

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.037/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000154898-07
Impugnação: 40.010120092-37, 40.010119913-30 (Coob.)
Impugnante: Arcelor Brasil SA
IE: 362003374.05-78
Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG (Coob.)
IE: 062002160.00-57
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outro(s)/Rosa Antônia Chaer Resende/Outro(s)(Coob.)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a saída de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal sob a forma de transferência de excedentes de redução de metas de consumo durante o período de racionamento de energia elétrica ocorrido em 2001, em operação interna. Infringência apurada através de documentos para transação bilateral emitidos pela Coobrigada. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre comercialização de energia elétrica, nos meses de junho a setembro de 2001, durante o período de racionamento, sob a forma de transferência de excedentes de redução de metas, conforme “Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Mesmo Grupo”, sem o devido acobertamento fiscal e sem o consequente pagamento do ICMS incidente. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Inconformadas, a Coobrigada e a Autuada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 32 a 41 e 64 a 85, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 126 a 137.

DECISÃO

Da Preliminar

Primeiramente é de se observar, quanto ao pedido de perícia requerida que a mesma não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório já acostado aos autos ou são irrelevantes para o deslinde da questão, não exigindo conhecimento técnico de que não seja detentor o Órgão Julgador.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o requerimento de perícia deve ser indeferido, com fundamento no artigo 142, do RPTA/MG.

Do Mérito

Trata-se a presente autuação da constatação de saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, em operações internas, sob a forma de transferências de excedentes de redução de metas de consumo durante o período de racionamento de energia elétrica nos meses de junho a setembro de 2001, conforme demonstrado às fls. 10/18, infringência pela qual são exigidos o ICMS, a multa de revalidação e a Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Observa-se que a autuação em tela está fundamentada na existência dos Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 24 a 28, nos quais constam a Autuada como cedente de energia elétrica.

Para uma melhor compreensão da conjuntura da política energética vigente à época dos fatos relatados, insta salientar que no período da crise de fornecimento de energia elétrica ocorrida no País em 2001, uma das providências adotadas pelo Governo Federal, através da edição da Medida Provisória nº 2.147, de 15 de maio de 2001, foi a criação e instalação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE) do Conselho de Governo e o estabelecimento das diretrizes do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, que tinha por objetivo compatibilizar a demanda de energia com a oferta, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia, definindo os elementos e as medidas necessárias para a redução compulsória da demanda de energia elétrica.

Nesse sentido, os consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo A constante do inciso XXII do art. 2º da Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) nº 456, de 29 de novembro de 2000, deveriam observar metas de consumo de energia elétrica correspondentes a percentuais compreendidos entre setenta e cinco e oitenta e cinco por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, na forma estabelecida pela GCE, conforme determinação do art. 17 da Medida Provisória nº 2.148-1, de 22 de maio de 2001.

Todavia, a Resolução da GCE nº 13, de 1º de junho de 2001, permitia que as metas de consumo pudessem ser compensadas entre consumidores, mediante leilões do MAE ou transações bilaterais, sendo que para possibilitar a venda do excedente de redução de meta (valor, em kWh, equivalente à expectativa de consumo ou ao consumo verificado em nível inferior à meta do respectivo mês, nos termos do inciso VI do art. 2º da referida Resolução), os consumidores deveriam obter Certificados emitidos pelas respectivas concessionárias.

Forçoso esclarecer que o MAE representa o ambiente organizado e regido por regras claramente estabelecidas, no qual se processam a compra e a venda de energia entre seus participantes, tanto através de contratos bilaterais como em um mercado de curto prazo, tendo como limites os sistemas interligados Sul/Sudeste/Centro-Oeste e Norte/Nordeste.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para efeito de tais negociações, faziam-se necessários os seguintes documentos, a saber: o Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo e/ou o Documento para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo, emitidos, no caso, pela Concessionária, mediante requisição do consumidor.

Em período imediatamente anterior à crise de energia elétrica, estava em vigor o Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica firmado entre a Autuada e a Coobrigada, através do qual estava estabelecido que a Coobrigada tornaria disponível à Autuada uma quantidade fixa de energia elétrica (demanda reservada), que seria efetivamente faturada, independentemente de ser ou não utilizada.

Contudo, em razão da crise de energia elétrica, foi celebrado, em 01/06/2001, o aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica, com vistas a estabelecer os novos patamares de demanda reservada, de forma a acomodar a redução referente à meta de consumo.

A participação da Coobrigada, ao autorizar a comercialização da energia elétrica e posteriormente ao transportá-la e entregá-la à empresa cessionária, levou o Fisco a incluí-la no polo passivo da obrigação tributária, face ao disposto no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Dessa forma, reputa-se correta a eleição da empresa Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG como Coobrigada, sendo desaconselhável sua substituição processual, uma vez que não se encontra configurada nos autos a hipótese prevista no parágrafo único do art. 233 da Lei Federal nº 6.404/76.

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

Em sua Impugnação, a Autuada alega, inicialmente, com fulcro no art. 150, § 4º, do CTN, e considerando que foi intimada do AI em 26/12/06, que todos os fatos geradores do período de junho a setembro de 2001 estariam alcançados pela decadência.

“Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Todavia, é entendimento desta Câmara que o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário extingue-se com o prazo previsto no art. 173, I, do CTN,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou seja, cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Assim, relativamente ao exercício de 2001, em consonância com o referido dispositivo, a decadência estaria configurada somente a partir de 01/01/2007.

Como a Impugnante foi regularmente intimada da lavratura do AI em 26/12/2006, conforme documento de fl. 29, não há que se falar em decadência do crédito tributário.

Diz, ainda, a Autuada que, nos meses de junho a setembro de 2001, cedeu o seu direito de uso da energia elétrica não consumida até o limite de sua meta, através do chamado “Documento para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo”.

De tal alegação extrai-se que a transferência de “excedente de meta” efetivamente ocorreu, sem, no entanto, a devida emissão de nota fiscal para acobertar a operação, nem tampouco pagamento do imposto.

Frente ao exposto, conclui-se que a Autuada revendeu a energia elétrica anteriormente faturada pela Coobrigada, para empresas do Grupo A ou de mesma titularidade, sem o pagamento do imposto e emissão de documento fiscal, estando configurado, portanto, o fato gerador do ICMS.

Ocorre que segundo o entendimento da Autuada, a transferência não é propriamente dita de energia elétrica, mas do “direito de uso” do excedente, que, a seu ver, é contrato típico do Direito Civil, o qual não pode ser desfigurado para que sobre ele incida imposto cujo alvo é a venda.

Observa-se, porém, que a Autuada tem um errôneo entendimento da questão, quicá resultante da dificuldade em se incluir a energia elétrica na acepção de mercadoria. Entretanto, é cediço que o § 3º do art. 155 da Constituição Federal considera a energia elétrica como mercadoria para fins de incidência do ICMS, assim como o inciso I do art. 222 do RICMS/96.

Nota-se, contudo, que as operações de consumo de energia elétrica revestem-se de determinadas especificidades, tal como a de não ser um bem suscetível de ser estocado pela empresa distribuidora para posterior revenda.

Assim, verifica-se que para efeitos da incidência do ICMS no caso da energia elétrica não cabe invocar a tese do “domínio pleno”, qual seja, a de que a propriedade plena da coisa adquirida perfaz-se com a tradição real ou a entrada física da mercadoria no estabelecimento.

Todavia, tratando-se de mercadoria, e mesmo no caso da energia elétrica, é frequente a negociação da coisa adquirida sem que tenha ocorrido a entrada física no estabelecimento originariamente adquirente, transitando diretamente do estabelecimento alienante originário para o segundo adquirente, hipótese em que se dá a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

chamada “remessa por conta e ordem de terceiros”, eis que a legislação estabelece a presunção de tradição, conforme disposto no inciso VI e no § 1º do art. 6º da Lei nº 6.763/75, como segue:

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

§ 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”.

O fato de que o excedente de energia não consumida não tenha entrado fisicamente no estabelecimento da Autuada não descaracteriza a consumação do contrato de compra e venda mercantil. Na hipótese, fora repassado a terceiro, pela própria Coobrigada, mediante a apresentação dos Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 24 a 28, pela vendedora e adquirente, operando-se destarte a venda à ordem, cujos procedimentos acessórios estão dispostos no art. 321 do Anexo IX do RICMS/96.

Destaca-se que toda movimentação (física ou jurídica) de mercadoria há de ser feita devidamente acobertada de documento fiscal.

No caso dos autos, a Autuada, que adquirira energia elétrica e, possivelmente, creditando-se integralmente do ICMS, está obrigada a emitir nota fiscal de venda em nome da destinatária, nela destacando o ICMS, quando incidente, e mencionando que o fornecimento se faria através da Coobrigada.

Como a Coobrigada já emitira a nota fiscal/conta de energia elétrica em nome da Autuada, deveria ainda emitir outra nota fiscal, sem destaque do ICMS, relativamente à quantidade a ser diretamente fornecida à destinatária, mencionando como natureza da operação “remessa por conta e ordem de terceiros”.

A princípio, entretanto, pode parecer que as obrigações acessórias relacionadas com a transferência de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica só foram implementadas com o advento do Decreto nº 42.145, de 2001, sob o argumento de que tais dispositivos são de edição posterior a parte das operações objeto da autuação.

Ocorre, porém, que a responsabilidade da Autuada em relação à emissão da nota fiscal de saída já estava prevista à época anterior à vigência do Decreto nº 42.145, de 2001, a teor do disposto no inciso VII do art. 16 e no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 6.763, de 1975, no inciso I do art. 130 da Parte Geral, nos incisos I e II do art. 1º e no inciso III do art. 12, ambos do Anexo V, e no inciso I do art. 321 do Anexo IX, todos do RICMS/96.

Igualmente, a responsabilidade da Coobrigada, que é a única que detém a estrutura física básica para a transmissão da energia elétrica, advém do disposto no inciso II do art. 321 do Anexo IX do RICMS/96 referente à “remessa por conta e ordem de terceiros” na operação de “venda à ordem”.

Dessa forma, mesmo anteriormente à vigência das disposições contidas no Decreto nº 42.145, de 2001, uma vez ocorrido o fato gerador do ICMS, as Impugnantes não podem alegar retroatividade do Decreto nº 42.145, de 2001, na busca de afastar a incidência do imposto na operação, uma vez que as operações praticadas estão sob o disciplinamento da “venda à ordem” disciplinada no Capítulo XXXIX do Anexo IX do RICMS/96.

Conforme já exposto, não só a incidência do ICMS na operação de saída de energia elétrica, como também a obrigação de emitir e entregar ao destinatário o documento fiscal correspondente já tinha previsão legal, razão pela qual não se sustenta a alegação de que o fato gerador do imposto sequer ocorreu.

A figura jurídica de transferência do “direito de uso” invocada pelas Impugnantes para fundamentar a comercialização do excedente de redução de metas não tem o condão de ocultar a real operação de venda (revenda) de energia elétrica, pois a negociação dos Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta é considerada, para efeito de incidência do imposto, como negociação de títulos representativos da mercadoria, o que remete ao disposto na alínea “b” do § 8º do art. 6º da Lei nº 6.763, de 1975, como segue:

“Art. 6º - *Omissis*

(...)

§ 8º - São irrelevantes para a caracterização do fato gerador:

(...)

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

Acrescenta-se que na apuração do valor do ICMS, a base de cálculo foi obtida pelo Fisco no relatório fiscal de fl. 12 através da multiplicação do valor da quantidade de energia cedida (em kWh), colhido dos Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 24 a 28, nos quais consta a Autuada como cedente, pelo preço médio ponderado praticado no MAE (R\$/kWh) referente ao mês de cessão da energia elétrica (de acordo com a Resolução da CGE nº 13, de 2001), aplicando sobre tal produto a alíquota de 18% (dezoito por cento).

De qualquer maneira, a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal e pagamento do imposto para a hipótese dos autos torna-se, ainda, mais evidente com o acréscimo do art. 50A do Anexo IX do RICMS/96, pelo Decreto nº 42.145, de 2001, como segue:

Art. 50A - O comercializador de energia elétrica, inclusive o que atuar no Mercado Atacadista de Energia - MAE, além do cumprimento das obrigações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

principal e acessórias previstas na legislação observará o seguinte:

I - na hipótese de não possuir Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, emitirá Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para fins de acobertamento da operação e de registro pelo destinatário;

II - nas operações em que a **energia elétrica não transite pelo estabelecimento comercializador**, será aplicado o disposto no artigo 321 do Anexo IX;

III - na hipótese de ser dispensado da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirá Nota Fiscal Avulsa.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se a todos aqueles que comercializarem energia elétrica oriunda de produção própria ou de **excedente de redução de meta**. (grifos nossos)

Portanto, afiguram-se corretas as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em virtude da constatação da saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal em operação interna, sob a forma de transferências de excedentes de redução de metas.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em indeferir juntada de requerimento apresentado pela Coobrigada e datado de 09/02/2009. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Edécio José Cançado Ferreira, que o deferiam. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Edécio José Cançado Ferreira, que o julgavam improcedente. Designado relator o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor). Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Wenceslau Teixeira Madeira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros supracitados, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros.

Sala das Sessões, 13 de fevereiro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator Designado

MHG/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	19.037/09/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000154898-07	
Impugnação:	40.010120092-37, 40.010119913-30 (Coob.)	
Impugnante:	Arcelor Brasil SA	
	IE: 362003374.05-78	
	Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG (Coob.)	
	IE: 062002160.00-57	
Proc. S. Passivo:	Valter de Souza Lobato/Outro(s)/Rosa Antônia Chaer Resende/Outro(s)(Coob.)	
Origem:	DF/Ipatinga	

Voto proferido pelo Conselheiro Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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.

Versa o lançamento consubstanciado no presente Auto de Infração acerca das exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, esta última prevista no inciso II do artigo 55 da Lei nº 6.763/75, em face da imputação fiscal de comercialização de energia elétrica, nos meses de junho a setembro de 2001, durante o período de racionamento, sob a forma de transferência de excedentes de redução de metas, conforme “Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Mesmo Grupo”, sem o devido acobertamento fiscal e sem o consequente pagamento do ICMS incidente.

Efetivamente, no período do racionamento de energia, com base na demanda futura de sua linha de produção, a Impugnante celebrou contratos com a concessionária de energia, no caso a CEMIG (Coobrigada) que lhe garantiam o fornecimento de energia dentro de suas previsões; a legislação permitia que a demanda reservada (meras metas) fossem repassadas a terceiros, via cessão de crédito.

A própria Impugnante não nega ter repassado tais “créditos” para outros estabelecimentos seus ou empresas do mesmo grupo econômico. Entretanto, sustenta que a simples aquisição e cessão de direito (e não mercadoria) não é hipótese de incidência do ICMS.

Cumprе destacar que, inicialmente, a Defendente sustenta a ocorrência da decadência nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, alegando que a constituição definitiva do crédito ocorreu em dezembro de 2006, data em que foi

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notificada da cobrança (26/12/2006), encontrando-se decaídos os fatos geradores do período de junho de 2001 a setembro de 2001.

Deixa-se neste voto separado, de tecer maiores comentários acerca da matéria uma vez que o entendimento sobre a questão equivale à decisão majoritária no sentido de ser aplicada, no caso em tela, a regra insculpida no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, sendo os cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Entretanto, quanto às outras questões relativas ao mérito das exigências, não ocorre a mesma situação.

A Impugnante atua nos segmentos de aços planos e longos, com produção voltada para os setores de Siderurgia e Trefilarias, atividades dependentes da utilização intensiva e ininterrupta de energia elétrica em suas diversas unidades industriais.

Com o racionamento de energia ocasionado pela grave crise energética ocorrida no país no ano de 2001, o Governo Federal fez publicar a Medida Provisória nº 2.148-1 criando a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica com o objetivo de propor e implementar medidas de natureza emergencial, instituindo ainda o Programa de Redução do Consumo de Energia Elétrica.

Referida Medida Provisória, instituiu-se uma grande redução dos níveis de consumo de energia, já que fixava percentual inferior ao consumo médio no mesmo período do ano anterior. Entretanto, conforme §§ 1º e 2º do artigo 16 da citada Medida Provisória, permitiu-se que os excedentes de redução de meta fossem negociados entre consumidor e as concessionárias distribuidoras de energia ao preço praticado pelo MAE.

Esta negociação poderia se dar no âmbito do próprio MAE ou através de contratos bilaterais, em que uma empresa que tinha uma meta acima do que iria consumir cedia à outra parte de seu direito. Quando do consumo efetivo, a concessionária emitia nota fiscal tributando o valor total consumido/demandado. Assim, a tributação se dava entre a concessionária e a cessionária.

O caso dos autos trata exatamente da hipótese em que, dentro do mesmo grupo econômico empresarial, estando uma unidade com excesso de demanda contratada aquele direito era cedido a outra empresa ou outro estabelecimento do grupo ou da mesma empresa, respectivamente.

Este fato é muito importante pois chega até mesmo a distinguir o caso dos autos de outros apreciados. Não se fala neste processo de venda de direito de uso de energia elétrica entre empresas distintas, mas entre estabelecimentos de uma mesma empresa ou empresas do mesmo grupo econômico.

Na presente autuação considerou-se a cessão da demanda que tinha direito o estabelecimento de João Monlevade da Impugnante para as unidades da mesma empresa localizada em Sabará e para demais empresas do Grupo.

Pelo texto da própria Carta Magna a hipótese de incidência do ICMS é “a operação relativa à circulação”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os movimentos de mercadorias relativos a negócios jurídicos translativos da sua titularidade.

No caso da energia elétrica, ao disciplinar a matéria constitucional, a Lei Complementar nº 87/96 foi clara ao estabelecer que o imposto incide apenas sobre aquela efetivamente usada ou consumida. Tanto é assim que, ao dispor sobre o crédito do imposto a lei complementar usa exatamente estes termos.

Assim, aspecto material do ICMS só se manifesta com a efetiva circulação de mercadorias.

Considerando-se esta premissa tem-se que o ICMS, no caso de operações de circulação de energia elétrica, incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, pois só ela pode ser considerada como entregue ao consumidor.

No caso em questão havia uma garantia legal de meta para o estabelecimento da Impugnante em João Monlevade; com excesso de meta, resolve este estabelecimento transferir o direito a outros estabelecimentos da própria Impugnante ou empresas do mesmo Grupo, transferência esta consubstanciada nos “documentos para transferência entre empresas do mesmo grupo” - e conforme faculdade outorgada pela Resolução 13/2001 da CGE.

A comercialização de excedentes de energia elétrica que foram efetivamente entregues e utilizados pelos estabelecimentos foi tributada; a cessão de direitos não, porque não é hipótese de incidência do ICMS.

A questão não é nova neste Conselho de Contribuintes, mas também não é tranquila, tendo motivado decisões diferentes ao longo do tempo. Neste sentido, verificam-se julgados que consagram a tese de que, tratando-se de transferência do direito de uso do excedente de redução de meta, a qual não é fato gerador do ICMS, devem ser canceladas as exigências fiscais.

Assim, ao se deparar com uma transferência de direito de uso de excedente de energia elétrica, não há como enxergar uma venda de energia elétrica tributável pelo ICMS, sob pena de se desprezar o instituto de cessão de direitos e as diferenças entre cessão e venda.

A caracterização das transações feitas pela Impugnante como cessão de direito decorrem não apenas do tipo de negócio jurídico celebrado e das normas baixadas pela Câmara de Gestão da Crise de Energia, mas do próprio fato gerador do ICMS/energia elétrica.

O ICMS incide sobre a transferência da mercadoria. Por isto, não ocorre o fato gerador do imposto até que a energia seja, efetivamente transferida para o estabelecimento consumidor. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

Em sua manifestação fiscal, defende o Fisco que inexistente bitributação, mas apenas o regular funcionamento da não-cumulatividade, no qual a Impugnante é apenas responsável por recolher ICMS referente à venda da energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal argumento não sustenta o feito fiscal não podendo ser acatado pois não há novo fato gerador, tendo a energia elétrica consumida sido inserida no processo produtivo quando houve efetiva tributação.

A Fiscalização argumenta que, diante da falta de documentação fiscal a acobertar a transação, fez-se necessária presunção da base de cálculo com base no preço corrente das transações no MAE. Porém, também aqui se equivoca o Fisco, visto que havia, de fato, documentação a acobertar todas as operações em epígrafe.

Dispõe o RICMS/MG, em seu Anexo V - Dos Documentos Fiscais:

“Art. 1º - Os estabelecimentos, inclusive o de produtor rural inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, vedada sua utilização simultânea, salvo quando adotadas séries distintas nos termos do § 3º do artigo 136 deste Regulamento:

I - sempre que promoverem a saída de mercadorias;
.....”

O documento fiscal que acobertará a transferência da energia elétrica deve ser emitido pelo estabelecimento que promover a saída da energia. No caso, a CEMIG emitiu o documento fiscal (conta de luz) concernente à energia elétrica efetivamente circulada.

Como a cessão de direitos não é fato gerador do ICMS, não há previsão de documentação fiscal a ser emitida em razão do contrato de cessão de uso de energia, motivo pelo qual falta suporte legal para a presunção da base de cálculo.

Ressalte-se que quanto à energia elétrica, há regra específica no Anexo V RICMS/1996, a confirmar a assertiva feita no parágrafo acima:

“Art. 55 - A Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, será utilizada por qualquer estabelecimento que promover saída de energia elétrica.”

Patente, portanto, a impossibilidade de presunção de base de cálculo no presente caso. Nada obstante, o arbitramento da base de cálculo somente pode ter lugar nos estritos termos do artigo 148 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há aplicação desse artigo ao presente caso, pois, como visto, a Impugnante, bem como a Concessionária (CEMIG), não estavam obrigados legalmente à expedição de documentação fiscal para acobertar o contrato de cessão de uso de energia elétrica.

Sala das Sessões, 13 de fevereiro de 2009.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheiro

CC/MG