

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 17.618/06/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113445-21 (Aut.), 40.010113508-73 (Coob.)
Impugnante: Ligas de Alumínio S.A (Aut.), Cia Energética de Minas Gerais – CEMIG (Coob.)
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outros (Aut.), Rosa Antônia Chaer Resende (Coob.)
PTA/AI: 01.000145890-93
Inscr. Estadual: 512.023299.0020 (Aut.), 062.002160.0057 (Coob.)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatado, nos autos, saídas de mercadoria (energia elétrica), decorrentes de excedentes de redução de metas, durante o período de racionamento, desacobertas de documento fiscal. Infração apurada com base em "Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A" firmados pela Comercializadora (Autuada) e terceiro, com anuência da Concessionária Mineira (Coobrigada). Autuação alicerçada nos arts. 6º, VI, § 1º; 16, VII, IX e XIII, da Lei 6.763/75. Correta a aplicação da penalidade prevista no art. 55, II da Lei 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE NÃO TRIBUTADA. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes às aquisições de energia elétrica, cujas subseqüentes saídas, em operações interestaduais, ocorreram ao abrigo da não-incidência do imposto, por força do disposto no art. 7º, III, da Lei 6763/75. A base de cálculo do crédito a ser estornada deve ser calculada a partir dos valores médios de aquisição da energia elétrica, extraídos das Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica referentes ao período autuado.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre comercialização de energia elétrica durante o período de racionamento (junho a novembro/2001), sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme “Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A”, sem cobertura fiscal e sem o conseqüente pagamento do ICMS incidente.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Houve recomposição de conta gráfica, com apuração de redução do saldo credor relativamente ao período fiscalizado, com exigência, exclusiva, da MI (40%), prevista no art. 55, inciso II da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada (Ligas de Alumínio S.A.) apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 495/508.

Às fls. 1.311/1.317, a Coobrigada, Companhia Energética de Minas Gerais, também apresenta, tempestiva e regularmente, sua peça de defesa.

O Fisco, em manifestação de fls. 1.354/1.360, refuta as alegações das Impugnantes.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 1.364, para que o Fisco, considerando que a acusação descrita no AI, reforçada na manifestação versa sobre aproveitamento indevido de créditos oriundo da falta de estorno na proporção das saídas subsequentes não tributadas, capítule os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

O Fisco reformula o Auto de Infração no sentido de incluir o código 1.05.5 (operação de entrada ou operação subsequente não tributada), bem como o artigo 31, inciso I da Lei 6763/75.

A Autuada novamente se manifesta, às fls. 1371/1374 e o Fisco, às fls. 1375/1376.

A Coobrigada também se manifesta, às fls. 1378/1379 e novamente o Fisco às fls. 1381.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1383/1392, opina pela procedência parcial do lançamento, excluindo-se da base de cálculo da MI o montante relativo às operações identificadas à fl. 13, para as quais o contribuinte emitiu o documento fiscal.

Em 05/09/2005, a 2ª Câmara de Julgamento, converte o julgamento em diligência para que o Fisco preste algumas informações e elabore planilha para indicar quais as operações estão relacionadas a cada uma das operações, internas ou interestaduais.

O Fisco se manifesta às fls. 1396/1397 e elabora planilha de fls. 1398/1404.

Cientificadas da juntada de documentos, Autuada e Coobrigada não se manifestam.

A Auditoria Fiscal, no parecer de fls. 1410/1413, opina pela procedência parcial do lançamento para excluir da base de cálculo da MI, o montante relativo às operações identificadas às fls. 13, para as quais o Contribuinte emitiu documentos fiscais e ainda para adequar a base de cálculo das operações objeto de estorno de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

créditos, adotando-se como parâmetro o preço médio das aquisições, conforme Notas Fiscais/Conta de Energia Elétrica (fls. 1324/1.331).

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações, principalmente no que se refere à multa isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75, relativa aos documentos de fls. 13.

Inicialmente, faz-se necessário o exame da arguição meritória de ilegitimidade passiva da Coobrigada.

A CEMIG se recusa a co-responder pelo crédito tributário constituído, aduzindo em seu favor não se obrigar legalmente a fiscalizar obrigações tributárias de terceiros e que apenas cumprira as exigências que a legislação federal lhe impunha. Além disso, insiste, nenhum interesse possuía em tais transações bilaterais com energia elétrica, até porque já não lhe pertencia e o ICMS fora destacado e recolhido sobre o faturamento da total demanda contratada, nos limites estabelecidos para o consumo reduzido da Autuada.

Apesar destes argumentos, é fato incontroverso sua participação no processo de transferência de direito de consumo e venda de energia elétrica pela Autuada sob prisma tributário.

Como bem assinala a Autoridade Autuante, dadas as especificidades da energia elétrica, apenas a Coobrigada detinha a estrutura física básica a transportá-la/transmiti-la. Ainda que não mais lhe pertencesse, deveria ter observado o disposto no art. 321, II, do Anexo IX ao RICMS/96 (venda à ordem), tocante à energia fornecida a quem a adquirira da Autuada. Neste caso, também não emitira o correspondente documento fiscal, até porque precisaria fazer, nele, referência à nota fiscal de venda que deveria ter sido expedida pela Autuada.

Se não bastasse, era ônus da Coobrigada autorizar os contratos bilaterais, respeitado o limite de consumo de energia da Autuada (meta de racionamento) fixado pelo governo. Era ela a detentora das condições de produção e fornecimento da diferença contratada e não consumida.

Por tudo isso, há que se validar o disposto no art. 21, XII, da Lei 6763/75, mantendo-a no pólo passivo da obrigação tributária.

A autuação, propriamente dita, versa sobre acusação de venda de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, no período de racionamento, desacobertada de documento fiscal e sem o recolhimento do ICMS devido e aproveitamento indevido de créditos de ICMS na proporção das transferências

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de energia elétrica destinadas a outras unidades da Federação, abrigadas pela não incidência do imposto, nos termos do art. 7º, inciso III da Lei 6763/75.

A acusação fiscal foi alicerçada nos documentos emitidos pela concessionária distribuidora (CEMIG), intitulados "Documento para Transação Bilateral entre empresas do Grupo A", listados às fls. 07/13 deste PTA, cujas cópias foram anexas às fls. 30/491, emitidos com a identificação das empresas cedente (Autuada) e cessionária (adquirente), o montante de energia comercializada em Kwh, tendo sido firmados com o conhecimento da Concessionária.

Esclareça-se que, durante o período de racionamento de energia (2001), todos os consumidores industriais foram obrigados a reduzir a quantidade de energia elétrica consumida mensalmente, com fixação de meta para cada um deles, conforme média verificada no trimestre maio/junho/julho/2000, regra geral, reduzida a 80%. Todavia, poderiam os consumidores, entre si, compensar quantidade correspondente à expectativa de consumo não utilizada. Era-lhes facultado negociar essa diferença no MAE (Mercado Atacadista de Energia) ou através de "Transações Bilaterais", observadas as regras estabelecidas na Resolução de nº 456 de 29/11/2000, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL.

A Autuada pretende eximir-se da acusação que lhe foi imputada, alegando não ter ocorrido operações de compra e venda de energia elétrica, mas simples "cessão de direito ao consumo", o que, sob sua ótica, não configura fato gerador do ICMS, o qual só ocorre no momento do consumo da energia, pelo adquirente.

Percebe-se que o entendimento equivocado da Autuada deriva da dificuldade de se compreender a energia elétrica como mercadoria, contida no campo de incidência do ICMS, desde o advento da CF/88.

Vale ressaltar que a natureza jurídica da energia elétrica é a mesma de um bem móvel, suscetível de circulação econômica, tal como define o RICMS/96, *in verbis*:

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, **energia elétrica**, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus derivados, lubrificante e combustível sólido, líquido e gasoso, e bens importados para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente do estabelecimento; (g.n.)

No caso em apreço, a dita cessão de direito ao consumo corresponde a uma saída de mercadoria (energia elétrica), operação que por força do Texto Constitucional, da Lei Complementar 87/96 e da Lei Estadual 6763/75, sujeita-se à incidência do tributo estadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Necessário observar que o faturamento de energia elétrica, pela concessionária, possui sistemática diferenciada, podendo se dar tanto pelo consumo efetivado pelo adquirente em determinado espaço de tempo ou pela quantidade certa comprada virtualmente antes do consumo, caso da Autuada.

Naturalmente, as operações de consumo de energia elétrica se revestem de algumas especificidades, tal como a de ser um bem não suscetível a "estocagem" pela empresa comercializadora, para posterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Dos fatos apurados nos autos verifica-se que da quantidade comprada pela Autuada (em kWh), equivalente à "meta de consumo" estabelecida pela CEMIG durante o período de racionamento de energia elétrica, o excedente foi "cedido", ou seja, transferido para outras empresas consumidoras, transações realizadas com a anuência e autorização da Concessionária CEMIG, conforme se observa dos citados documentos.

Assim, a transferência da "sobra" de energia elétrica não consumida, constitui saída de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, cuja operação carece de acobertamento documental.

Registre-se que o crédito decorrente da aquisição da energia elétrica, destacado nas Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica, foi integralmente apropriado pela Autuada, sendo este fato mais um elemento a comprovar que a mercadoria foi efetivamente adquirida e posteriormente revendida, ainda que jamais tenha entrado fisicamente no estabelecimento da Autuada.

Não procede a alegação do Sujeito Passivo de que ao tempo da realização das operações não vigorava o Convênio ICMS 103/01 e Dec. 42.145/01 e que, por essa razão, não estaria obrigada a emitir os documentos fiscais, tendo em vista que tais dispositivos não podem retroagir seus efeitos para penalizá-la.

Insta salientar que o Convênio ICMS nº 103/01 (cópia fl. 21) foi celebrado com o objetivo de uniformizar procedimentos tributários nas operações com energia elétrica, tratando de alertar os comercializadores de energia, inclusive nas operações resultantes do excedente de redução de meta, conforme assinala o parágrafo único, que além do cumprimento das obrigações principais e acessórias, já previstas na legislação tributária de regência do imposto, deveriam observar os procedimentos preceituados nos incisos ali elencados.

De notar-se, pois, que no seu texto não há e não poderia haver, qualquer descompasso com a legislação hierarquicamente superior, seja no tocante à regra matriz de incidência do ICMS sobre a venda de energia elétrica, seja em relação à obrigação de emitir o documento fiscal hábil para acobertar a operação.

Portanto, verifica-se que a Autuada deixou de observar obrigações já previstas na legislação tributária vigente ao tempo dos fatos, em especial as regras

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inseridas no art. 16, incisos VII e IX e no art. 39, parágrafo único, todos da Lei 6763/75.

À vista da falta de indicação do preço pactuado para algumas das transações, a Autoridade Lançadora arbitrou a base de cálculo das operações, tendo em vista o que dispõe o art. 53, I c/c art. 54, II, ambos do RICMS/96, adotando-se como parâmetro o preço médio praticado nos meses investigados, obtido no Mercado Atacadista de Energia - MAE, nos termos da Tabela de fls. 18/19, fornecida pela ASMAE - Administradora de Serviços de Mercado Atacadista de Energia Elétrica.

Nenhuma relevância possui a alegação impugnatória, de que a Autuada não possuía autorização da ANEEL para comercializar energia, portanto, não se lhe podendo imputar a qualidade de sujeito passivo, haja vista que o que caracteriza a pessoa como contribuinte do ICMS é a realização de operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto (art. 14 da Lei 6763/75). A condição de contribuinte depende apenas da prática habitual ou em volume que caracterize intuito comercial de operação ou prestação sujeita ao tributo.

O crédito tributário, em si, redundou na cobrança exclusiva de Multa Isolada de 40% (quarenta por cento), prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75, uma vez que na recomposição da conta gráfica, consoante fl. 14, não houve constatação de imposto a pagar, tendo resultado tão somente na redução do saldo credor, decorrente de: 1) acréscimo dos valores não levados a débito pelo Contribuinte, em razão das operações internas efetuadas ao desabrigo documental; 2) glosa de créditos na proporção das saídas de energia elétrica, em operações interestaduais, listadas às fls. 1.184/1.188, alcançadas pela não incidência do imposto, conforme art. 7º, III c/c art. 31, I, ambos da Lei 6763/75.

Contudo, a base de cálculo utilizada pelo Fisco para efeito de estorno de créditos na proporção das saídas de energia elétrica alcançada pela não incidência do imposto, está incorreta.

Após diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento (fl. 1394) verificou-se que o estorno de créditos relacionados com as operações interestaduais foi efetuado tomando-se como parâmetro valores de saída, praticados quando da venda da energia elétrica e não valores de entrada, relacionados à aquisição da mercadoria.

Nos termos da legislação vigente, o estorno deve ser efetuado proporcionalmente ao montante do imposto creditado quando do recebimento da mercadoria.

No presente caso, ainda que seja impossível estabelecer a correspondência entre o valor ou o tipo da energia adquirida e aquela vendida em operação interestadual, não se pode aceitar a utilização de valores relacionados às saídas das mercadorias para determinação da base de cálculo, pois sabidamente são significativamente maiores que os valores das entradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim e considerando-se os elementos constantes dos autos, deve-se aplicar sobre a quantidade de Kw/h vendido mensalmente (fls. 1.398/1.404) em operações interestaduais, o preço médio por Kw/h pelas entradas, a ser calculado a partir dos valores constantes das Notas Fiscais/Contas de Energia Elétrica apenas às fls. 1.324/1.331.

Registre-se que a planilha de fls. 1.398/1.404, elaborada em cumprimento à solicitação da Câmara de Julgamento, permite identificar mensalmente, tanto as operações internas, desacobertadas de documentação fiscal, quanto as saídas interestaduais que ensejaram o estorno de créditos.

Importa enfatizar que os estornos parciais de créditos efetuados pela Impugnante foram devidamente observados quando da recomposição da conta gráfica, conforme consta do Quadro Resumo “B” (fl. 14).

Registre-se que não devem ser excluídos da base de cálculo da multa isolada as operações para as quais a Autuada alega que emitiu documentos fiscais, pois estes não se prestam a acobertar saídas de energia elétrica, pois não se referem a esta mercadoria, tampouco fazem menção as quantidades efetivamente comercializadas, ou seja, apresentam informações que não se referem às operações efetivamente realizadas.

As notas fiscais de fls. 1.167/1.182 indicam no campo Descrição dos Produtos, “Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta e Consumo” e não energia elétrica e a quantidade informada é invariavelmente 1,00 (um) e não a quantidade de kw efetivamente vendida. Assim, os documentos emitidos não se referem às operações efetivamente realizadas, nos termos do art. 149, inciso III, do RICMS/96, pelo que não podem ser aceitos.

Por fim, impõe-se alterar a multa isolada aplicada (40%) relativamente às saídas interestaduais, frente ao disposto no § 2º, do art. 55, da Lei 6763/75:

Art. 55 - (...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.

Considerando-se que as operações interestaduais estão amparadas pela não incidência do imposto (art. 7º, III, da Lei 6763/75), a multa isolada aplicada (art. 55, inciso II, da Lei 6763/75) deve se limitar a 15% do valor da operação.

Registre-se que a multa isolada aplicada em relação às saídas internas está dentro do limite estabelecido pelo já mencionado parágrafo 2º do art. 55, da Lei 6763/75, ou seja, é inferior a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a base de cálculo para efeito de estorno de crédito, relativamente às saídas interestaduais, adotando-se como parâmetro o preço médio das aquisições a ser extraído das notas fiscais/contas de energia elétrica constantes dos autos às fls. 1205/1206 e 1320/1331 e ainda para adequar a MI aplicada em relação às saídas interestaduais ao percentual de 15% (quinze por cento) previsto no § 2º, do art. 55, da Lei 6763/75. Vencidos, em parte, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Windson Luiz da Silva, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir ainda, da base de cálculo da multa isolada, o montante relativo às operações identificadas às fls. 13. Pela Autuada assistiu ao julgamento o Dr. Francisco Costa Couto de Albuquerque Maranhão e pela Fazenda Pública Estadual, sustento oralmente o Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos. Participou do julgamento, além da signatária e dos retro citados, o Conselheiro Fausto Edimundo Fernandes Pereira.

Sala das Sessões, 05/07/06.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora**