

Acórdão: 18.237/07/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010120063-43
Impugnante: Fertilizantes Fosfatados S/A Fosfértil
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154868-32
Inscr. Estadual: 681225041.03-39
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal e sem o pagamento do imposto relativo às operações sujeitas ao regime de Substituição Tributária, quando do recebimento de excedentes de redução de metas de consumo em transferência de estabelecimento situado em outra Unidade da Federação durante o período de racionamento de energia elétrica ocorrido em 2001. Infringência apurada através de Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal e sem o recolhimento do imposto devido, nos meses de junho e dezembro/2001, a título de transferência de excedente de redução de metas, oriunda de outro estabelecimento situado em outra Unidade da Federação. Exige-se o ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 29/49, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 65/70.

Na sessão realizada no dia 12/06/07, presidida pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos da Portaria nº. 04, de 19/02/2001, deferiu-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, marcando-se extra pauta para o dia 27/06/07.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros, a saber: Fausto Edimundo Fernandes Pereira (Relator) e André Barros de Moura (Revisor), que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

julgavam procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Daniela Victor de Souza Melo e, pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Juliana Melo Ribeiro Las Casas.

DECISÃO

A presente autuação trata da constatação de entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, sob a forma de recebimento, em transferência de outro estabelecimento, de excedentes de redução de metas de consumo durante o período de racionamento de energia elétrica, especificamente em junho e dezembro de 2001, conforme demonstrado nas planilhas 3 e 4 de fls. 10/11, infringência pela qual é exigida a multa isolada de 20% (vinte por cento) prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 55 da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente, quanto à alegada decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, referente ao mês de junho de 2001, em face do que dispõe o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, cumpre tecer os comentários seguintes.

As exigências fiscais objeto do feito fiscal são relativas aos meses de junho e dezembro de 2001. No tocante ao mês de junho, argüido pela Impugnante, considera-se não ter ocorrido a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário posto que na hipótese dos autos deve ser observado o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional e não no § 4º do referido artigo 150.

A teor do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o direito de constituir o crédito pode ser exercido até 05 (cinco) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim sendo, considerando a regra contida no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, teria a Fazenda Pública, em relação aos fatos geradores objeto do feito fiscal, direito de efetuar o lançamento até 31 de dezembro de 2006. Conseqüentemente, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 20 de dezembro de 2006 e cientificado o contribuinte no dia 22 do mesmo mês e ano, não há que se falar em caducidade do direito da Fazenda constituir o crédito tributário.

A Impugnante argüi a ausência de sua responsabilidade, por entender que não existe regra que lhe confira essa condição, no que se refere ao cumprimento de obrigação tributária consistente no pagamento do ICMS incidente sobre a operação de comercialização de energia elétrica realizada por outrem. No entanto, razão não lhe assiste.

A responsabilidade da Impugnante decorre de disposição expressa na legislação. A Lei 6763/75, em seu art. 22, inciso II, assim dispõe:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

...

I - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

O RICMS/96, aprovado pelo Decreto nº 38.104/96, por sua vez, regulamentando a matéria determina no art. 49, do Anexo IX:

“Art. 49 - O estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situado em outra unidade da Federação, fica responsável, na condição de substituto tributário, pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, incidente sobre a entrada, em território mineiro, de energia elétrica não destinada à comercialização ou industrialização, mediante aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação relativa à entrada da mercadoria e recolhido por meio de GNRE”.

Não obstante a previsão da responsabilidade do remetente estatuída no dispositivo retrotranscrito há que se levar em consideração as prescrições constantes do mesmo RICMS/96, em seus art. 29, § 2º e 31 § 2º, da Parte Geral:

“Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

(...)

§ 2º - Igual responsabilidade será atribuída ao destinatário que receber mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento a que se refere o § 2º do artigo 31 deste Regulamento.

Art. 31 - O responsável pela retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária, domiciliado em outra unidade da Federação, deverá inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado,...

(...)

§ 2º - Não se encontrando, ainda, o responsável inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, o imposto deverá ser recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE)”,...

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante dos dispositivos retrotranscritos não há que considerar a alegada ausência de responsabilidade da Impugnante.

Observa-se que a autuação em tela também está fundamentada na existência do Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A de fls. 13/16, no qual consta a Autuada como cessionária.

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 das concessionárias distribuidoras.

A entrada de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal ocorreu em um período atípico de racionamento 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. 13/16, nos quais consta a Autuada como cessionária, verifica-se que a mesma 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 nas planilhas 3 e 4 de fls. 10/11, através da multiplicação da quantidade de energia recebida (em kWh), colhida dos Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A, nos quais consta a Autuada como cessionária, pelo 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 na planilha 2 de fl. 09, aplicando sobre tal produto a alíquota de 18% (dezoito por cento).

A Autuada entende que, para haver a incidência do ICMS, seria necessária a caracterização de uma operação relativa à circulação de energia elétrica, não sendo esta configurada, uma vez que as operações por ela realizadas tratam-se de meras transferências de direito de consumo, não importando em circulação ou mesmo saídas de energia elétrica do estabelecimento do terceiro cedente.

Por sua vez, o Fisco entende que a transferência de excedente de redução de meta ocorrida teria correspondido a uma transferência de titularidade de mercadoria contida no âmbito de incidência do ICMS.

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...".

O fato de ter ocorrido, contratualmente, uma cessão de créditos ou cessão de direito de uso não descaracteriza as operações de transmissão de título que representam

a mercadoria energia elétrica, sendo, portanto, irrelevantes para a caracterização do fato gerador do ICMS configurado.

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 doação em pagamento; apresenta-se como uma locação ou se exibe, 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.)*

Ora, se a Autuada adquiriu determinada quantidade de energia elétrica da ULTRAFÉRTIL S/A, decorrente de Transação Bilateral, com a finalidade de compensar as metas de consumo, através da transferência de excedente de redução de meta, como atestam os documentos de fls. 13/16, restou configurado o fato gerador do ICMS na entrada do "excedente", por força do que dispõe o art. 6º, da Lei 6763/75, *in verbis*:

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

(...)

VII - no recebimento pelo destinatário, situado em território mineiro, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, e energia elétrica, oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

a) a natureza jurídica da operação de que resulte:

(...)

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”;

Assim, diante da constatação pelo Fisco de que a operações realizadas constituem fato gerador do ICMS, correta se demonstra a emissão do Auto de Infração para a exigência do imposto devido.

No caso dos autos, a Autuada, que adquiriu energia elétrica de outros estabelecimentos, situados em outras Unidades da Federação, está obrigada a exigir dos remetentes as notas fiscais de entrada em seu nome, com destaque do ICMS/ST incidente na operação e mencionando que o fornecimento se faria através da Concessionária.

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 autuação.

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.

Relativamente ao *quantum* da multa isolada aplicada, 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 da operação, prevista no inciso II, alínea “a”, do art. 55, da Lei nº 6.763/75. No caso, não foi aplicado o percentual de 40% (quarenta por cento) como entendeu o contribuinte.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 12/06/07, nos termos da Portaria 04/2001, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 27/06/07.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente**

**Fausto Edimundo Fernandes Pereira
Relator**

FEFP/EJ

CC/MG