

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.981/06/2ª Rito: Ordinário
Impugnações: 40.010115325-48 – 40.010115326-29
Agravo Retido: 40.030115876-46
Impugnantes: Rima Industrial S.A. (Autuada/Agravante)
Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG (Coobrigada)
Proc. S. Passivo: Bernardo de Vasconcellos Moreira/Outro(s) (Autuada)
Rosa Antônia Chaer Resende/Outro(s) (Coobrigada)
PTA/AI: 01.000146556-57
Inscrição Estadual: 127.159937.0593 (Autuada)
062.002160.0057 (Coobrigada)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Requerimento de prova pericial corretamente indeferido pela Auditoria Fiscal, nos termos do art. 116, I, da CLTA/MG. Recurso de Agravo não provido.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Comprovado, nos autos, que a Autuada, durante o exercício de 2001, comercializou energia elétrica sob a forma de transferência de excedentes de redução de metas, abstendo-se da emissão de notas fiscais e do pagamento do ICMS devido. Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, tendo em vista erros na recomposição da conta gráfica. Excluídas, pela Câmara, as exigências fiscais relativas a contratos cujas operações não foram comprovadas, bem como aquelas exigidas em duplicidade ou de forma errônea. Adequada a multa isolada exigida, em função das alterações promovidas na Lei 6763/75 pela Lei 15956/05. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre "comercialização de energia elétrica durante o período de racionamento (2001 - junho a dezembro), sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme "Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A", sem cobertura fiscal e sem o conseqüente pagamento do ICMS incidente.

Houve recomposição de conta gráfica, com apuração de recolhimento a menor de ICMS em 2001, jan/2002, ago/set/2003 e mai/jun/2004.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformadas, Autuada e Coobrigada, apresentam, tempestivamente, através de procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 238/257, 272/278, com aditamento, pela primeira, às fls. 311/323 e 361/366.

O Fisco, através da manifestação de fls. 300/307, aditada às fls. 368/370, refuta as alegações dos sujeitos passivo, requerendo, ao final, a manutenção das exigências fiscais.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 329, que resulta na manifestação do Fisco à fl. 336 e na juntada dos documentos de fls. 337/352, resultando em alteração do AI, seja para correção dos dados da conta gráfica, conforme solicitado pela Autuada, seja para acrescer à MI parcela antes não somada (julho/01).

Concedida vista dos autos aos sujeitos passivos, a Autuada comparece com o aditamento de fls. 361/367, refutado pelo fisco às fls. 368/370.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 372.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, o Recurso de Agravo de fls. 375/380.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 385/400, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 28/09/2005, deliberou converter o julgamento na Diligência de fl. 404, tendo por objeto:

- 1) suprir a ausência de assinaturas detectada em algumas cópias dos Documentos para Transação Bilateral do Grupo “A” que instruem os autos, mediante alguns dos seguintes procedimentos, ou outros equivalentes: 1.1) juntada de novas cópias dos documentos, onde estejam consignadas as assinaturas; 1.2) convalidação pelo emitente do documento de fls. 311 a 314, denominado “RIMA – Transações Bilaterais Emitidas”, caso estejam relacionados nos mesmos, todos os documentos para transação bilateral para os quais não constam assinaturas;
- 2) verificar a procedência do argumento do sujeito passivo, apresentado em sua Impugnação (fls. 243), de que existiriam documentos cancelados anexados no PTA;
- 3) da juntada de documentos ou alteração do CRÉDITO TRIBUTÁRIO abrir vista aos Autuados.

A fiscalização da DF/Montes Claros pronuncia-se à fl. 411, tendo anexado os documentos de fls. 406/410, fato que redunda na manifestação da Impugnante às fls. fls. 416/418

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 420/424, modifica seu posicionamento anterior, opinando, desta vez, pela procedência parcial do lançamento, propondo a exclusão das exigências fiscais relativas aos documentos citados à fl. 423 de seu parecer.

Em sessão realizada no dia 07/07/2006, foi deferido o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos da Portaria n.º 04, de 19/02/2001, marcando-se novo julgamento para o dia 14/07/2006.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros José Eymard Costa (Relator) e Edwaldo Pereira de Salles, que negavam provimento ao Recurso de Agravo, rejeitavam a arguição de nulidade do Auto de Infração e, quanto ao mérito, julgavam parcialmente procedente o lançamento, nos termos da Reformulação do Crédito Tributário de fls. 338/340, devendo-se, ainda, excluir as seguintes exigências: 1) ICMS, MR e MI relativos ao contrato n.º 127 (fl. 61); 2) MI relativa ao contrato n.º 06 (fl. 167); 3) MI exigida em duplicidade relativa ao contrato n.º 1007 (fl. 166); 4) ICMS, MR e MI relativas ao contrato n.º 265 (operação interestadual - MI exigida na planilha de fl. 166); 5) ICMS e MR relativos ao contrato n.º 462, por se tratar de operação interestadual, e ainda, reduzir a MI relativa às operações interestaduais, de 40% (quarenta por cento) para 15% (quinze por cento), por ocorrerem com não incidência do imposto (art. 55, § 2º, da Lei 6.763/75 - redação dada pela Lei 15.956/05), observada a adequação já efetuada à fl. 426.

DECISÃO

Observação Inicial:

Ressalte-se, inicialmente, que os fundamentos expostos nos Pareceres da Auditoria Fiscal (fls. 385/400 e 420/424) foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que o quesito proposto, diversamente do alegado no Recurso interposto, visa epigrafar "a natureza jurídica da operação de transferência de direito de consumo de excedente de redução de meta (de consumo de energia elétrica)", ao revés de o objeto da ação fiscal ser a venda de energia elétrica, pela Autuada, correspondente à diferença entre a quantidade efetivamente consumida e a contratada, conforme limite fixado para a consumidora.

A natureza jurídica da operação de que resulte a saída ou a transmissão da propriedade da mercadoria é irrelevante para a caracterização do fato gerador. Esse o disposto no § 8º, "a", 1 e 2, do art. 6º da lei 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em seguida, o art. 114 da CLTA/MG esclarece a consistência da prova pericial.

"Art. 114 - A prova pericial consiste no exame, vistoria ou avaliação." (G.N)

Obviamente que "exame, vistoria ou avaliação" hão de resultar em laudo técnico, em regra plasmado sobre aspectos técnicos (fáticos e científicos) que contribuem para a elucidação, o clareamento de uma situação, de uma controvérsia estabelecida.

A delimitação da "natureza jurídica da transferência de direito de consumo de energia elétrica" em nada contribui para aclarar a controvérsia originária da venda de energia elétrica ao desabrigo de nota fiscal.

Eis, pois, precisamente alicerçada a denegatória de produção de prova pericial, pela Auditoria Fiscal, arrimada que se fez no art. 116, I, da CLTA/MG.

Destarte, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, caracterizando ato plenamente vinculado e fulminando a suscitada nulidade por cerceamento de defesa.

2. Da Nulidade do AI por imprecisa capitulação

Também não há lograr sucesso a arguição de nulidade do AI sob fundamento de imprecisa capitulação infracional.

Compulsando o relatório do AI, extrai-se que a acusação é de "comercialização de energia elétrica... sem o necessário acobertamento fiscal e sem recolhimento do imposto devido". Dentre outros, ali postos encontram-se os incisos VII, IX e XIII do art. 16 da lei 6.763/75.

Tais incisos obrigam o contribuinte a "entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, ... o documento fiscal correspondente à operação realizada; pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária; cumprir todas as obrigações previstas na legislação tributária."

As penalidades, MR e MI, foram corretamente capituladas nos artigos 56, II e 55, II, da citada lei.

De se ver, ausente incorreta ou imprecisa capitulação infracional e das penalidades.

Questão outra é a de se discutir meritoriamente se as operações matéria da autuação se resumem a mera transferência de direito de consumo e/ou se envolvem também venda mercantil sujeita ao ICMS.

Infere-se, **hoc modo**, inacatável a nulidade argüida.

2. Da Coobrigação estabelecida.

Embora preambularmente examinada, apresenta-se a arguição meritória de ilegitimidade passiva da Coobrigada.

A CEMIG se recusa a co-responder pelo crédito tributário constituído, aduzindo em seu favor não se sujeitar legalmente a fiscalizar obrigações tributárias de terceiros e que apenas cumprira as exigências que a legislação federal lhe impunha. Além disso, insiste, nenhum interesse possuía em tais transações bilaterais com energia elétrica, até porque já não lhe pertencia e o ICMS fora destacado e recolhido sobre o faturamento da total demanda contratada, nos limites estabelecidos para o consumo reduzido da Autuada.

Os argumentos são substanciosos, mas não a ponto de eximi-la da coobrigação, quando vista sua participação no processo de transferência de direito de consumo e venda de energia elétrica pela Autuada, sob prisma tributário.

Mui bem lembra a Autuante, dadas as especificidades da energia elétrica, apenas a Coobrigada detinha a estrutura física básica a transportá-la (transmissão). Ainda que não mais lhe pertencesse, deveria ter observado o disposto no art. 321, II, do Anexo IX ao RICMS/96 (venda à ordem), tocante a energia fornecida a quem a adquirira da Autuada. Neste caso, também não emitira o correspondente documento fiscal, mesmo porque precisaria fazer, nele, referência à nota fiscal de venda que deveria ter sido expedida pela Autuada. Aqui, sim, posto que discorde, impõe-se-lhe fiscalizar o cumprimento da obrigação acessória da Autuada, ou não teria como emitir a nota fiscal de "Remessa por conta e ordem de terceiros".

Se não bastasse, era ônus da Coobrigada autorizar os contratos bilaterais, respeitado o limite de consumo de energia da Autuada (meta de racionamento) fixado pelo governo. Era ela a detentora das condições de produção e fornecimento da diferença contratada e não consumida.

Por tudo isso, há validar o disposto no art. 21, XII, da Lei 6763/75, mesmo que não se lhe confirme interesse tributário nas revendas pela Autuada.

Inferência natural é a de manutenção da coobrigação imposta.

DO MÉRITO

A autuação versa sobre acusação de vendas de energia elétrica, sob forma de transferência de excedente de redução de metas, no exercício de 2001, sem emissão de nota fiscal de saída e sem pagamento do ICMS incidente, alicerçada na existência de "Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A" (fls. 24/60, 65/165, 168/215 e 217/229).

As cópias desses documentos, congruentes com planilha elaborada e informada pela Coobrigada (fls. 311//314), identificam a empresa cedente, a cessionária, o montante de energia comercializada em kwh.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Durante o período do racionamento de energia (2001), todos os consumidores (industriais) foram obrigados a reduzir a quantidade de energia consumida mensalmente, sendo fixada meta para cada setor e daí específica para cada um deles, conforme média verificada no trimestre maio/junho/julho de 2000, regra geral, reduzida a 80%. Todavia, poderiam os consumidores, entre si, compensar quantidade correspondente à expectativa de consumo não utilizada. Era-lhes facultado negociar essa diferença no MAE (Mercado Atacadista de Energia) ou através de "Transações Bilaterais".

Conforme a Resolução n.º 456, de 29/11/2000, da ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, entendia-se por Empresas do Grupo A:

Art. 2º - Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

(...)

XXII - Grupo "A": grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo A1** - tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV;
- b) Subgrupo A2** - tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV;
- c) Subgrupo A3** - tensão de fornecimento de 69 kV;
- d) Subgrupo A3a** - tensão de fornecimento de 30 kV a 44 kV;
- e) Subgrupo A4** - tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV;
- f) Subgrupo AS** - tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional.

Segundo inciso VI do art. 2º da Resolução n.º 13, de 01/06/01, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, era este o conceito de excedente de redução de meta:

Art. 2º - (...)

VI - 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;

Para efeito dessas negociações faziam-se necessários dois documentos: "Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta de Consumo" e ou o "Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A", emitidos, no caso, pela Concessionária, mediante requisição do Consumidor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A CEMIG, na ocasião, passou a faturar a energia elétrica para a Autuada pela quantidade contratada, observada a redução estabelecida, e não pela efetivamente consumida. Emitia Nota Fiscal/Conta de Energia sobre o total, fazendo incidir o ICMS, que era creditado integralmente pela Consumidora, independentemente de esta tê-la consumido na totalidade ou revendido parte. Esta parcela não consumida pela Autuada fora revendida sem nota fiscal e sem débito do ICMS.

Vale acrescentar que mesmo vendendo energia elétrica para consumidores noutros Estados, o que se dá com não-incidência, deixou de estornar o ICMS creditado pela aquisição.

Quer a Autuada que o objeto da venda/transferência não tenha sido energia elétrica, mas o direito de consumi-la. O direito ao consumo, vez que a meta era específica para cada Consumidor, obviamente não se confunde com a "coisa móvel" a ser consumida, a energia elétrica. O direito se adquire com a fixação da meta. Se parcela quantificada de energia que poderia ser consumida não o fora, tem o detentor (desse direito de consumi-la) a faculdade de transferi-lo (direito) a terceiro. Ao fazê-lo, entretanto, o cedente (do direito ao consumo), **concomitantemente**, vende a quantidade de kwh residual (que poderia ter consumido e não o fizera) a outrem. Poder-se-ia pensar a existência de dois direitos: (1) o direito virtual de consumir "X" kwh de energia (meta estabelecida), adquirido em virtude da média trimestral de consumo ajustada à redução imposta pelo Governo (geralmente a 80%) e (2) o direito real de consumo decorrente da aquisição da mesma quantidade, cuja parcela não consumida poderia ser alienada. Aqui, sim, ocorrendo a venda (alienação) da quantidade não consumida, tem-se caracterizada a **operação mercantil sujeita ao ICMS**. Isso foi o que ocorreu, tanto que os contratos de Transação Bilateral determinavam às Adquirentes que creditassem para a CEMIG o valor da compra para quitação de débitos da RIMA (Autuada) e não próprios. Operacionalmente, com a venda da parcela não consumida (alienação do direito real), transferia-se simultaneamente o direito virtual.

Não há, no caso da energia e para efeitos da incidência do ICMS, prevalecer a tese de que o "domínio pleno", ou seja, a propriedade plena da coisa adquirida perfaz-se com a entrada física da mercadoria no estabelecimento (tradição real). Em se tratando de mercadoria, é freqüente a negociação da coisa adquirida sem que fisicamente tenha dado entrada no estabelecimento originariamente adquirente, transitando diretamente do estabelecimento alienante originário para o segundo adquirente, hipótese em que se dá a "Remessa por conta e ordem de terceiros", porque a lei estabelece a presunção de tradição (real). De ver-se o disposto no art. 6º, VI c/c § 1º, da lei 6.763/75:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

A energia elétrica, com todas as suas especificidades, é considerada mercadoria, nos termos do art. 222, do RICMS/96:

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus derivados, lubrificante e combustível sólido, líquido e gasoso, e bens importados para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente do estabelecimento;

O fato de o excedente de energia (não consumida) não ter dado entrada no estabelecimento da Autuada não descaracteriza a consumação do contrato de compra e venda mercantil. Na hipótese, fora repassado a terceiro pela própria Concessionária, mediante a apresentação dos "Documentos de Transação Bilateral", pela vendedora e adquirente, operando-se, **ipso facto**, a **venda à ordem**, cujos procedimentos acessórios estão dispostos no art. 321 do Anexo IX ao RICMS/96.

Toda movimentação (física ou jurídica) de mercadoria há fazer-se devidamente acobertada de documento fiscal.

Na espécie em exame, a Autuada, que adquirira energia e se creditara do ICMS, se obrigaria a emitir Nota Fiscal de venda em nome de cada destinatária, destacando o ICMS incidente, quando de operações internas, nela mencionando que o fornecimento se faria pela CEMIG e, sendo o caso, por terceiro (em operação interestadual não há incidência do imposto). A CEMIG, como já emitira as Notas Fiscais/Conta de Energia em nome da Autuada, precisaria ainda emitir Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, relativamente à quantidade a ser fornecida a cada uma das novas adquirentes (objeto de aquisição junto à Autuada), mencionando como natureza da operação "Remessa por conta e ordem de terceiros".

É bem verdade que as obrigações acessórias relacionadas com a transferência de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica se evidenciaram com o advento do Decreto 42.145 (06/12/2001, com efeitos retroativos a 31/10/01), refletindo disposições do Convênio ICMS/103/01 (DOU - 31/10/01), instrumentos esses, em grande parte, posteriores às operações objeto da controvérsia.

Ainda que se entenda que a obrigação da Concessionária, de emitir a NF de "Remessa por conta e ordem de terceiros", não estivesse precisada nessas circunstâncias, não se pode afirmar o mesmo da Nota Fiscal de Venda (Saída), de responsabilidade da Autuada, a teor do disposto nos artigos 16 - VII, 39, parágrafo único, da Lei 6.763/75 e art. 130, I, parte geral; 1º, II e 12, III, do Anexo V ao RICMS/96.

De igual modo, mesmo ausentes as disposições "precisadas" naqueles Diplomas (Conv. 103 e Dec. 42.145), tendo ocorrido fato gerador do ICMS, jamais

poderiam as Impugnantes alegar retroatividade de tais instrumentos, buscando afastar obrigação principal.

Já explicitado, não só a incidência do ICMS na operação de saída de mercadoria (aí incluída a energia elétrica), como a obrigação de emitir e entregar ao destinatário o documento fiscal correspondente, tinham previsão legal, razão pela qual rui por terra qualquer alegação de falta de fundamento legal para a autuação.

A figura jurídica invocada pelas Impugnantes para permitir a comercialização do excedente de redução de metas não tem primazia sobre a real operação de venda (revenda) de energia elétrica e nem potencialidade para ocultá-la. O direito virtual de consumo (originário da meta autorizada) não move moinho. O que aciona as máquinas do usuário final é a energia elétrica, bem móvel, alienada inicialmente pela CEMIG à Autuada e revendida (parte) por esta para outras empresas mineiras ou não. Validando-se a negociação dos Certificados de Direito de Uso de Redução de Meta, hão que ser concebidos, para efeitos tributários, como títulos representativos da mercadoria, o que remonta ao disposto no § 8º, "b", do art. 6º, da Lei 6.763/75, **in verbis**:

Art. 6º - (...)

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

(...)

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

Nenhuma relevância possui a alegação impugnatória, de que a Autuada não possuía autorização da ANEEL para comercializar energia, portanto, não se lhe podendo imputar a qualidade de sujeito passivo.

Ora, o que caracteriza a pessoa (física ou jurídica) como contribuinte do ICMS, independentemente de sua inscrição no cadastro estadual, é a "realização de operação de circulação de mercadoria ou de prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto" (art. 14 da Lei 6.763/75). A condição de contribuinte depende apenas da prática habitual ou em volume que caracteriza intuito comercial de operação ou prestação sujeita ao tributo.

Quanto à apuração do valor do ICMS, o fisco levantou base de cálculo pelas planilhas de fls. 22/23 (alterada às fls. 351/352), 61/64 (valor arbitrado) e 216, tendo colhido os dados dos "Documentos de Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A" (fls. 24/60, 65/165 e 217/229), aplicando alíquota de 18%.

Recompôs a conta gráfica, conforme fls. 230 (alterada às fls. 309, ensejando novo DCMM às fls. 308). Apurou ICMS a recolher e o está a exigir, juntamente com respectiva multa de revalidação e multa isolada (40% sobre a base de cálculo).

É relevante assinalar que o Fisco não estornou o crédito relacionado com as saídas interestaduais de energia elétrica (o que poderá fazê-lo em AI complementar) e

que sobre estas, cobrou apenas a MI de 40%. A planilha de apuração de base de cálculo (valores declarados e arbitrados) é a de fls. 166/167, correspondente aos documentos de fls. seguinte até 215. Sofreu alteração, pelo que se vê na reedição do AI às fls. 337/339.

Às fls. 350 encontra-se o demonstrativo do preço médio/Kwh, praticado no MAE, que serviu de base de cálculo para o arbitramento quando as transações não tiveram valor declarado.

Da Diligência Determinada pela Câmara – Retificações do Crédito Tributário:

Pelo que se infere da análise dos quesitos da diligência exarada, o que a Câmara Julgadora pretende é, em conta o princípio da verdade material, averiguar se de fato as operações levantadas pelo Fisco existiram, para o que se fazia necessário que os documentos de transação bilateral contivessem assinaturas (todos) ou que o documento de fls. 311/314 (de autoria da CEMIG) estivesse convalidado, ou que fossem provadas por outro meio.

A se observar fls. 311/314, o documento **RIMA – TRANSAÇÕES BILATERAIS EMITIDAS**, produzido em 09/12/2004, continha rubrica de quem o elaborou, fato que se comprova com idêntica rubrica no novo documento de fls. 406/410. Se esse instrumento, expedido pela CEMIG, identificava as transações bilaterais firmadas pela Autuada com terceiros, até porque era ela quem detinha o controle do consumo e apurava o excedente de meta, aquele ora juntado, firmado pelo funcionário Paulo Sergio G. Monteiro e por João Cláudio Tavares, além de informar as mesmas operações, intitula-se **RIMA – TRANSAÇÕES BILATERAIS RECEBIDAS**, em mais uma demonstração de que realmente se efetivaram, tanto que pago o preço da energia ao fornecedor CEMIG.

Diversamente do que alega a Impugnante, faz referência à Autuada e labora como prova de que está revendera energia elétrica a terceiros.

Descabe validar argumento impugnatório de que na atual fase processual não mais se permite juntada de documentos ou sua produção.

A juntada do doc. de fls. 406/410 se fez por provocação da Câmara Julgadora e não por espontânea vontade do Fisco.

O procedimento atende a um interesse maior, qual seja o de se fazer justiça, para que não se exija do sujeito passivo senão o que for de direito do Estado. No processo de revisão do lançamento, impõe-se o respeito aos princípios da verdade material e do inquisitório. A determinação da diligência qualifica-se, assim, como de dever legal do órgão revisor de investigar os fatos alegados para comprovação de sua materialidade ou não. Vale observar que, após a juntada do novo documento, atentou-se, outrossim, para os princípios do contraditório e da ampla defesa, conferindo-se às responsáveis pelo crédito tributário o direito de tentar desconstituí-lo. A fala da Autuada, todavia, não logrou o sucesso por ela esperado.

Quis, ainda, a Câmara Julgadora, que o Fisco investigasse a existência de documentos cancelados compondo o levantamento, mas ele optou por rechaçar a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pretensão ao argumento de que o ônus era de quem fizera a alegação. O procedimento parece correto.

Através da análise dos novos documentos acostados aos autos, foram constatados os seguintes fatos pela Auditoria Fiscal, bem como pela 2.^a Câmara de Julgamento:

1) Todas as operações relacionadas nas planilhas de fls. 22/23, 61/64, 166/167 e 216 encontram-se nos documentos de fls. 311/314 e 406/410, à exceção dos seguintes contratos:

1.1) N.º 127 (planilha 2 – fl. 61 - valor de R\$ 155.000,00 – 500.000 kwh para Rima Agropecuária – fl. 66);

1.2) N.º 6 (planilha 3 – fl. 167 – valor de R\$ 215.540,00 – 2.000.000 kwh para EL PASO MERCHANY ENERGY AMÉRICA DO SUL LTDA);

2) Há exigência em duplicidade relativa ao contrato de n.º 1007 – planilha 3 – fl. 166, relativo a 100.000 kwh vendidos para SUAPE TÊXTIL S/A – outubro de 2001;

3) O Contrato n.º 265 refere-se a uma operação interestadual com a empresa Brasil Beton S.A. (fl. 37), sendo lançado indevidamente na planilha de fl. 22, como se operação interna fosse, sendo objeto de exigências de ICMS, MR e MI. Ao mesmo tempo, o referido contrato foi lançado na planilha de fl. 166, onde foi exigida a MI relativa à operação;

4) O Contrato n.º 462, firmado com a empresa Indústria Mecânica Samot, refere-se a uma operação interestadual (fl. 48), o qual também foi lançado indevidamente na planilha de fl. 22, com exigências de ICMS, MR e MI, quando o correto seria lançá-lo na planilha de fl. 166, com a exigência exclusiva da multa isolada, por se tratar de operação não sujeita à incidência do imposto;

5) Face ao princípio da retroatividade benéfica da lei, em se tratando de crédito tributário não definitivamente julgado (art. 106, II, “c”, do CTN), deve ser reduzida a MI relativa à planilha 3 (fls. 166/167), de 40% para 15 % do valor das operações, por ocorrerem com não incidência do imposto (art. 55, § 2º, da Lei 6.763/75 – redação determinada pela Lei 15.956/95), observada a adequação já efetuada pelo Fisco à fl. 426.

Com relação ao item “5”, deve ser ressaltado que para a correta adequação da penalidade, deve ser levantado, de forma separada, o valor da multa isolada relativa às operações interestaduais, com as retificações acima mencionadas, reduzindo-a ao percentual de 15% (quinze por cento). Esta ressalva se mostra necessária, uma vez que o Fisco, ao proceder a referida adequação (fl. 426), partiu do valor total da multa isolada aplicada (R\$ 15.039.626,42), quando o correto seria utilizar, exclusivamente, o valor da multa relativa às operações interestaduais, não sujeitas à incidência do imposto.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em razão da aplicação da Portaria n.º 04, de 19/02/2001, em dar prosseguimento ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Julgamento anterior realizado em 07/07/06. À unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo e rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da Reformulação do Crédito Tributário de fls. 338/340, devendo-se, ainda, excluir as seguintes exigências: 1) ICMS, MR e MI relativos ao contrato n.º 127 (fl. 61); 2) MI relativa ao contrato n.º 06 (fl. 167); 3) MI exigida em duplicidade relativa ao contrato n.º 1007 (fl. 166); 4) ICMS, MR e MI relativas ao contrato n.º 265 (operação interestadual - MI exigida na planilha de fl. 166); 5) ICMS e MR relativos ao contrato n.º 462, por se tratar de operação interestadual, e ainda, reduzir a MI relativa às operações interestaduais, de 40% (quarenta por cento) para 15% (quinze por cento), por ocorrerem com não incidência do imposto (art. 55, § 2º, da Lei 6.763/75 - redação dada pela Lei 15.956/05), observada a adequação já efetuada à fl. 426. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o julgava improcedente nos termos da Impugnação de fls. 244/255. Assistiram ao prosseguimento do julgamento, pela Impugnante/Agravante, o Dr. Fernando José Dutra Martuscelli e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Aguiar Machado. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 14/07/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

José Eymard Costa
Relator