

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.163/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000427940-11
Impugnação: 40.010140411-11, 40.010140417-82 (Coob.)
Impugnante: Primo Energética Ltda - ME
IE: 002383276.00-16
Jorge Wilson Gonçalves Lessa (Coob.)
CPF: 217.110.466-04
Proc. S. Passivo: Juliana Mariano Zocrato/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência do sócio, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a falta de destaque da base de cálculo e imposto, bem como a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a saída de energia elétrica em operações internas de venda. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a saída de energia elétrica por meio de operações realizadas na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), sem emissão de notas fiscais de saída. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1) deixar de recolher o ICMS devido, no período de setembro de 2014 a janeiro de 2015, em decorrência da falta de destaque do imposto nos documentos fiscais relativos às operações internas de venda de energia elétrica destinadas à empresa comercializadora mineira Elo Comercializadora de Energia Ltda, IE nº 001.088515.00.15.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75;

2) promover a saída desacobertada de energia elétrica, no período de julho de 2014 a dezembro de 2015, apurada com base em relatório que demonstra operações realizadas na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O sócio-administrador Jorge Wilson Gonçalves Lessa foi incluído no polo passivo como Coobrigado da obrigação tributária com fundamento no art. 124, inciso II e art. 135, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional – CTN c/c art. 21, 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, por atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

Inconformados, Autuada e Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação conjunta às fls. 42/62 e anexos de fls. 63/278, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 283/290.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1) deixar de recolher o ICMS devido, no período de setembro de 2014 a janeiro de 2015, em decorrência da falta de destaque do imposto nos documentos fiscais relativos às operações internas de venda de energia elétrica destinadas à empresa comercializadora mineira Elo Comercializadora de Energia Ltda, IE nº 001.088515.00.15.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75;

2) promover a saída desacobertada de energia elétrica, no período de julho de 2014 a dezembro de 2015, apurado com base em relatório que demonstra operações realizadas na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O sócio-administrador Jorge Wilson Gonçalves Lessa foi incluído no polo passivo como Coobrigado da obrigação tributária com fundamento no art. 124, inciso II e art. 135, inciso III, ambos do CTN c/c art. 21, 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, por atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

Da Sujeição Passiva

O Coobrigado pede que seja excluído do polo passivo, sob a alegação de não responder pessoalmente pelas dívidas tributárias contraídas pela sociedade e que o não recolhimento de tributo não caracterizaria infração a lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, não lhe assiste razão. Ao contrário, o contrato social lhe atribui taxativamente poder de gestão e as provas dos autos demonstram e comprovam a infração a lei.

A verdade demonstrada nos autos indica que o Coobrigado se encontra cadastrado na SEF como sócio-administrador. Essa condição é retratada no contrato social da empresa (fls. 06/13), devidamente registrado na JUCEMG.

Ressalte-se que o Coobrigado, sócio-administrador majoritário da Impugnante, com 95% (noventa e cinco por cento) de participação, também possui participação em outras empresas de energia elétrica envolvidas direta ou indiretamente com as irregularidades do lançamento, então pertencentes a um mesmo grupo empresarial (99% - noventa e nove por cento da empresa comercializadora “Elo Comercializadora de Energia Ltda ME”, 90% - noventa por cento da geradora “Eco Vida Ltda EPP”, 90% - noventa por cento da geradora “Geraes Energética Ltda ME” e 50% - cinquenta por cento da geradora “Plural Ltda”).

O Coobrigado foi incluído no polo passivo da obrigação tributária em função da comprovada infração à lei, conforme restará demonstrado na abordagem do mérito, e por ter concorrido para o não recolhimento do ICMS relativo às operações objeto da autuação, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 combinado com o art. 135, inciso III do Código tributário Nacional (CTN):

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Correta, pois, a formação do polo passivo.

A responsabilidade da empresa atuada, também objeto de questionamentos, é matéria que em essência se confunde com o próprio mérito, assim como a tangenciada nulidade por inocorrência do fato gerador do ICMS e assim serão tratados.

Do mérito propriamente dito

Em relação ao mérito propriamente dito, para o melhor deslinde da questão, passa-se à análise de cada um dos aspectos da atuação.

Inconformados, a Atuada e Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação conjunta às fls. 42/62 e anexos de fls. 63/278, em síntese com os seguintes argumentos.

Defendem que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE tem como principal fundamento a operacionalização de todas as atividades financeiras e contratuais no mercado de energia.

Expõem que cada agente da CCEE pode se representar perante a Câmara e que a Resolução Normativa ANEEL nº 570/13, nos seus arts. 2º e 3º, estabeleceu a possibilidade de detentores de concessão, autorização ou registro de geração com capacidade instalada inferior a 50 MW serem representados por comercializadores ou geradores que já tenham obtido aprovação do Conselho de Administração da CCEE-Cad.

Aduzem ainda que o item 3.8 do regulamento de Procedimentos de Comercialização da CCEE, às fls. 83 dos autos, dispõe que *“Qualquer agente da CCEE pode optar por ser representado por outro agente, durante ou após seu processo de adesão, delegando poderes ao representante para, em seu nome e por sua conta, praticar todos os atos inerentes à operacionalização de seus processos na CCEE. Os resultados de todas as operações são lançados em nome do agente representado. Os usuários dos sistemas SCDE e SCL do agente representante serão automaticamente vinculados como usuários do agente representado, conservando suas permissões de leitura ou edições originais”*.

Daí, concluem que todas as etapas do processo de venda de energia no âmbito da CCEE podem ser realizadas por meio da representação por um agente da CCEE, prática que já se tornou corriqueira no mercado.

Afirmam que a empresa Primo Energética Ltda, CNPJ nº 05.500207/0001-49, firmou Termo de Representação de Ativo(s) de Geração (fls. 48) com a empresa Geraes Energética Ltda, CNPJ nº 09.614511/0001-78, proprietária do empreendimento Central de Geração Hidrelétrica – CGH Samburá, com vigência a partir de 01 de julho de 2014.

Entendem que, na qualidade de representante, a Primo Energética Ltda apenas procede à operacionalização de processos relativos à energia devidamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

registrada pela Geraes junto à CCEE e que após a validação da liquidação da energia por parte da representante, os resultados são lançados na conta da representada, que seria a responsável pela emissão dos documentos fiscais relativos às operações.

Anexam planilha explicativa com o objetivo de demonstrar que a saída da energia fora documentada por parte da Geraes Energética Ltda, com emissão das notas fiscais.

Na oportunidade, anexam às fls. 276, a cópia da nota fiscal nº 378, emitida pela Primo Energética Ltda, no valor de R\$ 79.532,71 (setenta e nove mil, quinhentos e trinta e dois reais e setenta e um centavos) que não consta da planilha elaborada pela Fiscalização.

Alegam que a saída de energia se deu pela empresa geradora e proprietária da energia, a Geraes Energética Ltda, e que não haveria que se falar em ocorrência do fato gerador na operação de representação.

Defendem que o fato gerador do ICMS é o negócio jurídico pelo qual se transfere a posse ou a titularidade de uma mercadoria e que, no caso, a mercadoria registrada no âmbito da CCEE é de propriedade da empresa Geraes Energética e que a representação exercida pela Autuada, Primo Energética, não se enquadra em hipótese de incidência do ICMS, por que não haveria no contrato de representação a compra e venda para revenda.

Aduzem a inaplicabilidade da multa de revalidação e, para tanto, sustentam que não há valor de operação realizada pela empresa autuada, uma vez que não há tributação do ICMS sobre contrato de representação firmado no âmbito da CCEE e sendo assim, não há que se falar em multa referente ao inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Apontam também que as multas não podem ser excessivas, sob pena de violar a capacidade contributiva e o princípio do não-confisco.

Porém, sem razão os Impugnantes.

Em relação à alegação de que a Nota Fiscal nº 378, emitida em 10/11/14, destinada à Elo Comercializadora de Energia Ltda, no valor de R\$ 79.532,71 (setenta e nove mil, quinhentos e trinta e dois reais e setenta e um centavos), no montante de 1.590,654 MWh (cópia anexa às fls. 276), não constar no Anexo 3, tal fato não representa erro do lançamento.

O referido documento fiscal não foi relacionado no demonstrativo, pelo fato de que na Nota Fiscal de nº 376, emitida no mesmo dia (10/11/14), no valor de R\$ 76.441,70 (setenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e um reais e setenta centavos), no montante de 1.528,834 MWh, consta a quantidade exata da coluna “Contratos de Compra Total (MWh)” do perfil ELO I5, na CCEE, do mês de outubro (mês do fornecimento da energia elétrica, anterior à emissão da nota fiscal) da empresa destinatária, conforme demonstrativo a seguir, extraído das informações disponibilizadas pela CCEE às Secretarias de Fazenda dos Estados:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informações para Secretaria de Estado da Fazenda - Detalhamento da Pré-fatura								
Mês/ Ano	CNPJ Agente	Perfil de Agente	Classe do Perfil	Contratação Líquida PCLa,s,w,r (MWh)	Contratos de Venda Total (MWh)	Contratos de Compra Total (MWh)	Total Mensal do Resultado no Mercado de Curto Prazo TM_MCPa,m (R\$)	Valor a liquidar pelo perfil de agente (R\$)
jan/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
fev/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
mar/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
abr/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
mai/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
jun/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
jul/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador		0,000			0,00
ago/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador	-769,421	764,717	1.534,138	545.929,37	545.929,37
set/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador	-628,448	866,604	1.495,052	458.110,06	458.110,06
out/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador	-610,500	918,334	1.528,834	474.285,08	474.285,08
nov/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador	-608,703	934,951	1.543,654	489.728,25	489.728,25
dez/14	10.315.558/0001-10	ELO I5	Comercializador	-1.120,820	1.033,804	2.154,624	673.851,41	673.800,96

Esclareça-se que, no período autuado, a empresa Elo Comercializadora de Energia Ltda manteve ativo na CCEE somente o perfil ELO I5. O perfil ELO I1 estava inativo.

Cabe pontuar que em relação à irregularidade 1 do Auto de Infração, qual seja, deixar de recolher o ICMS devido, no período de setembro de 2014 a janeiro de 2015, em decorrência da falta de destaque do imposto nos documentos fiscais relativos às operações internas de venda de energia elétrica destinadas à empresa comercializadora mineira Elo Comercializadora de Energia Ltda, IE nº 001.088515.00.15, não há controvérsia.

A irregularidade foi demonstrada no Anexo 1 ao Auto de de Infração (fls. 26/27) e comprovada por meio das notas fiscais cujas cópias constam do Anexo 2 (fls. 28/32).

Em relação à irregularidade 2 do Auto de Infração, cabe destacar que a empresa Impugnante (Primo Energética) possui autorização para exploração de duas Centrais de Geração Hidrelétrica - CGH: Ladainha (energia assegurada de 520kW) e Florestal (energia assegurada de 458 kW). A empresa Eco Vida possui autorização para a CGH Ecovida Cajuru (energia assegurada de 560 kW). A Plural, para a CGH Divinópolis (energia assegurada de 999 kW) e a Geraes, para a CGH Samburá (energia assegurada de 955 kW).

Quatro das cinco empresas citadas são agentes autônomos da CCEE, mantendo ativos ou inativos, um ou mais perfis de comercialização de energia elétrica cadastrados na CCEE. Cabe destacar que a empresa Geraes Energética Ltda, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período objeto da autuação, não possuía perfil ativo na CCEE, estando impedida de operar/comercializar neste mercado.

Esclareça-se que os agentes da CCEE, por razões comerciais próprias e por sua livre iniciativa podem solicitar à Câmara quantos perfis desejarem para atender as suas necessidades específicas.

Como agente da CCEE, a Impugnante possui os perfis PRIMO, PRIMO I0, PRIMO I5 e PRIMO PIE I5. A empresa Elo possui os perfis ELO I1 e ELO I5. A empresa Plural possui os perfis PLURAL, PLURAL I0 e PLURAL I5 e a empresa Eco Vida, o perfil ECOVIDA I5.

As operações de venda de energia na CCEE podem ser realizadas por meio de representação por um agente da CCEE, e, de fato, a empresa Primo Energética Ltda, CNPJ nº 05.500207/0001-49, IE nº 002.383276.00.16, firmou Termo de Representação de Ativo de Geração com a empresa Geraes Energética Ltda, CNPJ nº 09.614511/0001-78, IE nº 001.073596.00.89, proprietária do empreendimento Central de Geração Hidrelétrica – CGH Samburá, com vigência a partir de 01 de julho de 2014, exatamente o início do período autuado.

Contudo, diante do fato de que a acusação decorre de posição que retrata operações na CCEE e que a empresa Geraes Energética Ltda não possui perfil ativo na CCEE, não há como cogitar que a saída desacobertada apurada estaria vinculada à empresa Geraes Energética Ltda.

Ademais, a Impugnante decidiu fazer a modelagem, ou alocação, na CCEE, da usina de Samburá, de propriedade da Geraes Energética Ltda, no seu perfil PRIMO PIE I5, de produtor independente, juntamente com as suas duas outras usinas, de Ladainha e Florestal, de forma que sequer é possível precisar se o saldo apurado em seu perfil vincula-se a energia elétrica originária de uma ou outra usina, ambas vinculadas ao perfil PRIMO PIE I5.

A opção da empresa autuada, de modelar a usina de Samburá no perfil PRIMO PIE I5 juntamente com outras usinas, dificultou o controle fiscal e sua torpeza não pode dar ensejo à dúvida de modo a lhe beneficiar.

O correto seria ter sido cadastrada a empresa Geraes Energética Ltda como um agente da CCEE, assim como foi feito nas outras empresas do mesmo grupo econômico, mas assim não foi procedido.

Ao fazer a modelagem da usina de Samburá no perfil PIE I5, junto com as usinas de Ladainha e Florestal, misturou-se a geração de energias de usinas distintas e pertencentes a duas empresas distintas.

É importante relatar que os resultados mensais relativos às liquidações das diferenças ocorridas no âmbito da CCEE, do perfil PIE I5, no período autuado, ficaram a cargo da empresa impugnante (Primo Energética). Isso demonstra que a empresa impugnante não dividiu resultados com a Geraes Energética.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se que os Impugnantes, frente às fontes de informações e aos valores apresentados no Anexo 3 do feito fiscal, apenas defenderam que as diferenças “Quantidades Vendidas (-) Soma dos Montantes dos perfis” apontadas como saídas desacobertas de energia elétrica promovidas pela Primo Energética foram fornecidas pela empresa Geraes Energética, alegando reiteradamente, que a empresa impugnante é sua representante na CCEE.

Engana-se a Impugnante quando afirma que o ICMS foi exigido sobre o “contrato de representação na CCEE”.

Ressalte-se que o Termo de Representação de Ativo, às fls. 30, firmado entre a Geraes Energética e a Primo Energética (Impugnante), não se trata de um simples termo de representação, conforme quer fazer crer a Autuada, mas trata-se da transferência do ativo referente à usina Samburá para que a Primo Energética se responsabilize diante da CCEE por todas as operações da geradora, inclusive as liquidações referentes às sobras e déficits de energia no mercado de curto prazo.

Consta do referido termo, claramente, que a Primo Energética é a responsável pela comercialização de energia e que todos os contratos registrados naquele órgão sejam sempre feitos em nome dela. Assim, dúvida não há quanto ao fato gerador e responsabilidade da Impugnante.

Sendo assim, o ICMS foi exigido sobre as quantidades de energia elétrica registradas para cumprimento dos contratos de venda da Impugnante na CCEE, demonstrado no Anexo 3 do feito fiscal e sobre o que não houve as correspondentes emissões de documentos fiscais pela detentora dos contratos.

Não se pode admitir que a Impugnante, para cumprimento de seus contratos de venda do perfil PIE I5, devidamente registrados na CCEE e ratificados por cada um de seus compradores, pretenda utilizar de notas fiscais de vendas de energia destinadas a estes, por outra empresa, para suprir as diferenças mensais apontadas no feito fiscal, apenas por ser representante dela na CCEE.

Aqui, cabe destacar que um dos princípios basilares do ICMS é o da autonomia dos estabelecimentos, previsto no inciso II do § 3º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, no art. 24 da Lei nº 6.763/75 e no inciso I do art. 59 do RICMS/02, o que não foi observado.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa em seus questionamentos.

Ocorrido o fato gerador e devido o ICMS não recolhido, impõe-se a multa de revalidação. Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal. Examine-se:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

Já as multas isoladas foram exigidas pelo descumprimento de obrigação acessória, conforme dispõe a legislação:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade abordadas pela Defesa, 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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Relator), que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração. Designado relator o Conselheiro Marco Túlio da Silva (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira e Maria de Lourdes Medeiros.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Relator

Marco Túlio da Silva
Relator designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

P

Acórdão:	21.163/16/2 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000427940-11	
Impugnação:	40.010140411-11, 40.010140417-82 (Coob.)	
Impugnante:	Primo Energética Ltda - ME IE: 002383276.00-16 Jorge Wilson Gonçalves Lessa (Coob.) CPF: 217.110.466-04	
Proc. S. Passivo:	Juliana Mariano Zocrato/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-2 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) deixar de recolher o ICMS devido, no período de setembro de 2014 a janeiro de 2015, em decorrência da falta de destaque do imposto nos documentos fiscais relativos às operações internas de venda de energia elétrica destinadas à empresa comercializadora mineira Elo Comercializadora de Energia Ltda, IE nº 001.088515.00.15;

2) promover a saída desacobertada de energia elétrica, no período de julho de 2014 a dezembro de 2015, apurado com base em relatório que demonstra operações realizadas na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Como já mencionado, trata-se o presente lançamento de recolhimento a menor de ICMS por ter a empresa autuada supostamente dado saída em mercadoria descobertada de documento fiscal, apurada pelo confronto entre as quantidades apontadas nas notas fiscais emitidas e os montantes de energia elétrica registrados pela Autuada no Sistema de Contabilização e Liquidação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica CCEE.

Como é sabido, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica tem como principal fundamento a operacionalização de todas as atividades financeiras e contratuais no mercado de energia. Na Câmara são registrados todos os contratos

21.163/16/2^a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

negociados no mercado, incluindo volumes de energia acordados entre as partes vendedora e compradora, assim como o prazo de vigência dos contratos.

Dentre as principais operações realizadas pela CCEE estão também a contabilização mensal (balanço contratual) de todos os agentes registrados, resultando em liquidações financeiras (operações bancárias) a serem realizadas e/ou monitoradas pelos agentes e seus respectivos representantes.

Fato é que cada agente da CCEE pode se representar perante à Câmara, sendo este responsável pela veracidade, comprovação e atualização dos dados informados em seu cadastro. Porém, diante das particularidades do mercado no âmbito da CCEE, criou-se a possibilidade do agente da CCEE optar por ser representado por outro agente.

A Resolução Normativa ANEEL n° 570, de 23/07/13, dispõe acerca da representação no âmbito da CCEE e estabelece os requisitos e procedimentos atinentes à comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN, através dos dispositivos abaixo elencados:

DOS AGENTES REPRESENTANTES

Art. 2° Os comercializadores ou geradores integrantes da CCEE podem representar, em seu nome e conta, as pessoas físicas ou jurídicas de que trata o Capítulo II. (Redação do caput dada pela Resolução Normativa ANEEL N° 654 DE 24/03/2015). § 1° Podem exercer a representação a que alude o caput os comercializadores ou geradores que, previamente, tenham obtido aprovação do Conselho de Administração da CCEE - CAAd.

DOS REPRESENTADOS

Art. 3° São elegíveis a serem representados, na comercialização varejista:

I - os consumidores com unidades consumidoras aptas à aquisição de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre - ACL; e

H - os detentores de concessão, autorização ou registro de geração com capacidade instalada inferior a 50 MW não comprometidos com Contrato de Comercialização de Energia em Ambiente Regulado - CCEAR, Contrato de Energia de Reserva - CER ou Cotas.

Por sua vez, o regulamento de procedimentos de comercialização da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica dispõe que:

3.8. QUALQUER AGENTE DA CCEE PODE OPTAR POR SER REPRESENTADO POR OUTRO AGENTE, DURANTE OU APÓS SEU PROCESSO DE ADESÃO, DELEGANDO PODERES AO REPRESENTANTE PARA, EM SEU NOME E POR SUA conta, praticar todos os atos inerentes à operacionalização de seus processos na CCEE. Os resultados de todas as operações são

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lançados em nome do agente representado. Os usuários dos sistemas SCDE e SCL do agente representante serão automaticamente vinculados como usuários do agente representado, conservando suas permissões de leitura ou edição originais.

(Grifou-se).

Ou seja, todas as etapas do processo de venda de energia no âmbito da CCEE podem ser realizadas através da representação por um agente da CCEE. Tal prática de representação vem se tornando cada vez mais comum no âmbito da CCEE, tendo em vista as especificidades e particularidades na operacionalização de energia junto à Câmara.

Diante da possibilidade de representação, em 03 de julho de 2014, restou firmado entre a empresa Primo Energética Ltda, ora Impugnante, e a empresa Geraes Energética Ltda, TERMO DE REPRESENTAÇÃO DE ATIVO (S) DE GERAÇÃO.

Através de e-mail encaminhado pela CCEE à empresa, ora Autuada, contata-se de forma inequívoca a representação da empresa GERAES pela empresa PRIMO ENERGÉTICA, conforme se extrai das seguintes informações: "(...) a representação da CGH Samburá da Geraes pela Primo Energética Ltda. pode ser comprovada por Termo de Representação, de 03.07.2014, cuja cópia segue anexa".

Com efeito, a empresa GERAES ENERGÉTICA LTDA é proprietária do empreendimento denominado CGH Samburá, localizada no rio samburá, na estrada municipal de São Roque de Minas. Referido empreendimento encontra-se devidamente registrado na ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, conforme comprova o documento anexo.

O referido TERMO DE REPRESENTAÇÃO firmado entre as partes encontra-se colacionado às fls. 48 da Impugnação da autuada.

Pois bem. Em análise dos valores apontados pela Fiscalização, constata-se que as diferenças apuradas pelo confronto entre as quantidades registradas nas notas fiscais e os montantes de energia elétrica registrados pela autuada no sistema de contabilização e liquidação da CCEE, deve-se, na sua quase totalidade, às vendas de energia por parte da empresa GERAES e que restou operacionalizada pela empresa PRIMO, ora impugnante.

Na qualidade de representante, a empresa PRIMO ENERGÉTICA apenas procede à operacionalização de processos relativos à energia devidamente registrada pela GERAES junto à CCEE, sendo que, após a validação da liquidação da energia por parte da representante, os resultados são lançados na conta da representada, que obviamente é a responsável pela emissão dos documentos fiscais relativos às operações.

Às folhas 49/53 dos autos, apresenta planilhas demonstrativas acerca das diferenças apontadas pela Fiscalização, que demonstra a saída da energia por parte da empresa GERAES ENERGÉTICA LTDA, com a devida emissão das notas fiscais acobertando as operações (docs. Anexos).

Pelo que se vê, o valor autuado teve como fundamento a suposta saída de energia sem emissão de nota fiscal pela empresa PRIMO ENERGÉTICA, ao passo que a saída de energia se deu efetivamente pela empresa geradora e proprietária da energia, GERAES ENERGÉTICA, portanto, não há se falar em ocorrência do fato gerador na operação de representação realizada pela ora Autuada.

Conforme se infere dos relatórios de MEDIÇÃO DA GERAÇÃO E CONSUMO emitidos pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, durante o período apontado no auto de infração, as energias registradas em nome do ativo SAMBURÁ, foram operacionalizadas pelo agente PRIMO PIE 15, porém, a efetivação da venda é realizada em nome da empresa geradora e proprietária da energia, GERAES ENERGÉTICA LTDA, sendo esta a responsável pela emissão da nota fiscal relativa à venda da sua energia.

Impende consignar que, conforme preceitua o art 155, inciso II, da CR/88, o ICMS incide sobre "*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*" (g. n.).

Da exegese do referido dispositivo constitucional, infere-se, naquilo que interessa para a solução da controvérsia sob exame, que o fato gerador do ICMS é o negócio jurídico pelo qual se transfere a posse ou a titularidade de uma mercadoria.

Portanto, no caso em apreço, não houve transferência de titularidade da mercadoria por parte da Autuada por uma razão óbvia: a mercadoria registrada no âmbito da CCEE é de propriedade da empresa GERAES ENERGÉTICA LTDA, ou seja, empresa que efetivamente realiza o fato gerador do ICMS ao transmitir a propriedade da mercadoria (energia), através emissão das competentes notas fiscais de saída (docs. anexos).

A respeito do tema, Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho lecionam:

No direito brasileiro, tanto no Direito Civil, como no Direito Comercial, o contrato de compra e venda - embora perfeito - não transfere a propriedade. É necessário ainda que se dê a tradição, modo comum de se alterar o domínio das coisas móveis. Somente assim a mercadoria circula juridicamente, realizando-se o fato gerador do ICMS. (...)

O direito tributário acompanha, coerentemente, a regulação da matéria no direito privado. Assim, o legislador tributário escolheu como momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, a saída da mercadoria do estabelecimento do comerciante, industrial ou produtor. Não se trata de saída meramente física, mas de saída como execução de um ato ou negócio (operação jurídica) translativo da titularidade da mercadoria. (A hipótese de incidência do ICMS: ir relevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega das mercadorias, apud Direito tributário aplicado - estudos e pareceres, Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 183/184).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Logo, a atividade de representação exercida pela Autuada no âmbito da CCEE não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS, por estar na contramão do que a lei comercial considera mercadoria, sendo o contrato de representação regulamentado pela lei civil. Segue-se, daí, que não pode a lei dos Estados ou do Distrito Federal alterar este conceito, para fins tributários, pois esta não é uma matéria sob reserva de lei tributária (hipótese em que, aí, sim, seria modificável pela própria entidade tributante).

Nesse sentido, o art. 110 do Código Tributário Nacional dispõe com clareza:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Cumprе trazer à colação entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. ICMS INDEVIDO. SE A PERÍCIA JUDICIAL COMPROVA CABALMENTE QUE AS OPERAÇÕES AUTUADAS PELO FISCO ESTADUAL COMO SENDO ATIVIDADES DE REVENDA SE TRATARAM, NA VERDADE, DE AFIVIDADE TÍPICA DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, TEM-SE POR DESCONSTITUÍDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FACE A AUSÊNCIA DE FATO GERADOR DO ICMS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ("RELATOR(A): DES.(A) ALBERGARIA COSTA, DATA DE JULGAMENTO: 29/03/2007, DATA DA PUBLICAÇÃO DA SÚMULA: 12/04/2007). (GRIFOU-SE).

Não há no contrato de representação a compra e venda para revenda. Trata-se, na dicção legal, de "mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados".

Portanto, caracterizando a operação objeto da autuação, mera representação de operacionalização de energia junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, e não compra e venda mercantil, neste sentido, não ocorreu a imputação fiscal apontada.

Diante do exposto julgo parcialmente procedente para excluir as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro

CC/MIG