

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.992/05/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010114145-70
Impugnante: White Martins Gases Industriais Ltda.
Proc. S. Passivo: Elizabeth Aparecida de Castro/Outro(s)
PTA/AI: 01.000146904-79
Inscrição Estadual: 367.616449.1500
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA. Aquisição de energia elétrica, em operação interestadual, através de contratos bilaterais relativos transferências de excedentes de redução de metas, sem a documentação fiscal correspondente e sem o pagamento do imposto devido a este Estado, contrariando as disposições contidas no Convênio ICMS 103/2001 e no art. 49, c/c art. 50A, do Anexo IX do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que o sujeito passivo acima qualificado efetuou compra de energia elétrica, durante o período de racionamento de energia, sob a forma de excedente de redução de metas, sem a documentação fiscal correspondente e sem o recolhimento do imposto devido a este Estado.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 42/49, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 98/102.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que o sujeito passivo acima qualificado efetuou compra de energia elétrica, durante o período de racionamento de energia, sob a forma de excedente de redução de metas, sem a documentação fiscal correspondente e sem o recolhimento do imposto devido a este Estado.

A entrada de energia elétrica sem documentação fiscal, objeto do Auto de Infração, ocorreu num período atípico na realidade brasileira, de racionamento de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

energia elétrica, que motivou a expedição de normas pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica.

Como regra, as empresas de grande porte firmavam contratos com as Concessionárias de energia elétrica para determinar a quantidade (em kw) de energia a ser por elas utilizadas em Transações Bilaterais, através de Certificados de Direito de Uso de Redução de Metas.

Neste contexto estão inseridos os Contratos de fl. 32 e 34, através dos quais a White Martins Gases Industriais S.A., CNPJ n.º 35.820.448/0098-69, firmou com as Concessionárias *Eletropaulo Metropolitana de São Paulo S.A.* e *Bandeirante Energia S.A.* o direito de uso de sua redução de demanda de energia.

Para melhor compreensão da matéria, transcreve-se abaixo o teor do contrato firmado com a ELETROPAULO (fl. 32), bem como do “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A” (demanda superior a 2,5 MW), através do qual foi feita a cessão da demanda reduzida ao estabelecimento mineiro atuado:

Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta

“Pelo presente documento, a concessionária ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, neste ato representada por seu(s) representante(s) legal(is) abaixo assinado(s), devidamente inscrita junto ao CNPJ/MF sob o n.º 61.695.227/0001-93, declara para fins previstos na Resolução 13 da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, de 01 de junho de 2001, que a empresa abaixo mencionada obteve junto a esta concessionária um Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta para uso em Transação Bilateral, no valor cedido mencionado que se encontra dentro de sua meta concedida validada. Este certificado é válido para o mês de outubro/2001 ou até o final do período de duração do Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, o que primeiro se extinguir.”

Empresa	CNPJ/MF	Meta Mensal – KWh	KWh Cedido Mensal	Meta Ajustada Mensal
White Martins	35.820.448/0098-69	8.397.935 KWh	1.000.00 KWh	7.397.935 KWh

Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A

“Pelo presente documento, as empresas abaixo listadas, neste ato representada por seu(s) representante(s) abaixo assinado(s), declaram, para fins previstos na Resolução 13 da Câmara de Gestão de Crise de Energia Elétrica, de 2001, que realizaram Transação Bilateral, com a finalidade de compensar as metas de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consumo, através da transferência de excedente de redução de meta.

Empresas	CNPJ/MF	KWh cedido	KWh recebido
White Martins Gases Ind. S/A	35.820.448/0098-69	1.000.000 KWh	
White Martins Gases Ind. S/A	35.820.448/0046-38		1.000.000 KWh

Em resumo: através dos Certificados de fls. 32 e 34 e dos Documentos para Transações bilaterais de fls. 33 e 35, a White Martins Gases Industriais S.A., CNPJ n.º 35.820.448/0098-69, reduziu sua meta de consumo de energia elétrica e **a energia não demandada foi transferida para o estabelecimento mineiro da mesma empresa (Impugnante), CNPJ n.º 35.820.448/0046-38, sediado em Juiz de Fora (MG)**, num total de 1.226.000 KWh, sendo que os 226.000 KWh adicionais referem-se ao contrato firmado com a Bandeirante Energia S/A.

Ocorre, entretanto, que essa transferência de energia elétrica ocorreu sem a emissão da documentação fiscal correspondente e sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado.

Por esse motivo, o Fisco está a exigir o valor do imposto não recolhido, acrescido da multa de revalidação e da multa isolada prevista no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, conforme demonstrativo de fl. 08.

“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:

(...)

Efeitos de 01/01/94 a 06/08/2003 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 9º, ambos da Lei nº 11.363/93.

XXII - por dar entrada a mercadoria desacoberta de documento fiscal, 20% (vinte por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 10% (dez por cento), na hipótese de a saída ter sido acobertada com documento fiscal e o imposto regularmente recolhido.”

A obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para a hipótese dos autos está estampada no Convênio ICMS 103/2001, *in verbis*:

“Cláusula primeira - Os comercializadores de energia elétrica, inclusive os que atuarem no âmbito do Mercado Atacadista de Energia - MAE, além do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do imposto, deverão observar o seguinte:

I - na hipótese de não possuírem Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, emitirão Nota Fiscal, modelo 1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou 1-A, para acobertar a operação e registro pelo destinatário;

II - nas operações em que a energia elétrica não transite pelo estabelecimento comercializador, adotar-se-á a disciplina estabelecida no § 3º do art. 40 do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970;

III - na hipótese de serem dispensados da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, será emitida Nota Fiscal Avulsa ou, no caso de sua inexistência, será emitida, pelo destinatário, Nota Fiscal relativa à entrada;

IV - nas operações interestaduais, aplica-se o disposto no Convênio ICMS 83/00, de 15 de dezembro de 2000.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula também se aplica a todos aqueles que comercializarem energia elétrica oriunda de produção própria ou de excedente de redução de meta" (g.n).

As regras contidas no Convênio acima mencionado foram inseridas no Regulamento mineiro, em seu Anexo IX, artigos 49 e 50A, *in verbis*:

"Art. 49 - O estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situado em outra unidade da Federação, fica 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 industrialização, mediante aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação relativa à entrada da mercadoria e recolhido por meio de GNRE." (G.N.)

.....

"Art. 50A - O comercializador de energia elétrica, inclusive o que atuar no Mercado Atacadista de Energia - MAE, além do cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação observará o seguinte:

I - na hipótese de não possuir Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, emitirá Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para fins de acobertamento da operação e de registro pelo destinatário;

II - nas operações em que a energia elétrica não transite pelo estabelecimento comercializador, será aplicado o disposto no artigo 321 do Anexo IX;

III - na hipótese de ser dispensado da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirá Nota Fiscal Avulsa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se a todos aqueles que comercializarem energia elétrica oriunda de produção própria ou de excedente de redução de meta.

§ 2º - Na hipótese de o comercializador de energia elétrica estar situado em outra unidade da Federação aplica-se o disposto no artigo 49 deste Anexo.”

Como não houve a retenção e o recolhimento do imposto devido a este Estado, foi atribuída à Autuada a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, nos termos do art. 29, § 2.º, da Parte Geral, do RICMS/96.

A legitimidade da exigência do ICMS em casos da espécie está retratada na Consulta de Contribuinte n.º 170/2003, através da qual a SEF/MG expõe o seu posicionamento de que a exigência do imposto somente não seria cabível quando a energia elétrica transferida/adquirida, em operação interestadual, fosse destinada à comercialização ou industrialização do próprio produto, ou seja, da própria energia elétrica.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE N° 170/2003

(MG de 23/12/2003)

PTA N° : 16.000096090-80

CONSULENTE : Rima Industrial S/A.

ORIGEM : Bocaiúva - MG.

“INCIDÊNCIA DE ICMS - AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - A teor do disposto no artigo 5º, § 1º, item 4, da Lei n° 6.763/75, incide o ICMS na entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, lubrificantes, combustíveis dele derivados e energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, tendo por atividade principal a produção, a exportação e a importação de produtos metalúrgicos (notadamente silício metálico, magnésio, ferro-ligas e seus derivados), apura o ICMS pelo sistema normal de débito e crédito e comprova suas saídas mediante emissão de notas fiscais.

Informa que, em face da sua condição de grande consumidora de energia elétrica, pretende adquirir tal mercadoria em outros Estados, de modo a utilizá-la no processo industrial do qual resultarão, como dito, produtos na linha da metalurgia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isto posto, passa a tecer considerações acerca do alcance do termo "industrialização", utilizado na legislação que disciplina a tributação em tema de ICMS. Para tanto, além de reproduzir dispositivos legais atinentes ao tema, constantes na Constituição da República e na Lei Complementar nº 87/96, analisa as definições dos termos "uso/consumo", "comercialização" e "industrialização", valendo-se, quanto a este último, do disposto no artigo 222, inciso II, Parte Geral, do RICMS/02.

Aduz, em acréscimo, que, sendo a industrialização um gênero do qual fazem parte as cinco espécies de que trata o mencionado dispositivo ("transformação", "beneficiamento", "montagem", "acondicionamento ou reacondicionamento" e "renovação ou recondicionamento"), em se tratando de operações interestaduais com energia elétrica quando destinada "à industrialização ou à comercialização" (Lei Complementar nº 87/96, artigo 3º, inciso III), a desoneração do ICMS alcançaria todas estas espécies.

Após mencionar seu entendimento acerca do alcance da industrialização na modalidade "transformação", formula a seguinte

CONSULTA:

1 - É correto entender que, em virtude dos dispositivos constitucionais, não incidirá ICMS sobre a operação de compra de energia elétrica procedente de outra unidade da Federação, quando destinada à industrialização acima descrita?

2 - Em caso de resposta negativa ao item acima, qual o dispositivo legal que determina a incidência do imposto?

3 - Nas operações interestaduais de compra e venda de energia elétrica realizadas no MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica), estará caracterizada a obrigação de recolhimento do tributo? Caso positivo, qual a base legal?

RESPOSTA:

1 - Não. O entendimento manifestado pela Consulente reputa-se incorreto.

De acordo com o estatuído na Lei nº 6.763/75, bem como na Instrução Normativa SLT nº 01/2003, o termo "industrialização", consoante empregado nos dispositivos legais atinentes às operações interestaduais com petróleo, seus derivados e energia elétrica, refere-se à industrialização do próprio produto, não alcançando, portanto, os casos em que estes sejam utilizados em processos industriais dos quais resultarão produtos distintos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme detalhado na referida Instrução Normativa, a razão para tanto reside no fato de que a imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea "b" da Constituição da República não se constitui em mera hipótese de desoneração fiscal, mas, antes, tem por escopo transferir a tributação, na sua totalidade, para a unidade da Federação destinatária dos produtos em questão, qualquer que seja a finalidade dada aos mesmos. Neste sentido, nos casos em que tais produtos não forem objeto de subsequente saída tributada (a exemplo do que ocorre quando os mesmos são utilizados na fabricação de outros produtos), o imposto incidirá em decorrência da respectiva entrada no Estado de destino, a teor do disposto no artigo 1º, inciso IV, Parte Geral do RICMS/02.

Em outras palavras, somente haverá que se falar na hipótese de não-incidência de que trata o artigo 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, nos casos em que o petróleo, seus derivados e a energia elétrica forem, eles próprios, objeto de nova operação tributada, seja na mesma condição em que foram adquiridos (comercialização), seja após submetidos à industrialização. Observe-se que, neste particular, o termo "industrialização" alcança qualquer das espécies referidas no artigo 222, Parte Geral do RICMS/02, desde que, consoante acima exposto, se trate da industrialização dos próprios produtos mencionados.

2 - A incidência de que se cuida está prevista no artigo 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar 87/96, também no artigo 5º, § 1º, item 4, da Lei nº 6.763/75 e, finalmente, no artigo 1º, inciso IV, Parte Geral do RICMS/02, citado acima.

Importa registrar, a propósito, que, relativamente ao alcance do termo "industrialização" conforme utilizado nos dispositivos ora analisados, a recentemente editada Lei nº 14.699/03 (a exemplo do que já fora anteriormente explicitado na IN SLT nº 01/2003), deu nova redação a diversos dispositivos da Lei nº 6.763/75, de modo a esclarecer o fato de tratar-se, como dito, da industrialização dos próprios produtos em questão. Assim sendo, além do aludido artigo 5º, § 1º, item 4, da Lei 6.763/75, também foram objeto do referido esclarecimento o artigo 6º, inciso VII (que dispõe acerca da ocorrência do fato gerador), o artigo 7º, inciso III (que dispõe sobre a não-incidência) e o artigo 22, § 8º, item 5 (que dispõe sobre a substituição tributária incidente na operação).

3 - Em se tratando de aquisição interestadual de energia elétrica não destinada à comercialização ou à sua própria industrialização, o ICMS incidirá normalmente em decorrência da entrada da mercadoria em Minas Gerais, ainda que a operação seja realizada junto a agente comercializador atuante no Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE. Cumpre esclarecer, por oportuno, que tal comercializador fica responsável, na condição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de substituto tributário, pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a exemplo do que ocorre com o estabelecimento gerador ou distribuidor situado em outra unidade da Federação.

A fundamentação legal de tal assertiva encontra-se disposta no artigo 53 (notadamente o seu § 2º) c/c artigo 51, ambos constantes na Parte 1, Anexo IX, do RICMS/02, cujo teor provém das prescrições contidas, respectivamente, nos Convênios ICMS nº 103/2001 e 83/2000.”

DOET/SLT/SEF, 11 de dezembro de 2003.

A Impugnante alega que *“a garantia de potência de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS”* e que este *“somente incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”*, ou seja, *“se não há recebimento de energia sob a forma de excedente de redução de metas no estabelecimento da Impugnante, conseqüentemente não pode ser por ela revendida, não há fato gerador, nem imposto exigível.”*

Importante esclarecer, no entanto, que a Impugnante em momento algum comprovou que a energia elétrica adquirida através dos Contratos Bilaterais já mencionados não tenha sido por ela utilizada. É um mero argumento desprovido de qualquer prova material.

Corretas, portanto, as exigências fiscais, uma vez que respaldadas na legislação vigente.

Diante do exposto, ACORDA a 3.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava improcedente, nos termos da impugnação de fls. 44/48. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 30/05/05.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

José Eymard Costa
Relator