

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.136/06/CE Rito: Sumário
Recurso de Revisão: 40.060118021-16
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorridas: Italmagnésio Nordeste S.A. (Aut.), Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG (Coob.)
Proc. S. Passivo: Julie Cristine Delinski/Outros (Aut.), Rosa Antônia Chaer Resende (Coob.)
PTA/AI: 01.000145897-43
Inscr. Estadual: 708.097779.0089 (Aut.), 062.002160.0057 (Coob.)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatadas saídas de energia elétrica, decorrentes de excedentes de redução de metas de consumo, desacobertas de documentação fiscal. Caracterizada a incidência do imposto nas saídas internas, tendo em vista o disposto no inciso VI do art. 6º da Lei n.º 6763/75. Restabelecidos os débitos do ICMS a serem levados à recomposição da conta gráfica, demonstrados pela Auditoria Fiscal às fls. 309, além da exigência da Multa Isolada, prevista no inciso II do art. 55, Lei n.º 6763/75, relativamente a todas as operações, devendo aquela atinente às saídas interestaduais limitar-se à alíquota de 15%, conforme § 2º do art. 55, do mesmo diploma legal.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE NÃO TRIBUTADA. Constatado que a Autuada promoveu saídas interestaduais de energia elétrica ao abrigo da não incidência do ICMS, sem efetuar o estorno do imposto apropriado quando de suas aquisições, contrariando o disposto no inciso I do art. 32, Lei n.º 6763/75, e no inciso I do art. 21, LC n.º 87/96. Créditos estornados através da recomposição da conta gráfica. Mantidos os termos da decisão *a quo*, para que o ICMS estornado seja apurado, a partir dos valores de aquisição da energia elétrica no período fiscalizado, proporcionalmente à quantidade transacionada em operações interestaduais, amparadas pela não incidência, nos termos da proposição da Auditoria Fiscal, de fl. 309, excetuando o mês de dezembro de 2001, cujo valor unitário deve corresponder a 0,0539 p/kwh, conforme nota fiscal de fls. 180. Item não objeto do Recurso.

Recurso conhecido, à unanimidade, e provido, pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação, atinente ao período de junho a dezembro/2001, versa sobre a venda de energia elétrica, a título de excedente de redução de metas no período do racionamento, sem a emissão de documentação fiscal, sem o débito do imposto devido nas operações internas e sem o estorno do crédito proporcional às saídas interestaduais, ocorridas ao abrigo da não-incidência, o que ensejou a redução do saldo credor da Autuada, ensejando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, art. 55, Lei 6763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.581/05/2ª, pelo voto de qualidade, excluiu a exigências, referentes às saídas desacobertadas, de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II, art. 55, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Fazenda interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão, às fls. 335/346, por intermédio de procurador legalmente habilitado.

A Recorrida Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG (Coobrigada), tempestivamente, por intermédio de procuradora regularmente constituída, contra-arrazoa, às fls. 352/354, o recurso interposto pela FPE.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 357/365, opina pelo provimento parcial do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

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.

A Autuada mencionou em sua Impugnação que apenas teria ocorrido uma cessão de direitos para terceiros, sem transmissão física de energia, não tendo procedido qualquer comercialização. Em relação ao estorno de créditos, mencionou que, tendo em vista a não-cumulatividade do imposto, teria direito ao crédito integral do imposto pago sobre o valor total da demanda.

A Coobrigada, em suas contra-razões, mencionou que não teria havido operação relativa à circulação de energia elétrica, pois o negócio jurídico celebrado teria sido a transferência de direito de uso de excedente de redução de meta, que teria a natureza de cessão de direito.

Por sua vez, o Fisco entende que a cessão ocorrida teria correspondido a uma transferência de titularidade de mercadoria contida no território de incidência do

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS (no caso das operações internas), fartamente identificada nos contratos bilaterais. Além disso, assevera que o estorno de crédito deve ocorrer sempre que a mercadoria for objeto de operação subsequente não tributada.

Isso posto, tem-se que o artigo 222, I, do RICMS/96, estabelece que *“mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica...”*. (g.n.)

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 da Autuada, ser estocada e transportada para os cessionários.

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.

Ora, se a Autuada adquiriu determinada quantidade de energia elétrica da CEMIG, somente necessitou de parte e repassou o restante para outra empresa, mesmo que tal parcela estivesse “estocada” na CEMIG, restou configurado o fato gerador do ICMS na saída do “excedente”.

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 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. E, 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.)

Por sua vez, a Lei n.º 6763/75 assim dispõe:

"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;

...

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Lei Complementar n.º 87/96 assim prevê:

“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, dispõe 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 103/01, de 31-10-01, às fls. 14, 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 nº 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. Existe inclusive a ressalva de que deva ser observado o “cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação”.

A exigência do ICMS em questão encontra respaldo, também, nos acórdãos nº 16.037/04/2ª e 16.546/04/3ª (ambos não objeto de recurso), além dos acórdãos nº 3.108/06/CE e 3.107/06CE (que retificou o acórdão nº 16.239/05/2ª, mencionado pela Coobrigada).

Por sua vez, vindo ao encontro do disposto no inciso II do § 2º, art. 155 da CF/88, tem-se que o estorno de créditos encontra-se previsto no inciso I do art. 71, Parte Geral do RICMS/96; inciso I do art. 32, Lei nº 6763/75; e no inciso I do art. 21, LC nº 87/96, que assim dispõe:

Art. 21 - O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço.

Em relação à Multa Isolada, tem-se que, de acordo com o § 2º do art. 55, Lei nº 6763/75, redação trazida pela Lei nº 15.956/05, o percentual de 15% do valor da operação deve prevalecer no caso de saídas com não-incidência do imposto.

Assim, as saídas interestaduais, no montante de R\$2.566.210,00, conforme quadro de fls. 233/234, ensejam uma Multa Isolada de R\$384.931,50, permanecendo as saídas internas, no montante de R\$1.743.350,00, com a Multa Isolada de 40%, correspondente a R\$697.340,00, o que totaliza R\$1.082.271,50.

Cumprе mencionar que a Multa Isolada em questão não se enquadra na hipótese de redução a 20%, prevista na alínea “a” do inciso II, art. 55 da Lei nº 6763/75.

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, deu-se provimento ao recurso, para restabelecer as exigências fiscais em relação às saídas desacobertadas. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Windson Luiz da Silva, que lhe negavam provimento, nos termos da decisão recorrida. Em seguida, de ofício, determinou a Câmara a adequação da Multa Isolada inerente às saídas interestaduais ao disposto no § 2º do art. 55, da Lei 6.763/75, adotando-se o percentual de 15% (quinze por cento). Participou do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, o Conselheiro José Eymard Costa. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros.

Sala das Sessões, 04/07/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

