

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.707/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnações: 40.010116031-78 (Aut.), 40.010116163-85 (Coob.)
Impugnantes: White Martins Gases Industriais Ltda. (Aut.), Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG (Coob.)
Proc. S. Passivo: Elizabeth Aparecida de Castro/Outros (Aut.), Mauro Horta Maia/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000148915-12
Inscr. Estadual: 180.616449.25-40
Origem: DF/ BH-1

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 e interestadual. Infringência apurada através de Documentos para Transação Bilateral emitidos pela Coobrigada. Adequação da Multa Isolada relativa às operações interestaduais ao percentual de 15% (quinze por cento) nos termos do §2º, do artigo 55, da Lei nº 6763/75, com redação dada pela Lei nº 15.956/05.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, quando do recebimento de excedentes de redução de metas de consumo em transferência de outros estabelecimentos durante o período de racionamento de energia elétrica ocorrido em 2001. Infringência apurada através de Documentos para Transação Bilateral e de Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo emitidos pela Coobrigada. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE NÃO TRIBUTADA. Constatada a falta de estorno do ICMS relativo aos excedentes de redução de metas de consumo de energia elétrica transferidos para estabelecimentos situados em outras unidades da Federação durante o período de racionamento de energia elétrica ocorrido em 2001, indevidamente aproveitado tendo em vista que a energia elétrica adquirida veio a ser objeto de operação subsequente não-tributada pelo imposto. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a prática das seguintes irregularidades, durante o período de racionamento de energia elétrica no exercício de 2001:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, nas transferências de excedentes de redução de metas de consumo;

2) entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, quando do recebimento de excedentes de redução de metas de consumo em transferência de outros estabelecimentos; e

3) falta de estorno do ICMS relativo aos excedentes de redução de suas metas de consumo de energia elétrica transferidos para estabelecimentos situados em outras unidades da Federação.

Exigem-se ICMS, apurado após recomposição da conta gráfica, Multa de Revalidação (MR) de 50% (cinquenta por cento) e Multas Isoladas (MI) de 40% (quarenta por cento) e de 20% (vinte por cento) previstas, respectivamente, nos incisos II e XXII do artigo 55 da Lei nº 6.763/75, conforme detalhamento constante no Auto de Infração (AI).

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 92 a 101 e 122 a 130, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 176 a 183.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 184 a 201, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Decorrem as exigências fiscais formalizadas da constatação da prática das seguintes irregularidades, durante o período de racionamento de energia elétrica no exercício de 2001:

1) saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, nas transferências de excedentes de redução de metas de consumo;

2) entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, quando do recebimento de excedentes de redução de metas de consumo em transferência de outros estabelecimentos; e

3) falta de estorno do ICMS relativo aos excedentes de redução de suas metas de consumo de energia elétrica transferidos para estabelecimentos situados em outras unidades da Federação.

Compõem o AI o relatório fiscal de fls. 9/11, contendo o demonstrativo do crédito tributário, a recomposição da conta gráfica de fls. 12 e os seguintes anexos:

- Anexo I de fls. 13/14, contendo o quadro de transferências de excedentes de redução de metas de energia elétrica; e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo II de fls. 15, contendo o demonstrativo dos valores tomados como referência para o arbitramento.

Fazem ainda parte dos autos os Documentos para Transação Bilateral de fls. 16/30; o contrato firmado entre a Coobrigada e a Autuada de fls. 31/51; os Certificados de Direito de Uso de Redução de meta de Consumo de fls. 52/53; a tabela de preços praticados no MAE de fls. 54/55 e a cópia de livros fiscais de fls. 56/90.

No tocante ao pedido de substituição processual da Coobrigada pela empresa CEMIG Distribuição S.A., importante relatar que em janeiro de 2005, em virtude de alterações na legislação federal e estadual (Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004 e Lei nº 15290, de 4 de agosto de 2004), ocorreu a reorganização societária com a segregação das atividades operacionais então existentes na Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG desvinculando as atividades de geração e distribuição em duas novas empresas: CEMIG Distribuição S/A e CEMIG Geração e Transmissão S/A, ficando a Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG como a empresa *holding*.

Embora o CTN não contemple especificamente a responsabilidade das sociedades resultantes de cisão, ao determinar no art. 132 que “a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”, a Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, expressamente atribui tal responsabilidade ao estabelecer que “a companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão”, ressalvando que “o ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão (segunda parte e parágrafo único do art. 233).

Assim, o Fisco está autorizado a eleger qualquer uma das sociedades como Coobrigada da obrigação tributária, e, ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo único do art. 233 da Lei Federal nº 6.404/76, acima transcrito, caberá à Coobrigada comprovar que não é responsável pela obrigação tributária que se lhe imputa, face ao estipulado no ato de cisão.

Dessa forma, reputa-se correta a eleição da empresa Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG como Coobrigada, sendo desaconselhável sua substituição processual conforme pleiteado, 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.

1. Quanto à saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal

Trata-se da constatação de saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, em operações internas e interestaduais, 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, julho, outubro e dezembro de 2001, conforme demonstrado no Anexo I de fls. 13/14, infringência pela qual são exigidos, nas operações internas, o ICMS, a MR de 50% (cinquenta por cento) e a MI de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, ao passo que nas saídas interestaduais foi exigida apenas a MI de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e estornado o ICMS correspondente, apropriado pela Autuada quando da aquisição da energia elétrica, objeto do item 3 do AI a ser analisado na seqüência.

A exigência apenas da penalidade isolada na operação interestadual que destina energia elétrica a outro Estado justifica-se por estar tal operação abrigada sob a não-incidência do imposto emanada da alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Observa-se que autuação em tela está fundamentada na existência dos Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A de fls. 16/20 e de fls. 25/27 e dos Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 29/30, nos quais consta a Autuada como cedente de energia elétrica.

As cópias de citados documentos identificam a empresa cedente (a Autuada), a cessionária, o montante de energia comercializada em kWh, tendo sido firmados com o conhecimento da Concessionária Distribuidora (Coobrigada).

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, a Resolução da CGE 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.

Assim sendo, a sistemática de compra e venda dos Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo de Energia Elétrica foi homologada pela Resolução da ANEEL nº 227, de 21º de junho de 2001, em razão do mencionado Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica.

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 Empresas do Grupo A e 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 de fls. 31/45 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 de fls. 46/50 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.

Conforme afirmado pelo Fisco, a Coobrigada, na ocasião, passou a faturar a energia elétrica para a Autuada pela quantidade contratada, observada a redução estabelecida, e não pela efetivamente consumida. Para tanto, emitia nota fiscal/conta de energia elétrica sobre o total da quantidade contratada, neste fazendo incidir o imposto, que era integralmente creditado pela Autuada, independentemente do consumo da energia elétrica em sua totalidade ou de sua revenda parcial. Reitera-se que tal parcela não consumida pela Autuada é justamente a que foi revendida desacobertada de nota fiscal e sem débito do ICMS.

Os contratos bilaterais (Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A de fls. 16/20 e de fls. 25/27 e Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 29/30), base do trabalho fiscal,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

celebrados em atendimento à mencionada Resolução ANEEL nº 227, de 2001, identificam a Autuada como sendo a empresa cedente de energia elétrica, bem como a cessionária e o montante de energia a ser transferido. Todos os documentos citados foram firmados com a anuência/autorização da Concessionária, ora Coobrigada.

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 pólo passivo da obrigação tributária, face ao disposto no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

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

Às fls. 95 da Impugnação apresentada, o procurador da Autuada afirma que “Assim, munida dos referidos certificados, a Impugnante passou a realizar operações de ‘transferência de excedente de meta’.”

De tal declaração extrai-se que as transferências de “excedente de meta” efetivamente ocorreram, sem, no entanto, a devida emissão de notas fiscais para acobertar as operações, 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 freqüente a negociação da coisa adquirida sem que tenha ocorrido a entrada física no estabelecimento originariamente adquirente, transitando diretamente do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Empresas do Grupo A de fls. 16/26 e dos Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 27/30, 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 se creditara integralmente do ICMS, está obrigada a emitir nota fiscal de venda em nome da destinatária, nela destacando o ICMS 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 tinham 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 Anexo I de fls. 13/14 através da multiplicação do valor da quantidade de energia cedida (em kWh), colhido dos Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A de fls. 16/20 e de fls. 25/27 e dos Documentos para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 29/30, nos quais consta a Autuada como cedente, pelo valor do preço médio ponderado praticado no MAE (R\$/kWh) referente ao mês de cessão da energia elétrica (de acordo com a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resolução da CGE nº 13, de 2001), conforme relacionado no Anexo II de fls. 15, 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 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)

Afiguram-se corretas, portanto, as exigências fiscais do ICMS, da MR de 50% (cinquenta por cento) e da MI 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, e da MI 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 interestadual, ambas sob a forma de transferências de excedentes de redução de metas.

Todavia, a penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75, relativa às operações interestaduais deve ser adequada ao percentual de 15% (quinze por cento), nos termos do §2º do citado artigo, redação dada pela Lei nº 15.956, de 29 de dezembro de 2005.

2. Quanto à entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal

Trata-se da constatação de entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, sob a forma de recebimento, em transferência de outros estabelecimentos, de excedentes de redução de metas de consumo durante o período de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acionamento de energia elétrica no período compreendido entre setembro e dezembro de 2001, conforme demonstrado no Anexo I de fls. 13/14, infringência pela qual é exigida a MI de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso XXII do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Observa-se que autuação em tela também está fundamentada na existência dos Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A de fls. 21/24 e do Documento para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 28, nos quais consta a Autuada como cessionária, bem como dos Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo de fls. 52/53.

As cópias dos documentos de Transação Bilateral identificam a empresa cedente da energia elétrica, a Autuada como sendo a cessionária e o montante de energia comercializada em kWh, tendo sido firmados com o conhecimento da Concessionária Distribuidora (Coobrigada).

Conforme já abordado no item 1 supra, temos que a entrada de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal ocorreu em um período atípico de acobertura de energia elétrica, que motivou a expedição de normas em cumprimento das diretrizes do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica implantadas pela Medida Provisória nº 2.147, de 2001.

Dessa forma, através dos Documentos para Transação Bilateral de fls. 21/24 e de fls. 28, nos quais consta a Autuada como cessionária, bem como dos Certificados de fls. 52/53, verifica-se que a Autuada recebeu energia elétrica em transferência desacobertada de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado, uma vez que não foram apresentados os documentos fiscais de entrada correspondentes.

Acrescenta-se que na apuração do valor do ICMS, a base de cálculo foi obtida pelo Fisco no Anexo I de fls. 13/14 através da multiplicação do valor da quantidade de energia recebida (em kWh), colhido dos Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A de fls. 21/24 e do Documento para Transação Bilateral entre Unidades do Mesmo Grupo de fls. 28, nos quais consta a Autuada como cessionária, bem como dos Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo de fls. 52/53, pelo valor do preço médio ponderado praticado no MAE (R\$/kWh) referente ao mês de recebimento da energia elétrica (de acordo com a Resolução da CGE nº 13, de 2001), conforme relacionado no Anexo II de fls. 15, aplicando sobre tal produto a alíquota de 18% (dezoito por cento).

No caso dos autos, a Autuada, que adquiriu energia elétrica de outros estabelecimentos, está obrigada a exigir do remetente a nota fiscal de entrada em seu nome, com destaque do ICMS incidente na operação e mencionando que o fornecimento se faria através da Coobrigada.

Como a Coobrigada já emitira a nota fiscal/conta de energia elétrica em nome do estabelecimento ora remetente, deveria ainda emitir outra nota fiscal, sem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destaque do ICMS, relativamente à quantidade a ser diretamente fornecida à Autuada, 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 42.145/01, sob o argumento de que tais dispositivos são de edição posterior às operações objeto da atuação.

Ocorre, porém, que a responsabilidade da Autuada em relação à exigência da nota fiscal de entrada já estava prevista à época anterior à vigência do Decreto nº 42.145/01, a teor do disposto no inciso VII do art. 16 e no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 6.763/75.

De modo semelhante, 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 42.145/01, uma vez ocorrido o fato gerador do ICMS, as Impugnantes não podem alegar retroatividade do Decreto nº 42.145/01, 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.

Relativamente ao *quantum* da MI aplicada, verifica-se que o percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor constante do documento fiscal passou a ser exigido a partir de 01/11/2003, com a descrição do tipo tributário passando a fazer parte do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, por força da edição da Lei nº 14.699/03.

No entanto, para os fatos ocorridos durante o exercício de 2001, como no presente caso, prevalece, para a infringência da entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, a penalidade de 20% (vinte por cento) do valor constante do documento fiscal prevista no inciso XXII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, evitando-se, dessa forma, a aplicação *in pejus* da redação do dispositivo que lhe sobreveio.

Com referência à responsabilidade tributária imposta à Coobrigada em relação aos itens 1 e 2 do AI, verifica-se que em se tratando de concessionária de serviço público federal de energia elétrica, foi encarregada da emissão dos documentos indispensáveis à comercialização dos excedentes (Documentos para Transação Bilateral e Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo), sendo ainda de sua atribuição o controle da utilização da meta estabelecida, a verificação de saldos quantitativos negociáveis, bem como o fornecimento (transmissão) da energia revendida ao destinatário final, fazendo-o, todavia, sem emissão da nota fiscal de “remessa por conta e ordem de terceiros” e ciente da falta de emissão da nota fiscal de

venda pela Autuada, devendo aplicar-se, na hipótese, o disposto no inciso XII do art. 21 Lei nº 6.763/75.

Também se afigura correta, portanto, a exigência fiscal da MI de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso XXII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, relacionada à entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, sob a forma de recebimento, em transferência de outros estabelecimentos, de excedentes de redução de metas de consumo durante o período de racionamento de energia elétrica no exercício de 2001.

3. Quanto à falta de estorno do ICMS

Trata-se da constatação de aproveitamento indevido de crédito de ICMS em virtude da falta de estorno do imposto relativo aos excedentes de redução de metas de consumo de energia elétrica da Autuada transferidos para estabelecimentos situados em outras unidades da Federação, nos meses de junho e julho de 2001, infringência pela qual são exigidos o ICMS e a MR de 50% (cinquenta por cento).

O Fisco efetuou o estorno do crédito de ICMS, aproveitado pela Autuada quando da aquisição da energia elétrica, em virtude da venda da mesma energia para estabelecimentos localizados em outra unidade da Federação, uma vez que tal operação está ao abrigo da não-incidência do imposto emanada da alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Dessa forma, uma vez que a Autuada adquiriu a energia elétrica como insumo de seu processo de industrialização, tendo, entretanto, promovido sua venda a estabelecimentos localizados em outra unidade da Federação, o Fisco entendeu que tal crédito tornou-se indevido por força de modificação das circunstâncias ou condições anteriores, conforme determina o § 2º do art. 71 do RICMS/96.

Com efeito, a Autuada deveria haver efetuado o estorno do imposto creditado conforme estabelecido no inciso I do art. 71 do RICMS/96, tendo em vista que a energia elétrica adquirida veio a ser objeto de operação subsequente não-tributada pelo imposto.

Sendo assim, e tendo em vista o princípio constitucional da não-cumulatividade insculpido no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, afigura-se correto o estorno de crédito promovido pelo Fisco.

Constata-se, portanto, que a Autuada não trouxe aos autos, de forma objetiva, quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração, de maneira a contraditar o levantamento e a demonstrar pontos porventura conflitantes.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a MI relativa às operações interestaduais ao percentual de 15% (quinze por cento), nos termos do §2º do artigo 55, da Lei nº 6763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), que o julgava improcedente. Pela Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro supracitado, as Conselheiras Aparecida Gontijo Sampaio e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 07/07/06.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/EJ

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.707/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnações: 40.010116031-78 (Aut.), 40.010116163-85 (Coob.)
Impugnantes: White Martins Gases Industriais Ltda. (Aut.), Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG (Coob.)
Proc. S. Passivo: Elizabeth Aparecida de Castro/Outros (Aut.), Mauro Horta Maia/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000148915-12
Inscr. Estadual: 180.616449.25-40
Origem: DF/ BH-1

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 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 presente feito sobre a seguinte constatação:

a) Promover saídas de energia elétrica desacobertas de documento fiscal nas transferências de excedentes de redução de metas de consumo, no período e valores especificados no AI;

b) Promover entradas de energia elétrica desacoberta de documento fiscal, quando do recebimento, em transferência, de outros estabelecimentos, de excedentes de redução de suas metas de consumo, nos valores e períodos especificados no AI;

c) Recolher ICMS a menor em razão de ter deixado de estornar o ICMS relativo aos excedentes de redução de metas de energia elétrica transferidos para estabelecimentos situados em outras unidades da Federação.

“*Data venia*”, não há como prosperar a presente acusação fiscal, posto que, em primeiro lugar, não existem provas nos autos de que a Autuada tenha recebido energia elétrica sob a forma de excedente. A existência de contratos versando sobre esta circunstância no período do “apagão”, era apenas mais um instrumento de garantir que, dentro de uma eventualidade qualquer não ocorresse, para a Autuada, a falta da necessária energia na sua produção diária.

Ademais, como já salientado no Acórdão nº 16.239/05/2^a, as normas e jurisprudências que enfrentam o tema elencam que o fato gerador do ICMS relativo à energia elétrica só ocorre no momento do consumo desta energia pelo adquirente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo óbvio que a regra do excedente não torna o fato gerador a partir da celebração do contrato de cessão. A energia tem regra própria quando se fala em fato gerador.

Diante destas circunstâncias e considerando que toda a autuação está calcada no excedente de energia elétrica advindo de contrato de cessão, reputo que o feito fiscal não deve prosperar, pelo que, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 07/07/06.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

CC/MIG