

Acórdão: 3.277/07/CE Rito: Sumário  
Recurso de Revisão: 40.060120983-82  
Recorrente: Fertilizantes Fosfatados SA - Fósferil  
Recorrida: Fazenda Pública Estadual  
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)  
PTA/AI: 01.000154871-71  
Inscr. Estadual: 701.225041.04-70  
Origem: DF/Uberaba

### **EMENTA**

**MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, quando do recebimento de excedentes de redução de metas de consumo em transferência de estabelecimento situado em outra Unidade da Federação durante o período de racionamento de energia elétrica ocorrido em 2001. Infringência apurada através de Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para adequar a Multa Isolada ao valor de fl. 13. Mantida a decisão anterior. Recurso de revisão conhecido à unanimidade e não provido pelo voto de qualidade.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, no exercício de 2001, quando do recebimento de excedentes de redução de metas de consumo em transferência de estabelecimento situado em outra Unidade da Federação. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada, ora Recorrente, apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/50, alegando, em suma, que:

- as transferências foram cessões do direito de uso, o que não se enquadraria como fato gerador do ICMS;

- não há responsabilidade da Impugnante posto que o responsável na figura de substituto tributário recai sobre o comercializador de energia elétrica;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as operações realizadas por ela não podem sofrer incidência de ICMS, pois seu objeto era a mera transferência de direito de consumo, não importando em circulação ou mesmo saída de energia elétrica do estabelecimento do terceiro cedente;

- as operações com energia elétrica eram cessões de direito do uso excedente e por conseqüência, ao pretender fazer o imposto incidir sobre tais operações, o Fisco acaba por equiparar as aludidas Cessões de Direito a verdadeiros Contratos de Compra e Venda;

- não há obrigatoriedade da emissão de documento fiscal visto que as operações não representam efetiva saída e conseqüente recepção de energia elétrica e tão somente o direito de utilizar o excedente.

Ao final, a Impugnante solicita a redução da multa isolada aplicada a 20% do valor da operação, pois o lançamento fiscal foi lastreado na documentação comercial da Impugnante e que o lançamento seja julgado improcedente.

O Fisco, em manifestação de fls. 54/57, rebate os argumentos apresentados pela Impugnante e pede seja o lançamento julgado procedente.

A decisão consubstanciada no Acórdão n° 18.252/07/1<sup>a</sup>, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, para adequar a multa isolada aos valores de fl. 13 dos autos.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão, às fls. 76/87, por intermédio de procurador regularmente constituído, onde alega, em apertada síntese, que:

- é ilegítima a sua inclusão como responsável no pólo passivo da obrigação tributária, cabendo tal responsabilidade ao estabelecimento gerador ou distribuidor, a título de substituição tributária;

- as operações realizadas pela Recorrente não se configuram como fato gerador do ICMS, pois tiveram como objeto a mera transferência de direito de consumo, não importando em tradição ou mesmo saída de energia elétrica do estabelecimento do terceiro cedente;

- não concorda com a imposição da multa isolada por recebimento de energia elétrica desacompanhada de documento fiscal, pois as operações não representam efetiva saída e conseqüente recebimento de energia elétrica, não se sustentando a necessidade de emissão de documento fiscal de entrada.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, com o cancelamento integral das exigências fiscais.

---

### **DECISÃO**

#### **Da Admissibilidade do Recurso**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprir verificar, uma vez tratar-se de Recurso de Revisão, o cumprimento da condição regulamentar para sua admissão. Tal condição encontra-se estatuída no artigo 137 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, aprovada pelo Decreto nº 23.780/84 com suas alterações posteriores, *in verbis*:

**Art. 137** - Caberá recurso de revisão para a Câmara Especial quando quaisquer das decisões da Câmara de Julgamento resultarem de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 1º - Não ensejará recurso de revisão ou de ofício a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa a:

- 1) questão preliminar;
- 2) concessão de dedução de parcela escriturada ou paga após a ação fiscal.

§ 2º - Quando houver decisão por voto de qualidade, independentemente da matéria por ele decidida e observadas as ressalvas contidas no parágrafo anterior, o único recurso que caberá às partes será o de revisão, ainda que preenchidos os pressupostos de cabimento para os demais.

§ 3º - O recurso de revisão devolverá à Câmara Especial o conhecimento de toda matéria nele versada.

§ 4º - No caso de interposição de recurso de revisão sem a observância do pressuposto de cabimento previsto no **caput**, o mesmo será liminarmente indeferido pelo Auditor Fiscal, competindo-lhe determinar a devolução dos autos à origem para o cumprimento da decisão."

Assim sendo, tendo a decisão recorrida consubstanciada no Acórdão n.º 18.252/07/1ª, sido tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão, devolvendo à Câmara Especial a análise de toda a matéria do julgamento procedido pela 1ª Câmara.

Desta forma, superada a condição de admissibilidade estabelecida no retro transcrito artigo 137 da CLTA/MG, revela-se cabível o reexame da decisão.

### Do Mérito

Adota-se, para esta decisão, o bem fundamentado parecer da Auditoria, de fls. 89/94, que passa a fazer parte desta decisão e de onde se transcreve:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“No Recurso de Revisão interposto, a Recorrente vem questionar a decisão recorrida trazendo, basicamente, as mesmas alegações expostas na fase impugnatória, as quais já foram suficientemente apreciadas pela Câmara *a quo*.

Dessa forma, no tocante ao mérito da autuação, ratificamos integralmente os fundamentos da decisão anterior, expostos no acórdão recorrido (às fls. 65/67), conforme previsão contida no art. 47 do Regimento Interno deste Conselho.

Entretanto, vale ressaltar o disposto no artigo 222, inciso I, do RICMS/96, que estabelece que “*mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica...*”. (g.n.)

Nesse sentido, o professor Sacha Calmon, em sua obra “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, ao abordar a circulação de mercadorias, no âmbito do ICMS, menciona que Carvalho de Mendonça, em seu “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, ao focar tal tema do ponto de vista do Direito Comercial, seria em tudo coincidente com os autores do Direito Tributário:

“As mercadorias, passando por diversos intermediários no seu percurso entre os produtores e os consumidores, constituem objeto de variados e sucessivos contratos. Na cadeia dessas transações dá-se uma série continuada de transferências da propriedade ou posse das mercadorias. Eis o que se diz circulação de mercadorias”.

E a mercadoria energia elétrica, por suas próprias características, não poderia, por parte do cedente, ser estocada e transportada para a Recorrente.

Não obstante, a legislação que rege o ICMS não determina que a mercadoria dê entrada no estabelecimento adquirente para posterior revenda, como exemplificam as vendas à ordem e as vendas de mercadorias depositadas em Armazém Geral. Da mesma forma, não se faz indispensável a sua imediata tradição, como exemplificam as vendas para entrega futura.

Assim, se a empresa remetente adquiriu determinada quantidade de energia elétrica da concessionária distribuidora de seu Estado, somente necessitou de parte e repassou o restante para a Recorrente, mesmo que tal parcela estivesse “estocada” naquela concessionária, restou configurado o fato gerador do ICMS na entrada do “excedente” no estabelecimento da Autuada.

O fato de ter ocorrido, contratualmente, uma cessão de créditos ou cessão de direito de uso não se sobrepõe a tal constatação.

A chamada cessão de créditos, segundo Maria Helena Diniz, em seu “Código Civil Anotado”, trata-se de “um negócio jurídico bilateral, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor de uma obrigação (cedente) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário), independentemente do consenso do devedor (cedido), sua

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário, sem que se opere a extinção do vínculo operacional”.

De acordo com o “Vocabulário Jurídico”, de De Plácido e Silva, cessão quer dizer, “*em sentido lato, todo ato pelo qual a pessoa cede ou transfere a outrem direitos ou bens que lhe pertencem, sendo, assim, perfeita alienação ou transmissão entre vivos. Na técnica jurídica é mais propriamente indicado para assinalar o contrato, a título oneroso, ou gratuito, pelo qual a pessoa, titular de créditos ou de direitos, transfere a outra esses mesmos créditos ou esses mesmos direitos, com abstração das coisas sobre que recaem. Segundo as circunstâncias em que o contrato ou convenção se opera, a cessão toma, por vezes, o caráter de venda, ou se mostra como uma dação em pagamento; apresenta-se como uma locação ou se exhibe, quando a título gratuito, no aspecto de uma doação. Quer isto significar que, em regra, a cessão não se mostra um contrato especial, isto é, não se indica uma obrigação, mas, particularmente, o cumprimento dela, em vista do que se motiva e se autoriza a convenção, que vem garantir ao credor do cedente (salvo o caso de cessão gratuita) a existência jurídica e válida de seu direito ou de seu crédito. É, pois, a execução da obrigação, segundo as bases contratuais anteriormente firmadas. É, na impossibilidade de cumpri-la em espécie, adota o devedor o meio, que a cessão indica, para livrar-se do compromisso anteriormente assumido.... Somente se podem ceder créditos e direitos cedíveis, isto é, que possam ser transferíveis ou alienáveis. E para tal deve o cedente ter capacidade para a prática do ato, bem assim o cessionário para aceitá-lo. Seja de crédito ou de direitos, a cessão a título oneroso sempre se regula pelos princípios gerais do contrato de compra e venda ou de permuta*”. (g.n.)

A Lei n.º 6763/75, em seu art. 6º, estabelece que:

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título (...)

§ 1º - Equipara-se à saída a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem, ou de título que os represente, quando estes não transitam pelo estabelecimento do transmitente.

(...)

§ 8º - São irrelevantes para a caracterização do fato gerador:

a) a natureza jurídica da operação de que resulte:

1 - a saída da mercadoria ou a prestação de serviço;

2 - a transmissão de propriedade da mercadoria;

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) o título jurídico pelo qual a mercadoria efetivamente saída do estabelecimento estava na posse do respectivo titular”.

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 87/96 assim dispõe:

“Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

§ 2º - A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

(...)

Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

(...)

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;”

E o inciso III do artigo 12, Anexo V do RICMS/96, determina que a nota fiscal será emitida *“antes da tradição real ou simbólica da mercadoria, no caso de transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento transmitente”*.

Quanto ao Convênio ICMS n.º 103/01, de 31/10/01, citado pela Recorrente, veio uniformizar procedimentos tributários nas operações com energia elétrica, tendo em vista dispositivos da LC n.º 87/96, quais sejam, art. 2º I; art. 4º; art. 11, I, “c”; art. 12, IV; e art. 13, I, concernentes, respectivamente, à incidência do imposto, contribuinte, local da operação e base de cálculo.

Portanto, não seria o caso de prevalecer uma alegada irretroatividade do Convênio ou dos dispositivos do RICMS/96 a ele referentes, constantes do decreto n.º 42.145, de 06/12/01 (art. 50A do Anexo IX).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não foram estabelecidos novos fatos geradores do ICMS ou eleitos novos contribuintes. Ademais, a norma traz a ressalva de que deva ser observado o “*cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação*”.

Nesse sentido, são legítimas as exigências fiscais constantes do presente Auto de Infração, uma vez perfeitamente caracterizado nos autos as infringências à legislação tributária, devendo ser mantida integralmente a decisão recorrida.”

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Antônio César Ribeiro e Luiz Fernando Castro Trópia, que lhe davam provimento, nos termos do voto vencido de fls. 68/74. Designado Relator o Conselheiro René de Oliveira Sousa Júnior. Participaram do julgamento, além dos Conselheiros citados e dos signatários, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles.

**Sala das Sessões, 03/10/07.**

**Roberto Nogueira Lima**  
**Presidente**

**René de Oliveira e Sousa Júnior**  
**Relator designado**