

Acórdão: 16.546/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110477-80
Impugnante: White Martins Gases Industriais Ltda.
Coobrigado: Companhia Energética de Minas Gerais
Proc. S. Passivo: José Cassiano Borges/Outros
PTA/AI: 01.000142456-29
Inscr. Estadual: 223.616449.1054 (Aut.)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA –
Comprovado nos autos que as operações de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ocorreram sem documentação fiscal e sem pagamento do imposto, contrariando os termos do Convênio ICMS 103/2001 e o artigo 50A do Anexo IX do RICMS/96. Correto o arbitramento efetuado pelo Fisco, nos termos dos artigos 53 e 54 do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria (energia elétrica) sem documentação fiscal, nos meses de agosto a outubro de 2001, durante o período de racionamento, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 64/71, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 111/116.

DECISÃO

Preliminares

Em preliminar, a Impugnante argüi a nulidade do Auto de Infração frente à discordância entre a descrição dos fatos e os dispositivos legais invocados pela autoridade administrativa e à ausência de processo regular para efeito de arbitramento, conforme determina o artigo 148 do Código Tributário Nacional

Sem razão a Autuada. O relatório do Auto de Infração é bastante completo e indica com precisão qual é a acusação fiscal (comercialização de energia elétrica sem o

devido acobertamento fiscal) e os dispositivos citados, mesmo os de caráter genérico, são pertinentes à matéria e apontam a falta cometida ou a penalidade aplicável.

Quanto ao arbitramento, consta no relatório do Auto de Infração quais foram os parâmetros utilizados pelo Fisco e às fls. 22, consta a Tabela de Preços Praticados no MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica, utilizada pelo Fisco para formação da base de cálculo do imposto.

A Impugnação apresentada demonstra que a Autuada entendeu perfeitamente a acusação que lhe foi imputada e dela se defendeu plenamente. Assim, não se vislumbra a ocorrência de cerceamento do direito de defesa da Autuada e conseqüentemente a nulidade do Auto de Infração.

Mérito

A autuação versa sobre as exigências de ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso II da Lei 6763/75) frente à constatação de que a empresa White Martins Gases Industriais Ltda. promoveu a comercialização de energia elétrica, nos meses de agosto a outubro de 2001, durante o período de racionamento, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A” e “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Mesmo Grupo”, sem o devido acobertamento fiscal e pagamento do imposto.

A comercialização de energia elétrica sem documentação fiscal, objeto do Auto de Infração, ocorreu num período atípico na realidade brasileira, de racionamento de energia elétrica, e 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, empresas como a Autuada, firmavam contratos com as Concessionárias de energia elétrica para determinar a quantidade (em kw) de energia a ser mensalmente a elas disponibilizadas.

Neste contexto está inserido o Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica firmando entre a White Martins Gases Industriais e a CEMIG (fls. 36/52).

Através do Contrato estabeleceu-se que a CEMIG disponibilizaria para a Autuada uma quantidade fixa de energia elétrica (demanda reservada), que seria efetivamente faturada, independentemente de ser utilizada ou não.

Assim, a quantidade de energia elétrica referente à cota (demanda contratada ou reservada) foi integralmente tributada pela CEMIG e, via de conseqüência, o imposto destacado nas faturas foi integralmente apropriado pela Autuada, o que se comprova através dos documentos de fls. 19/20 e 24/27. Portanto, a energia elétrica foi transferida, mesmo que simbolicamente, para a Autuada.

O Contrato estabelecia ainda que a energia elétrica recebida somente poderia ser vendida a terceiros com autorização do Poder Concedente (fl. 47).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, em razão da crise de energia elétrica, foi feito um aditivo (fls. 53/55) ao Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica para estabelecer os novos patamares de demanda reservada, de forma a acomodar a redução referente à meta de consumo.

Além disto, no período em questão (acionamento), transferências de excedentes de metas de redução de consumo, previamente estabelecidas para os consumidores, foram permitidas. Razão para que fossem celebrados vários Contratos Bilaterais entre as partes envolvidas nas transações.

A Resolução nº 13 de 01 de junho de 2001, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, traçou as diretrizes para comercialização dos excedentes em relação às metas do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica para determinados tipos de consumidores, dentre eles a Autuada.

Os contratos bilaterais (fls. 28/34), base do trabalho fiscal, efetuados em atendimento à mencionada Resolução, identificam a empresa cedente (Autuada), a cessionária e o montante de energia a ser transferida. Todos eles foram firmados com a anuência/autorização da Concessionária – Companhia Energética de Minas Gerais, ora Coobrigada.

A participação da Concessionária, ao autorizar a comercialização da energia elétrica e posteriormente ao transportá-la e entregá-la ao destinatário, levou o Fisco a incluí-la no pólo passivo da obrigação tributária, face ao disposto no artigo 21, inciso XII da Lei 6763/75.

Quanto à ocorrência do fato gerador tributável pelo ICMS, oportuno mencionar alguns elementos de prova constantes dos autos.

Às fls. 10, consta a resposta da Autuada à intimação elaborada pelo Fisco, na qual afirma que *“As transações bilaterais efetuadas à época do racionamento configuravam transferências de direito de uso de energia entre unidades. Apesar disso, as quantidades de energia (cota) e o imposto relativo eram sempre cobrados integralmente na origem. No caso em tela, portanto, não se pode falar em venda, visto que a cessão se deu gratuitamente. Assim, consequentemente, não houve emissão de nota, nem tampouco quaisquer ações contábeis relativas às transações”*.

Desta resposta extrai-se que as transferências de “direito de uso da energia elétrica” efetivamente ocorreram e que não houve emissão de notas fiscais para acobertar as operações, tampouco pagamento do imposto.

Frente ao exposto, conclui-se que a Autuada efetivamente revendeu a energia elétrica anteriormente faturada pela CEMIG, para empresas de mesma titularidade, estabelecidas em Minas Gerais ou na Bahia e para a empresa Liquid Carbonic (fl. 56), sem pagamento de tributo e emissão de documento fiscal. Configurado pois o fato gerador do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As quantidades de energia elétrica vendidas pela Autuada estão indicadas nos “Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A” (fls. 28/29) e “Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Mesmo Grupo” (fls. 30/34).

Dos Documentos extrai-se o seguinte texto: *“Pelo presente documento, as unidades da White Martins listadas, neste ato representada por seu representante legal abaixo assinado, declaram, para os fins previstos na Resolução 13/2001 da GCE, que realizaram Transação Bilateral, com a finalidade de compensar as metas de consumo de energia elétrica, através da transferência de excedente de redução de meta”*.

A obrigatoriedade de emissão de documento fiscal e pagamento do imposto para a hipótese dos autos está estampada no Convênio ICMS 103/2001 (fl. 17):

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 ou 1-A, para acoberar 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 acima foram reproduzidas no artigo 50A do Anexo IX do RICMS/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não restam dúvidas quanto à obrigatoriedade de emissão de notas fiscais para acobertar as operações de venda da energia elétrica excedente, tampouco quanto à incidência do ICMS na hipótese. Corretas pois as exigências de ICMS e MR.

Inaplicável à espécie a não incidência prevista no artigo 5º, inciso XV do RICMS/96, visto que a energia elétrica, no caso dos autos, não é material de uso e consumo, mas insumo, indispensável a produção industrial da Autuada. Ademais, parte das operações foi realizada com contribuinte localizado em outra unidade da Federação ou entre estabelecimentos distintos, hipóteses não abrangidas pelo dispositivo invocado.

No que toca ao arbitramento efetuado pelo Fisco, ressalte-se que foi utilizado como parâmetro o preço médio ponderado praticado no MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica, referente ao mês de cessão da energia elétrica, conforme tabela de fls. 22.

A Autuada contesta o arbitramento realizado, não no que diz respeito aos valores utilizados, mas à ausência de processo regular, fato analisado preliminarmente.

Nos termos do parágrafo 2º do artigo 54 do RICMS/96, a Autuada poderia ter contestado o valor arbitrado, mediante exibição de documentos comprobatórios, mas não o fez. Alegou que as operações realizaram-se gratuitamente, mas não logrou comprovar o fato. Não trouxe qualquer documento capaz de indicar o real valor das operações praticadas.

Quando não há documento fiscal relativo à operação, tampouco documentos que comprovem o seu real valor, o Fisco fica autorizado a efetuar o arbitramento do valor da operação, nos termos do artigo 53, inciso III do RICMS/96.

Os parâmetros a serem adotados estão listados no artigo 54 do mesmo diploma legal.

O Fisco utilizou o preço médio ponderado praticados no MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica, referente ao mês de ocorrência da operação e o fez corretamente, de acordo com a legislação tributária e também com a Resolução nº 13/01 da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, que estabelece:

Art. 2º Para fins desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

(...)

VIII – Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE: ambiente organizado e regido por regras estabelecidas onde se processam as transações de compra e venda de energia entre seus participantes, tanto por meio de mercado de curto prazo como de contratos bilaterais, tendo como limites os sistemas interligados Sul/Sudeste/Centro-Oeste e Norte/Nordeste;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - Preço do MAE: preço, em R\$/MWh, fixado na forma da Resolução da GCE nº 12, de 1º de junho de 2001, e praticado no âmbito do Mercado Atacadista de Energia;

X - Transações Bilaterais: transações que envolvam excedente de redução de meta e sejam realizadas fora do âmbito do MAE, incluindo a compensação de metas entre consumidores.

(...)

Art. 4º Para efeito do cálculo da meta mensal do consumo de energia elétrica para os consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadradas no grupo A, de que trata o art. 1º da Resolução GCE nº 8, de 25 de maio de 2001, a média de consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000 corresponderá ao consumo médio diário daqueles meses multiplicado pelo número de dias do mês correlato.

(...)

§ 2º As metas de consumo poderão ser compensadas entre consumidores, mediante transações bilaterais, observando-se os limites individuais do consumo de energia elétrica definidos por setor na forma do art. 1º da Resolução da GCE nº 8, de 2001, devendo os distribuidores ajustar as metas de cada empresa de modo a refletir as referidas transações e competindo à ANEEL o exame dos casos especiais.

(...)

Art. 7º Os consumidores que optarem por vender seus excedentes de redução de meta por meio de transações bilaterais deverão informar às respectivas concessionárias distribuidoras os valores de energia transacionados.

Parágrafo único. Será disponibilizado no MAE ambiente para negociação de transações bilaterais.

Assim, a base de cálculo adotada pelo Fisco é legal e melhor representa o real valor das operações, repita-se, não comprovado pela Autuada.

Fundamentou o voto vencido, que determinou como base de cálculo do imposto, o valor constante da fatura emitida pela CEMIG, o artigo 44, inciso IV, alínea b, subalínea b.1 do RICMS/96.

O dispositivo em questão trata da base de cálculo a ser adotada nas transferências de mercadoria para estabelecimento do mesmo titular, localizado em outra unidade da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não é o caso dos autos, já que a maior parte das operações objeto da lide realizaram-se internamente, sendo que somente um dos estabelecimentos destinatário estava situado em outra unidade da Federação, mais precisamente na Bahia.

Ademais, as hipóteses relacionadas no artigo 44 do RICMS/96 devem ser observadas pelos Contribuintes que emitem regularmente seus documentos fiscais. O Fisco, quando apura saídas de mercadorias sem documentação fiscal e não tem qualquer informação acerca do real valor da operação, deve arbitrá-lo, em conformidade com o disposto no já citado artigo 54 do RICMS/96.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino, que o julgava parcialmente procedente, para adequação da base de cálculo ao valor da fatura emitida pela CEMIG. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), José Eymard Costa e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 11/08/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora