

Acórdão: 16.037/04/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112474-36
Impugnante: Companhia Brasileira Carbureto de Cálcio
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outros
PTA/AI: 01.000144634-21
Inscr. Estadual: 607.018402.0054
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatadas saídas de mercadoria (energia elétrica), em operação interna, desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de lançamentos no Livro Diário e de Contratos de Cessão de Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta, contratos estes regulamentados pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, criada pela Medida Provisória nº 2147, de 15 de maio de 2001, acerca das quais exigiu-se o imposto devido, acrescido da correspondente multa de revalidação e da multa isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatada a falta de emissão de documentos fiscais relativos às vendas de energia elétrica (excedente de meta) para empresas localizadas em outras unidades da Federação, sobre as quais exigiu-se tão somente a multa isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75, uma vez que tais operações encontram-se amparadas pelo benefício da não incidência previsto no inciso III, do art. 7º da Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o contribuinte procedeu à comercialização de energia elétrica, nos meses de junho de 2001 a dezembro de 2001, durante o período de racionamento de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme lançamentos registrados no seu Livro Diário, sem o devido acobertamento fiscal e recolhimento do ICMS devidos.

Exigências, portanto, de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 168 a 177, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 191 a 197.

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fls. 199, que resulta na intimação à Autuada (fls. 200/201), atendida pela mesma às fls. 203 a 219, e na manifestação do Fisco de fls. 220/221.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 222/227, opina pela procedência do lançamento,

DECISÃO

Cuida o caso em tela de comercialização de energia elétrica, nos meses de junho de 2001 a dezembro de 2001, durante o período de racionamento de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme lançamentos registrados no seu Livro Diário, sem o devido acobertamento fiscal e recolhimento do ICMS devidos.

Exigências, portanto, de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75.

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

A Impugnante, em decorrência do desempenho das suas atividades econômicas ajustou-se ao programa de racionamento e redução de metas de consumo de energia elétrica, tornando-se viável a “celebração de contratos onerosos” (vide fls. 172 e 186) com outros consumidores para venda de sua parcela não consumida.

A mesma entende não haver ocorrido uma operação de compra e venda de energia elétrica, mas uma “cessão de seu direito ao consumo”, já que a simples cessão do direito de uso de excedente de meta de consumo de energia não implica sua circulação para a usuária/consumidora ou, ainda, na comercialização de mercadoria.

O errôneo entendimento da Impugnante resulta da dificuldade em se compreender a energia elétrica como mercadoria. É sabido que, para fins de tributação por via do ICMS, a energia elétrica foi considerada pela Constituição Federal de 1988 uma mercadoria, o mesmo acontecendo no Regulamento do ICMS/MG, aprovado pelo Decreto n.º 38.104/96, que, em seu artigo 222, inciso I, também considera, para efeitos de aplicação da legislação do imposto, a energia elétrica como mercadoria.

Obviamente que as operações de consumo de energia elétrica se revestem de algumas especificidades, tal como a de não ser um bem suscetível de ser “estocado” pela empresa distribuidora, para posterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constitui-se uma mera ficção crer que se pode entrever na “circulação” de energia elétrica duas operações distintas: uma, da fonte geradora até a rede distribuidora e outra, da rede distribuidora ao consumidor final (e aqui não seria condizente crer que, de um possível consumidor, fosse “repassada”, depois de “estocada”, a outro consumidor final, tal como uma “mercadoria comum”, considerando-se as peculiaridades que estão envolvidas com a energia elétrica, de sorte que há necessidade, portanto, de anuência e viabilidade operacional gerada pela distribuidora, cuja função é interligar a fonte produtora ao consumidor final).

Dos fatos apurados pelo Fisco, tem-se: 1) houve a celebração de contratos onerosos com outros consumidores para a cessão da parcela não consumida; 2) o contribuinte Impugnante, em sua escrita fiscal, lançou o crédito integral do ICMS referente às notas fiscais de fornecimento da energia elétrica, pela CEMIG, tendo a seguir, efetuado o estorno em sua escrita fiscal, proporcional aos valores não utilizados em seu processo produtivo; 3) da análise dos preços praticados (o custo de aquisição da energia elétrica pela Impugnante, pago à CEMIG, e o custo de venda, pelo qual ela “cedeu” a energia elétrica para aqueles que com quem firmou contratos), conclui-se que houve operações de compra e venda.

Reforça-se que, dada à peculiaridade da mercadoria, objeto da notificação - energia elétrica - impossível seria que a Impugnante a adquirisse e a estocasse para, só então, a comercializasse. Ademais, conforme o disposto no §1º do artigo 6º da Lei 6.763/75, equipara-se à saída a transmissão da propriedade de mercadoria ou bem, ou de título que o represente, quando estes não transitam pelo estabelecimento do transmitente.

Provas de que a Impugnante auferiu rendimentos com as transações efetuadas, são os lançamentos constantes em seu Livro Diário. É indiscutível que o volume e frequência das operações realizadas caracterizaram intuito comercial, ainda mais considerando-se que, na época, surgia um mercado para comercialização de excedente de energia estimulado pelo programa de racionamento, ou seja, havia um ambiente propício para negócios neste segmento.

O cerne da questão sob análise é o fato da Impugnante haver vendido, com intuítos comerciais, energia elétrica, que, como já era sabido, não era e nem podia ser produzida por ela (pois tal atividade depende de concessão do Poder Público), nem era distribuído por ela (pois não tinha a infra-estrutura própria dos distribuidores e concessionárias, não sendo portanto seu ramo de atividade econômica), cabendo-lhe, exclusivamente, fazer o que fez, isto é, firmar os contratos nos termos firmados (e aqui ressalta-se que as operações foram comprovadas através de lançamentos contábeis no Livro Diário) envolvendo as partes que se beneficiaram.

A Impugnante deixou de observar, contudo, as obrigações fiscais, nos termos da legislação tributária, conforme capitulado na Peça Fiscal, Lei 6.763/75, artigo 16, inciso VII - “entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada” e inciso IX “pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importa ressaltar que a partir de final de dezembro de 2001, a Impugnante modificou o seu comportamento tributário passando a emitir regularmente os documentos fiscais para as mesmas espécies de transações (venda de energia elétrica), conforme cópias de notas fiscais emitidas, constantes dos autos às fls. 84 a 133, o que acaba por fragilizar toda a sua argumentação defensiva, creditando valor à autuação fiscal.

Considerando que a Impugnante havia estornado os valores de créditos correspondentes à energia elétrica não consumida e posteriormente revendeu tal excedente, o Fisco, corretamente, recompôs a conta gráfica (fls. 10), não só com a inclusão dos valores relativos aos débitos referentes às transações objeto do presente feito, como também com a inserção dos créditos, antes estornados.

A multa isolada foi corretamente aplicada com base no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, com a redução prevista na sua alínea “a”, uma vez que as infrações foram apuradas pelo Fisco com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados nas escritas comercial e fiscal do contribuinte.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários e do vencido, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio. Pela Impugnante, sustentou oralmente Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

Sala das Sessões, 15/10/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Revisor

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

Acórdão: 16.037/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112474-36
Impugnante: Companhia Brasileira Carbureto de Cálcio
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outros
PTA/AI: 01.000144634-21
Inscr. Estadual: 607.018402.0054
Origem: DF/Juiz de Fora

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 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.

O feito fiscal versa sobre a constatação de comercialização de energia elétrica, nos meses de junho de 2001 a dezembro de 2001, durante o período de racionamento de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme relata o Livro Diário, sem o devido acobertamento fiscal e pagamento do ICMS.

Data venia, não existe nos Autos controvérsia sobre a celebração de contrato de cessão da sua cota de energia elétrica entre a Impugnante e outros consumidores.

No entanto, analisando o referido pacto percebe-se que ocorreu de fato uma cessão de direitos e nunca uma compra e venda de energia.

O instituto da analogia usado pelo Fisco no caso concreto não é instrumento jurídico capaz de definir o fato gerador da obrigação tributária, pois, como dito, o direito de uso de excedente de meta de consumo de energia não implica na circulação propriamente dita ou mesmo comercialização de energia em favor da usuária.

Ademais, somente a cessão de direitos de uso é possível conforme prevê a Lei nº 9.427/96. A comercialização é vedada.

Não há sequer nos Autos demonstração do uso da energia cedida.

Por tudo isso, incorreto está o trabalho fiscal, pelo que julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 15/10/04.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

cc/MG