

Embargos à execução fiscal - Empresa - Matéria-prima - Alumínio - Consumidora final de energia elétrica - Transferência do direito de uso de excedente de redução de meta - ICMS - Fato gerador - Não configuração - Bem incorpóreo - Caráter esporádico da transação - Operação imune - Não incidência do imposto

Ementa: Tributário. Embargos à execução fiscal. ICMS. Transferência de excedente de redução de meta de consumo. Falta de recolhimento. Falta de estorno dos créditos em operações interestaduais “contempladas por imunidade”. Não configuração da hipótese de incidência do imposto estadual. Não caracterização do atuado como contribuinte da exação. Falta de caracterização da energia elétrica como mercadoria na hipótese. Não incidência de ICMS sobre cessão de direito de uso de potência de energia elétrica. Honorários advocatícios. Redução. Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

- Não incide ICMS sobre operações de transferência de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica, seja porque o atuado não se reveste da condição de contribuinte da exação, seja porquanto a energia elétrica não se enquadra no conceito de mercadoria, na hipótese, e, sobretudo, porque as operações são de cessão de direito de uso de potência de energia elétrica, não se subsumindo ao fato gerador do imposto.

- Honorários reduzidos, a teor dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Preliminar rejeitada e sentença reformada parcialmente em reexame necessário, prejudicado o 2º recurso voluntário. Negar provimento ao 1º recurso voluntário.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO
Nº 1.0518.06.098267-6/001 - Comarca de Poços de Caldas - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Alcoa Alumínio S.A., Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelados: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, Alcoa Alumínio S.A. - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO. NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos por Alcoa Alumínio S.A. e pelo Estado de Minas Gerais, respectivamente, nos autos de embargos à execução fiscal que este move em face daquela contra sentença da lavra do il. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Poços de Caldas, que julgou procedentes os embargos para desconstituir os débitos inscritos nas certidões de dívida ativa de números 01.000146589-66 e 01.000148911.05 da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgando insubsistente a penhora. Condenou o embargado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 1% (um por cento) sobre o valor atribuído à causa de ambos os embargos, atualizado monetariamente, a contar do ajuizamento, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Foram opostos embargos de declaração pelo Estado de Minas Gerais às f. 482/483, rejeitados à f. 488.

A embargante apresenta recurso de apelação às f. 463/472, requerendo a reforma da sentença no que toca à condenação em honorários, que pede sejam majorados nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, para atender às peculiaridades do caso, seja a complexidade da matéria, seja o zelo com que os patronos conduziram a causa, não podendo ser fixados em valor irrisório. Pede seja a sentença reformada parcialmente, fixando-se os honorários em 10% e 20% do valor dos embargos.

Contrarrazões de apelação apresentadas pelo Estado de Minas Gerais às f. 484/487, rechaçando as alegações da 1ª apelante.

O Estado de Minas Gerais apresenta recurso de apelação às f. 491/506 requerendo a reforma da sentença. Para tanto alega, em preliminar, que: a) a autuação fiscal se funda na falta de recolhimento de ICMS em operações de venda de energia elétrica, em operações internas, no período de junho a dezembro de 2001, e sem emissão do respectivo documento fiscal, tendo a

comercialização se dado em contrariedade com as normas expedidas pela Aneel; b) a sentença merece ser cassada por nulidade, por falta de apreciação de matéria trazida à apreciação do juízo, na medida em que, ainda que advertido por meio de embargos de declaração, considerou erroneamente que o objeto da presente ação seria a incidência de ICMS sobre demanda contratada de energia elétrica, o que está equivocado, tendo sido a sentença omissa quanto ao real objeto da demanda, não tendo decidido o que está discutido nos autos; c) a transferência de energia elétrica pela embargante nada tem a ver com o consumo que, por sua vez, nada tem a ver com a incidência de ICMS nas operações de venda que a apelada promoveu; d) a execução fiscal consiste na falta de pagamento de ICMS em operações de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ausência de documentação fiscal relativa às operações de comercialização de energia elétrica que realizou, sob forma de transferência, tendo a apelada alegado que as autoridades fiscais se equivocaram ao entender que comercializou energia elétrica, pois as supostas transações realizadas configurariam mera cessão de direito de uso, além de não se incluir em seu objeto social a venda de energia elétrica; já o Juiz decidiu que a devedora não consumiu efetivamente a energia contratada na sua linha de produção, logo não incide ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do tributo somente se considera ocorrido com o seu efetivo consumo; e) as decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça colacionadas à sentença não se aplicam ao caso concreto, pois se trata aqui de venda de excedente de energia elétrica oriundo da redução de consumo à época da crise energética brasileira, e não da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. No mérito, aduz que: a) a apelada vendeu energia elétrica sem recolher o respectivo imposto, não emitiu nota fiscal de transferência de energia elétrica do excedente de redução de meta de consumo e não promoveu o estorno de crédito de ICMS quando da aquisição da energia elétrica, contrariando as normas da legislação tributária; b) a transferência do excedente de redução de meta de consumo caracteriza venda de energia elétrica constituindo fato gerador do ICMS; c) ainda que a apelada não tenha observado os pressupostos exigidos pela Aneel para ser caracterizada como comercializadora de energia elétrica, isso não suprime sua responsabilidade em recolher o ICMS devido em razão desta excepcional "transação bilateral", que é uma venda; d) não há qualquer incoerência na atitude da fiscalização quanto ao momento de ocorrência do fato gerador bem como à própria incidência do tributo; e) não há substituição tributária no caso *sub examen*; f) há necessidade de emissão de nota fiscal, tendo sido aplicadas penalidades

ante a inobservância de obrigação acessória; g) os honorários advocatícios devem ser minorados, pela aplicação do art. 20, § 4º, do CPC, diante das circunstâncias do caso, que não teria demandado excessivo trabalho por parte dos causídicos da apelada, sem pretender diminuir sua atuação. Pede seja a sentença cassada, decretando-se a sua nulidade ou, no mérito, reformando-se a sentença para julgar os embargos improcedentes ou, ao menos, sejam os honorários reduzidos.

Contrarrazões de apelação apresentadas pela embargante às f. 509/547, rechaçando as alegações do 2º apelante e requerendo a manutenção dos termos da sentença.

Os autos foram conclusos à em. Revisora, que pediu dia (f. 559).

Não obstante, voltaram-me conclusos em razão de memorial protocolizado pelo Estado de Minas Gerais às f. 563/564, em que argúi nulidade da sentença por vício de julgamento *extra petita*.

Conheço da remessa oficial e dos recursos voluntários, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - nulidade da sentença.

O Estado de Minas Gerais argúi preliminar de nulidade da sentença por vício de julgamento *extra petita*, na medida em que teria decidido matéria estranha à discutida na lide.

De fato, a meu aviso, os fundamentos adotados pelo il. Magistrado *a quo* para solucionar a lide não me parecem os mais adequados para o seu devido deslinde. Não obstante, não me parece que ele tenha incorrido em vício de julgamento *extra petita*, na medida em que compreendeu a controvérsia, adotando o entendimento de que “se a embargante transferiu os excedentes de energia elétrica, é porque ela não consumiu efetivamente a energia contratada na sua linha de produção” (f. 455).

Dessa forma, ainda que o caminho adotado pelo il. Magistrado *a quo* não nos pareça o mais acertado para o deslinde da controvérsia, não há falar em vício de julgamento *extra petita*, podendo eventual *error in iudicando* ser corrigido nesta instância, sem necessidade de cassação da sentença.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, importa examinar se a sentença que julgou os embargos à execução fiscal procedentes merece ser mantida.

No caso, importa verificar, primeiramente, os fundamentos das atuações:

Crédito tributário contencioso por constatar no período de junho a dezembro de 2001, durante o período de racionamento, a utilização indevida em operações de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ocorrem sem documentação fiscal e sem o pagamento do imposto, contrariando as normas vigentes na legislação tributária (CDA - f. 04 dos autos de da execução fiscal nº 0518.06.092089-0).

Crédito tributário contencioso por constatar no período de junho a dezembro de 2001, durante o período de racionamento, a utilização indevida em operações interestaduais de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ocorreram sem documentação fiscal e sem o estorno do imposto apropriado quando da sua aquisição, contrariando as normas vigentes na legislação tributária (CDA - f. 03 dos autos da execução fiscal nº 0518.06.092785-3).

Dessa forma, tem-se que o Estado de Minas Gerais, ora apelante, autuou a ora apelada, seja: a) pela falta de recolhimento de ICMS em operações internas de comercialização de energia elétrica sob a forma de transferência de excedente de redução de metas; seja pela: b) falta de estorno de créditos de ICMS em virtude da prática de operações interestaduais de comercialização de energia elétrica sob a forma de excedente de redução de metas (operações amparadas por imunidade).

A apelada, em seu favor, alega que as operações praticadas seriam cessões de direito de uso de energia elétrica, não estando sujeitas à incidência pelo ICMS, não tendo qualquer relação com as aquisições de energia elétrica feitas pela embargante para utilização em seu processo industrial.

De fato, de acordo com o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica (PERCEE), as empresas foram obrigadas a adotar metas para reduzir o seu consumo de energia elétrica, em virtude da crise no setor de energia. As normas do PERCEE, contudo, autorizavam as empresas, caso sequer atingissem a meta de consumo, a passar para o mês seguinte o direito de ultrapassar a meta no montante economizado no mês anterior, ou a transferir a outro consumidor o direito de ultrapassar a meta nesse montante, tendo a ora apelada se valido desta última alternativa. Em outras palavras, o direito de ultrapassar a meta foi corporificado em um “certificado de uso de redução de excedente de meta”, sendo que a ora apelada firmou contratos “cedendo estes direitos de uso” a consumidores localizados em Minas Gerais e outros Estados da Federação.

Posto isto, e em um primeiro momento, importa esclarecer que os contratos celebrados pela ora apelada envolviam a negociação de potência (calculada em KWh), e não de quantidades de energia elétrica, já que a energia elétrica não pode ser estocada.

Dessa sorte, impende verificar qual o fato gerador do ICMS para, em seguida, analisar se as operações praticadas pela ora apelada se submetem à exação estadual ora questionada.

Tem-se que o ICMS é imposto que incide sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. A regra matriz de incidência do imposto está no art. 155, inciso II, da Constituição da República de 1988. Veja-se sua redação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

X - não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

[...]

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação. [...].

Posto isto, vale ressaltar que é assente na doutrina que o fato gerador do ICMS é a prática de operação de circulação de mercadorias, por comerciante ou empresário habitual, que implique a transferência da titularidade da mercadoria (circulação jurídica), praticada a título oneroso. A energia elétrica, embora seja um bem incorpóreo, foi enquadrada como mercadoria pela Constituição da República de 1988, para fins de incidência do imposto estadual.

Não obstante, no que toca ao conceito de mercadoria, esta é sempre um bem móvel colocado no comércio. De acordo com José Eduardo Soares de Melo:

‘Mercadoria’, tradicionalmente, é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente. [...] (in *ICMS teoria e prática*. 6. ed. atualizada com a Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, e o novo Código Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18).

No que toca à “circulação” a que se refere a Carta Magna, esta há de ser jurídica, assim entendida como representativa da tradição, como fenômeno jurídico de execução de ato ou negócio translativo de domínio. Confirmam-se, a respeito, os seguintes comentários de Roque Antônio Carrazza:

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física). A circulação

jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. Esta idéia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino etc.) encontrou ressonância no próprio Supremo Tribunal Federal (*ICMS*. 9. ed. revista e ampliada de acordo com a Lei Complementar 87/1996 e suas posteriores modificações. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36).

De acordo com Paulo de Barros Carvalho:

‘Circulação’ é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto jurídico, equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação com mudança de patrimônio [...] (apud MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS teoria e prática*. 6ª ed. atualizada com a Lei Complementar n.º 114, de 16 de dezembro de 2002, e o novo Código Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 16).

Dessa forma, para haver a incidência do imposto, devem ser preenchidos alguns requisitos, quais sejam: a prática de operação de circulação de mercadoria - entendida como bem móvel colocado no comércio - por empresário habitual, em caráter oneroso, que implique translação de domínio.

Sendo assim, importa perquirir, em um primeiro momento, se a ora apelada se configura como “empresário habitual” e, portanto, como contribuinte da exação, e se a energia elétrica poderia ser considerada como mercadoria no presente caso.

Tenho que não. Da análise do estatuto social da ora apelada (f. 49/51 dos autos dos embargos nº 0518.06.099089-3), verifica-se que sua atividade consiste na produção, transformação, refinação, distribuição e venda de alumínio. Não faz parte do objeto social da ora apelada a comercialização de energia elétrica. De mais a mais, de acordo com instrumentos normativos editados pela Aneel, os comercializadores de energia elétrica devem ter constituição específica para esta finalidade.

Dessa forma, a ora apelada não é contribuinte do ICMS incidente sobre operações de venda de energia elétrica, mas é consumidora final da referida energia. Ainda que se entendesse ser de compra e venda a operação praticada pela ora apelada, não se poderia concluir que a operação estaria sujeita à exação estadual, na medida em que seria uma compra e venda em caráter esporádico e não habitual, de um bem que, nessas condições, não pode ser considerado como mercadoria.

Não bastasse, da análise dos documentos constantes dos autos relativos aos contratos celebrados pela ora apelada (f. 204/225), tenho que as operações celebradas são de “transferência do direito de uso de redução de meta”, ou seja, de transferência a outrem do direito de utilizar-se de determinada potência da qual a apelada não se valeu. Da análise dos referidos

documentos, tem-se que a obrigação da apelada seria de transferir os certificados que consubstanciam o direito de uso da potência de energia, não lhe cabendo fornecer a energia elétrica em questão (o que sequer faz parte de seu objeto social). Sendo assim, não incide o imposto estadual sobre cessão de direito de uso de potência de energia elétrica.

Dessa forma, não há falar em exigência de ICMS sobre estas operações e sequer em estorno de créditos de ICMS em virtude da prática de operações imunes (art. 155, § 2º, inc. II, b, da CR/88), uma vez que as operações praticadas sequer se encontram no âmbito de incidência do imposto estadual.

A matéria é controvertida em sede deste eg. Tribunal de Justiça. Não obstante, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais que confirmam a posição ora adotada:

ICMS - Transferência de excedente referente à redução de meta de consumo de energia elétrica - Não mera cessão de direito - Fato gerador de ICMS não configurado. - A transferência de excedente referente à redução de meta de consumo de energia elétrica não caracteriza venda de mercadoria, e sim cessão de direito, não se subsumindo à hipótese de contribuição de ICMS (TJMG, El nº 1.0024.07.389487-5/003, 1ª Câmara Cível, Rel.º Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, in DJ de 27.08.2010).

Embargos à execução fiscal - Cessão de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica - Fato gerador do ICMS - Inocorrência - Honorários advocatícios. - O ICMS não incide sobre a cessão do Direito de Uso de Excedentes de Redução de Meta de Energia Elétrica, mas somente sobre o efetivo consumo do bem. Julgados procedentes os embargos à execução fiscal, os honorários advocatícios devem ser fixados em quantia suficiente para remunerar o trabalho do profissional, sem onerar excessivamente a Fazenda Pública, atendida a equidade determinada no § 4º do art. 20 do CPC, o que restou respeitado na sentença (AC/RN nº 1.0313.07.223808-9/001, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Edilson Fernandes, in DJ de 12.03.2010).

Por derradeiro, é bom destacar que, embora a discussão nos presentes autos não seja esta, entendo que a aquisição de energia elétrica pela ora apelada não gera sempre crédito aproveitável em suas operações de comercialização de alumínio. Confira-se a redação do art. 33, inciso II, da Lei Complementar nº 87/1996:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
[...]

II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização; [...]

No presente caso, sendo a apelada consumidora final da energia elétrica, só haveria geração de crédito

de ICMS quando a energia elétrica é consumida no processo de industrialização da ora apelada.

Dessa forma, a Fazenda Estadual poderia, em tese, determinar o estorno dos créditos de ICMS quando a apelada se valesse dos referidos créditos para compensação em situações não autorizadas. Registre-se que este não é o caso, no momento, pois o estorno dos créditos, na presente hipótese, se fez com base no art. 155, § 2º, inciso II, b, da CR/88, sendo que se demonstrou não ser o caso de estorno de crédito de ICMS quando a operação posterior é contemplada por imunidade (porque a operação "posterior" nem sequer é sujeita à incidência do imposto estadual).

Diante do entendimento de que o imposto não é devido, tampouco devem ser mantidas as exigências de multa de revalidação e multa isolada, esta por não ser necessária a emissão de nota fiscal de venda, na hipótese (mesmo porque não houve operação passível da incidência do imposto).

Vale, ainda, ressaltar que a presente discussão, a meu aviso, difere-se daquela acerca da incidência ou não de ICMS sobre a demanda contratada de potência, matéria recentemente pacificada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente não incide ICMS sobre a potência contratada e não utilizada, entendendo que o imposto estadual incide sobre a rubrica exigida a título de potência contratada e utilizada (STJ, REsp 960476/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJe de 13.05.2009). Isso porque não se discute nos presentes autos a incidência ou não incidência do ICMS sobre a potência contratada e não utilizada, mas acerca da incidência ou não incidência do ICMS nas operações de cessão de direito de uso de potência celebradas entre a apelada e outras empresas, o que quer me parecer ser hipótese distinta daquela.

No que toca, por fim, aos honorários advocatícios, entendo que estes merecem redução, em atendimento aos requisitos do § 3º c/c 4º do art. 20 do CPC na medida em que, embora estes não possam ser aviltantes, devendo remunerar condignamente os patronos das partes, levando-se em conta a complexidade e importância da causa, devem ser arbitrados com base na equidade. Nesses termos, entendo por bem fixar os honorários advocatícios no montante de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), por reputar este valor justo, levadas em conta as mencionadas circunstâncias da causa, para remunerar condignamente os patronos da embargante, ora apelada.

Em face do exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para reduzir os honorários advocatícios devidos pelo Estado de Minas Gerais aos patronos da embargante, ora apelada, para o montante de R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Fica pre-

judicado o 2º recurso voluntário. Nego provimento ao 1º recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sem a limitação de maiores reflexões sobre o tema, por ora acompanho o Relator.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO.