuadas referem-se a contratos de curto prazo;

- o preço da energia é ofertado com a inclusão dos tributos federais e sem o ICMS;

- o destaque do PIS e da COFINS nas NFs só será obrigatório a partir de julho de 2013 pela Lei nº 12.741/12 que dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consumidor, de que trata o § 5º do art. 150 da Constituição Federal e altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor;

- apresenta, por amostragem, e-mail de negociação e arquivo “.xml” das notas fiscais autuadas nºs 136, 634 e 635 (Obs. Nos e-mails de negociação das citadas NFs consta que o preço da energia é: PLD médio do SE +R\$ ágio) /MWhora, incluído PIS e COFINS e excluído o ICMS).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 640/666, pela procedência parcial do lançamento nos termos das reformulações de fls. 449/481 e 608/615.

DECISÃO

Da Preliminar

Preliminarmente, a defesa requer a nulidade do lançamento argumentando que a reformulação do crédito tributário foi realizada sem qualquer fundamentação que a justificasse. Informa que as planilhas apresentadas pela Fiscalização são de difícil compreensão e que tudo isso somado repercute na nulidade do lançamento.

Sem razão a preliminar invocada porque, ao contrário do que se afirma e, ainda que não tivesse planilha alguma nos autos, bastaria a Defesa demonstrar de maneira pontual e analítica a inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do tributo estadual.

Trata-se, portanto, de matéria de prova que está ao alcance da parte, razão pela qual se rejeita a preliminar arguida.

Do Mérito

Inicialmente, a acusação fiscal tratava de retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), referente aos exercícios de 2008/2010, incidente nas operações interestaduais de fornecimento de energia elétrica efetuadas pelo Sujeito Passivo por regime especial de tributação, nos termos da Cláusula Primeira, do Convênio ICMS nº 83/00, publicado no DOU de 21/12/00 e alterado pelos Convênios ICMS nºs 134/06 e 135/10, para destinatários localizados no Estado de Minas Gerais, uma vez que não incluiu na base de cálculo do ICMS/ST o montante do próprio imposto.

A legislação que rege a espécie assim dispõe:

Lei nº 6.763/75:

Da base de cálculo

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

(...)

§ 15 - o montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Lei Complementar nº 87/96:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

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

Após a reformulação do crédito tributário pela Fiscalização (fls. 449/481), a acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS/ST passou a ser a seguinte:

- falta de inclusão de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS/ST;
- NF nº 537 calculou imposto com alíquota de 12% (doze por cento) e, também, falta de inclusão de PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS/ST.

Como se observa, a imputação fiscal que persiste é analisar se os valores levados à tributação contemplam, na composição da base de cálculo do tributo Estadual, a parte relativa ao PIS e à COFINS.

A Impugnante registra que de fato contemplou, na apuração da base de cálculo do tributo, o PIS e a COFINS e a Fiscalização, de seu turno, enxerga que os casos “comprovados” mediante “e mails” e contratos, foram excluídos quando assim se pronunciou a Fiscalização nos autos:

“Em nenhum momento foi desconsiderada a liberdade de negociação no ambiente de contratação livre, sendo os e mails/contratos válidos e aceitos pelo Fisco, dentro do razoável, para a comprovação dos valores acordados com o cliente e verificação da correta apuração da base de cálculo do ICMS/ST.” (grifou-se)

Como se observa, a própria Fiscalização, segundo registra a sua manifestação constante de fls. 658, registra que admitiu expurgar das exigências fiscais os casos em que houve de fato a comprovação, via “e mails” e contratos, a inserção do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS cobrado neste feito e que tal registro está contemplado, também, por corolário lógico, na reformulação constante de fls. 608/615.

Diante deste quadro, não há como acolher a comprovação, “por amostragem” efetivada pela Contribuinte, pois, como visto, a acusação fiscal em comento precisa ser enfrentada de forma pontual e analítica, sendo certo afirmar que as provas pontuais trazidas a refutar a acusação fiscal, na forma posta pela Fiscalização como transcrito aqui, foram efetivamente reconhecidas quando das reformulações do crédito tributário.

No tocante às penalidades, de revalidação e isolada, a Fiscalização exigiu as sanções capituladas nos arts. 55, inciso VII, alínea “c” e 56, inciso II, § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75, com a seguinte redação:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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;

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

Corretas, portanto, em parte, as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c", ambos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pelo Fisco às fls. 450/481 e 610/617. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Giovana Maria Lima Domingues Gatti.

Sala das Sessões, 16 de julho de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente/Revisora**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

EJ/D

21.290/13/1ª