

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.415/09/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000154898-07
Recurso de Revisão: 40.060124562-62, 40.060124564-24 (Coob.)
Recorrente: Arcelor Brasil SA
IE: 362003374.05-78
Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG (Coob.)
IE: 062002160.00-57
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outro(s)/Roberta Espinha
Corrêa/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. Recursos conhecidos por unanimidade e não providos 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.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 19.037/09/1ª, pelo voto de qualidade, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR e MI.

Inconformada, as Recorrentes interpõem, tempestivamente e por intermédio de procurador regularmente constituído, os Recursos de Revisão de fls. 155/180 (CEMIG) e 193/207 (ARCELOR).

DECISÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 163, I, § 4º, do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Os fundamentos desta decisão relativamente aos Recursos são os mesmos da decisão recorrida, que ora se reproduz, nos termos do art. 58, do Regimento Interno do CC/MG.

“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.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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 concessionária, 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-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 50A - O comercializador de energia elétrica, inclusive o que atuar no Mercado Atacadista de Energia - MAE, além do cumprimento das obrigações 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 Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento aos recursos. Vencidos os Conselheiros Vander Francisco Costa (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e André Barros de Moura, que lhes davam provimento, nos termos de fls. 149/153. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Pela Recorrente, sustentaram oralmente o Dr. Wenceslau Teixeira Madeira e a Dra. Maria Lúcia da Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 30 de abril de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator / Designado