

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.030/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000165409-38
Impugnação: 40.010127710-31
Impugnante: Condomínio do Shopping Center de Belo Horizonte
CNPJ: 19.715374/0001-11
Proc. S. Passivo: Ricardo de Paiva Moreira/Outro(s).
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-2

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA – AQUISIÇÃO NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE) – Constatou-se entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, em operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – NOTA FISCAL DE ENTRADA – FALTA DE EMISSÃO. Constatou-se falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE. Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve ser adequada a multa isolada ao previsto na alínea “a” do mesmo dispositivo.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da autuação

A autuação versa sobre a constatação, após conferência dos Relatórios CB006 – Resumo da Pré-Fatura do Perfil de Consumo do Agente e das Notas de Liquidação das Contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE (NLC), no período de março/08 a fevereiro/10, das seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1 - falta de recolhimento de ICMS devido nas operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), pelo que se exige ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75;

2 - falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE, pelo que se exige Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início da Infração Fiscal – AIAF (fls. 02/03); Auto de Infração - AI (fls. 04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 06); Relatório Fiscal (fls. 08/09); Anexo 1 – Planilha “Demonstrativo de Crédito Tributário” (fls. 11); Cópia dos Relatórios CB006 “Resumo da Pré-fatura do Perfil de Consumo do Agente” (fls. 13/27); Cópia das Notas de Liquidação das Contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE “NCL” (fls. 29/37); Cópia dos atos constitutivos (fls. 39/59); cópia de Consulta Interna nº 049/09 (fls. 61/63) e cópia da Instrução Normativa SUTRI nº 03/09 (fls. 64/66).

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 68/82, com documentos anexados às fls. 83/300, alegando resumidamente o abaixo.

Discorre, resumidamente, acerca do processo de comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre (ACL) e sobre a criação e atribuições da CCEE.

Explica que aderiu ao comércio livre de energia na classe dos Agentes Consumidores Especiais para aquisição de energia direta dos fornecedores no âmbito da CCEE.

Transcreve o art. 7º e o § 1º da Resolução 109/04 da ANEEL, ressaltando que todos os contratos de compra e venda de energia elétrica, bem como as suas alterações deverão ser registrados na CCEE e que estes contratos registrados não implicam, necessariamente, em compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro Agente da CCEE.

Transcreve os incs. I e II do art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, para demonstrar que a obrigatoriedade do recolhimento do imposto é do comercializador/fornecedor de energia elétrica.

Aduz que promove operações de compra de energia no âmbito da CCEE para desenvolvimento de suas atividades no centro comercial por ela administrado e que, apenas por este motivo, não pode ser considerada comercializadora/fornecedora de energia elétrica.

Argumenta que todas as suas aquisições de energia elétrica já foram devidamente tributadas no Mercado de Curto Prazo, que é o segmento da CCEE onde é transacionada a energia elétrica contratada bilateralmente, bem como as eventuais sobras e insuficiências.

Alega que a referida autuação não poderá prevalecer, pois conforme assegura demonstrar, toda a energia comercializada por ela, no âmbito da CCEE, já foi anteriormente tributada pelo ICMS por meio de substituição tributária, e também por tais operações não se configurarem como nova venda ou aquisição de energia, tratando-se de simples procedimento realizado através do sistema de crédito/débito pela referida Câmara.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende, dessa forma, que a CCEE promove simplesmente a liquidação financeira das operações referentes ao Mercado de Curto Prazo e que essa liquidação financeira não reflete as operações físicas de entrada e saída de energia elétrica.

Reitera que os eventuais excedentes de energia dos contratos de um Agente de Mercado já sofreram tributação do ICMS, por substituição tributária, quando do ingresso da operação junto à CCEE, não havendo o que se falar em nova tributação.

Transcreve o inc. I do art. 12 (do fato gerador) e o inc. I do art. 13 (da base de cálculo), ambos da Lei Complementar nº 87/96 e afirma que a liquidação financeira objeto das notas de liquidação das contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE não se afigura como negócio tributável pelo ICMS, por não estar tipificada como hipótese de incidência do ICMS.

Aduz que a Fazenda Estadual, visando “legalizar” a cobrança do ICMS sobre as operações no âmbito da CCEE, incluiu no art. 53-F, § 4º, inc. I do RICMS/02, a base de cálculo para esta cobrança.

Transcreve o citado dispositivo e posteriormente o condena, por entender que o mesmo não pode modificar os conceitos estabelecidos na LC nº 87/96, em relação a fato gerador e base de cálculo, sob pena de afrontar o art. 110 do Código Tributário Nacional - CTN.

Expõe que o objeto das operações tributadas pelo Fisco, quando da autuação em tela, são a contabilização e a liquidação financeira ocorridas no âmbito da CCEE.

Explica que a liquidação nada mais é que um processo de pagamento e recebimento de obrigações e de direitos apurados pela CCEE no Mercado de Curto Prazo, não representando entrada e saída de energia.

Alega ainda, para o caso do CC/MG não decidir pela ilegalidade da exação, tendo em vista os argumentos apresentados, que a base de cálculo da exigência fiscal foi equivocada, não estando a mesma prevista na legislação em vigor.

Transcreve o inc. XI do art. 43 do RICMS/02 e defende que a base de cálculo deveria ser a entrada da energia em seu estabelecimento e não o valor do pagamento por energia extraído da linha “TRAP” (item Pagamento Total Ajustado do Perfil de Consumo do Agente à CCEE) do Relatório CB006 - Resumo da Pré-Fatura do Perfil de Consumo do Agente.

Aduz, após listar vários itens constantes do Relatório CB006, que o Fisco não considerou que o campo “Valor” da citada linha compreende o somatório de uma série de fatores e que muitos dos quais não possuem qualquer relação com a transferência efetiva de energia, tais como encargos pagos à CCEE e multas aplicadas por descumprimento às normas da CCEE.

Traz como exemplo o ocorrido nos valores extraídos do Relatório CB006 – Resumo da Pré-Fatura do mês de Dezembro/2008, quando a linha “Somatório dos Pagamentos Totais do Perfil de Consumo do Agente à CCEE” apresentou valores negativos (R\$ -4.164,59), porém o valor da linha “Somatório dos Pagamentos do Perfil de Consumo do Agente à CCEE por Encargo de Serviço de Sistema” (R\$ 9.602,48) suplantou este valor, tornando a linha “Pagamento Total Ajustado do Perfil de

Consumo do Agente à CCEE” (TRAP) positiva (no valor de R\$ 5.437,89) para alegar que não utilizou toda a energia contratada e mesmo assim promoveu pagamento à CCEE neste período.

Entende que os encargos instituídos referem-se aos serviços realizados pelos Agentes de Geração para preservar a estabilidade e segurança do sistema elétrico, não se configurando como valores para fins de apuração da base de cálculo do ICMS.

Alega que, se o CC/MG entender pela procedência do feito fiscal, os valores dos encargos suportados pela Impugnante, os valores das penalidades aplicadas e outros, devam ser excluídos por não integrarem a base de cálculo do imposto.

Considera que preenche também os requisitos dos §§ 5º e 6º do art. 53 da Lei 6.763/75 para aplicação do permissivo legal para cancelamento da multa isolada aplicada.

Requer o cancelamento do Auto de Infração e a extinção do PTA.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 302/320, que foi utilizada para decisão, refuta as alegações da defesa e requer seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Cuida o presente contencioso de constatação pelo Fisco, após conferência dos Relatórios CB006 – Resumo da Pré-Fatura do Perfil de Consumo do Agente e das Notas de Liquidação das Contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE (NLC), no período de março/08 a fevereiro/10, das seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1 - falta de recolhimento de ICMS devido nas operações de aquisição de energia elétrica realizadas no mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), pelo que se exige ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75;

2 - falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE, pelo que se exige Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75.

Como já dito, os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal, de fls. 302/320, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações e adaptações de estilo.

Considerações Iniciais

Preliminarmente, considera-se necessário e oportuno discorrer sobre o processo de comercialização de energia elétrica, através da reprodução das informações hospedadas no sítio institucional da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(CCEE), na internet: “Visão Geral das Operações na CCEE” e “Procedimento de Comercialização PdC CO. 01 - CONTRATOS BILATERAIS”.

Em 1996, foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministro de Minas e Energia, contando com a participação de diversos técnicos brasileiros, bem como com a participação de empresa inglesa de consultoria. Os trabalhos do Projeto RE-SEB definiram as bases conceituais que deveriam nortear o desenvolvimento do setor elétrico. As principais conclusões do projeto foram a necessidade de implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, ou seja, dividi-las nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, incentivar a competição nos segmentos de geração e comercialização, e manter sob regulação os setores de distribuição e transmissão de energia elétrica, considerados como monopólios naturais.

Foi também identificada a necessidade de criação de um órgão regulador, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), de um operador para o sistema elétrico nacional, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e de um ambiente para a realização das transações de compra e venda de energia elétrica, o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE).

Concluído em agosto de 1998, o Projeto RE-SEB definiu o arcabouço conceitual e institucional do modelo a ser implantado no Setor Elétrico Brasileiro.

Durante os anos de 2003 e 2004 o Governo Federal lançou as bases de um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, sustentado pelas Leis nº 10.847 e 10.848, de 15/03/01 e pelo Decreto nº 5.163 de 30/07/04.

Entre as principais mudanças institucionais implementadas nesse período, destacam-se a criação de uma instituição responsável pelo planejamento do setor elétrico a longo prazo (a Empresa de Pesquisa Energética – EPE), uma instituição com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) e uma instituição para dar continuidade às atividades do MAE, relativas à comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Em relação à comercialização de energia, foram instituídos dois ambientes para celebração de contratos de compra e venda: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), do qual participam Agentes de Geração e de Distribuição de energia elétrica, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), do qual participam Agentes de Geração, Comercialização, Importadores e Exportadores de Energia, e Consumidores Livres.

Uma alteração significativa está relacionada à forma de realização de Leilões de Energia, que aboliu o critério de maior preço e passou a utilizar o critério de menor tarifa, colaborando para a modicidade tarifária ao Consumidor Cativo. Por fim, este modelo retomou a obrigatoriedade de todos os Agentes apresentarem 100% (cem por cento) de contratação, inclusive Consumidores Livres, havendo a possibilidade de aplicação de penalidades para quem não observasse esse item.

A seguir são apresentados os papéis dos Agentes do Setor Elétrico Brasileiro, em conformidade com o Modelo vigente, implementado em 2004.

Geração

Os Agentes de Geração podem ser classificados em:

Concessionários de Serviço Público de Geração: Agente titular de Serviço Público Federal delegado pelo Poder Concedente mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de Empresas para exploração e prestação de serviços públicos de energia elétrica, nos termos da Lei nº 8.987/95;

Produtores Independentes de Energia Elétrica - PIE: são Agentes individuais ou reunidos em consórcio que recebem concessão, permissão ou autorização do Poder Concedente para produzir energia elétrica destinada à comercialização por sua conta e risco;

Autoprodutores - AP: são Agentes com concessão, permissão ou autorização para produzir energia elétrica destinada a seu uso exclusivo, podendo comercializar eventual excedente de energia, desde que autorizado pela ANEEL.

A atividade de geração de energia elétrica apresenta um caráter competitivo, sendo que todos os Agentes de Geração podem vender energia tanto no ACR (Ambiente de Contratação Regulada) como no ACL. Os geradores também possuem livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Transmissão

Tais Agentes são responsáveis por gerir as redes de transmissão, as quais consistem em vias de uso aberto, podendo ser utilizadas por qualquer outro Agente, que pagará tarifas pelo uso do sistema de transmissão (TUST) ou de distribuição (TUSD), conforme o caso. A construção/operação de novas linhas de transmissão é objeto de leilão, no qual os agentes oferecem o lance pelo menor custo para instalação e manutenção da linha, cooperando para a modicidade tarifária do setor. Após a construção da linha, cabe ao Agente de Transmissão mantê-la disponível para uso, sendo ressarcido para isto, independentemente da quantidade de energia transportada através da linha de transmissão.

Distribuição

Os Agentes de Distribuição realizam atividades orientadas a serviços de rede e de venda de energia aos Consumidores com tarifas e condições de fornecimento reguladas pela ANEEL (Consumidores Cativos). Com o novo modelo, os Distribuidores têm participação obrigatória no ACR, celebrando contratos de energia com preços resultantes de leilões.

Comercializadores

Os Agentes de Comercialização de energia elétrica compram energia através de Contratos Bilaterais no Ambiente Livre, podendo vender energia aos Consumidores Livres, no próprio ACL, ou aos Distribuidores, através dos leilões do ACR.

Importadores de Energia

São os Agentes do setor que detêm autorização do Poder Concedente para realizar importação de energia elétrica para abastecimento do mercado nacional.

Exportadores de Energia são os Agentes do setor que detêm autorização do Poder Concedente para realizar exportação de energia elétrica para abastecimento de países vizinhos.

Consumidores Livres

São os Consumidores que, atendendo os requisitos da legislação vigente, podem escolher seu fornecedor de energia elétrica (Agentes de geração e Comercializadores) através de livre negociação.

O modelo vigente do setor elétrico prevê que a comercialização de energia elétrica pode ser realizada em dois ambientes de mercado: Ambiente de Contratação Regulada – ACR e Ambiente de Contratação Livre – ACL.

A contratação no ACR é formalizada através de contratos bilaterais regulados, denominados Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre Agentes Vendedores e Distribuidores que participam dos leilões de compra e venda de energia elétrica.

Já no ACL há a livre negociação entre os Agentes Geradores, Comercializadores, Consumidores Livres, Importadores e Exportadores de energia, sendo os acordos de compra e venda de energia pactuados através de Contratos Bilaterais (ou Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre -CCEAL).

Os Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre são negociados livremente entre duas partes e firmados entre os Agentes contratantes, sem a participação da ANEEL ou da CCEE. Esses contratos são registrados na CCEE, sendo que o processo de registro consiste na informação dos montantes contratados e dos prazos envolvidos, não havendo necessidade de informar os preços acordados. Os contratos são registrados pelos Agentes Vendedores e validados pelos Agentes Compradores, para que sejam utilizados no processo de Contabilização e Liquidação Financeira.

A expressão “CCEAL” passou a ser adotada a partir da Resolução Normativa ANEEL nº 323/08, em substituição à expressão “Contrato Bilateral”, mas que ainda é usual.

Os Agentes de Geração, sejam concessionários de serviço público de geração, produtores independentes de energia ou autoprodutores, assim como os comercializadores, podem vender energia elétrica nos dois ambientes, mantendo o caráter competitivo da geração. Tanto os contratos do ACR como os do ACL são registrados na CCEE e servem de base para a contabilização e liquidação das diferenças no mercado de curto prazo. Os montantes totais contratados são liquidados bilateralmente pelos Agentes, fora do ambiente de operações da CCEE e de acordo com condições contratuais específicas.

Conforme disposto no inc. I do art. 2º do Decreto nº 5.163/04, os Agentes vendedores devem apresentar 100% (cem por cento) de lastro para venda de energia e potência, constituído pela garantia física proporcionada por empreendimentos de geração próprios ou de terceiros, neste caso, mediante contratos de compra de energia ou de potência. A inexistência do referido lastro será passível de penalidades definidas

em Regras e Procedimentos de Comercialização específicos. Os Agentes de Distribuição e os Consumidores Livres também devem apresentar 100% (cem por cento) de cobertura contratual para o atendimento de seu mercado e consumo, estando sujeitos a penalidades caso não comprovem a existência dessa cobertura junto à CCEE.

Ambiente de Contratação Regulada- ACR

Participam do ACR os Agentes Vendedores e Agentes de Distribuição de energia elétrica. Para garantir o atendimento aos seus mercados, os Agentes de Distribuição podem adquirir energia das seguintes formas, de acordo com o Art. 13 do Decreto nº 5.163/04:

- leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e de novos empreendimentos de geração;
- geração distribuída, desde que a contratação seja precedida de chamada pública realizada pelo próprio Agente de Distribuição, contratação esta limitada ao montante de 10% (dez por cento) do mercado do distribuidor;
- usinas que produzem energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, contratadas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA;
- Itaipu Binacional, no caso de agentes de distribuição cuja área de concessão esteja localizada nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste.

Ambiente de Contratação Livre - ACL

No ACL, participam Agentes de Geração, Comercializadores, Importadores e Exportadores de energia elétrica, além dos Consumidores Livres. Neste ambiente, há liberdade para se estabelecer volumes de compra e venda de energia e seus respectivos preços, sendo as transações pactuadas através de Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre.

Os Consumidores que optem por se tornarem livres, realizando a compra de energia através de contratos no ACL, devem ser Agentes da CCEE e estão sujeitos ao pagamento de todos os encargos, taxas e contribuições setoriais previstas na legislação.

Conforme descrito no § 2º do art. 49 do Decreto nº 5.163/04, esses consumidores podem manter parte da aquisição de sua energia de forma regulada junto à concessionária de distribuição, constituindo assim um Consumidor Parcialmente Livre.

Caso o Consumidor Livre queira retornar à condição de Cativo, deve informar essa decisão à Concessionária de Distribuição local com um prazo mínimo de cinco anos, sendo que esse prazo pode ser reduzido mediante acordo entre as partes.

Através da Lei nº 9.648/98 e do Decreto nº 2.655/98, foi criado o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), ambiente virtual, sem personalidade jurídica. O MAE foi instituído pela assinatura de um contrato de adesão multilateral de todos os Agentes (Acordo de Mercado), como um mercado autorregulado, com a finalidade de viabilizar as transações de energia elétrica por meio de Contratos Bilaterais e do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mercado de Curto Prazo (Mercado “Spot”), entre as empresas que executam os serviços de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN).

Em 2004, com a implantação do Novo Modelo do Setor Elétrico, através da Lei nº 10.848/04, foi autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), como sucessora do MAE, regulamentada pelo Decreto nº 5.177/04, sendo uma organização civil, de direito privado, sem fins lucrativos, congregando Agentes das categorias de Geração, Distribuição e Comercialização de energia elétrica.

A CCEE tem por finalidade viabilizar a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional nos Ambientes de Contratação Regulada e Livre, além de efetuar a contabilização e a liquidação financeira das operações realizadas no mercado de curto prazo, as quais são auditadas externamente, nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 109/04 (Convenção de Comercialização de Energia Elétrica), atualizada pela Resolução Normativa ANEEL nº 348/09. As Regras e os Procedimentos de Comercialização que regulam as atividades realizadas na CCEE são aprovados pela ANEEL.

São associados da CCEE todos os Agentes com participação obrigatória e facultativa previstos na Convenção de Comercialização de Energia Elétrica e que tenham seus pedidos de adesão deferidos pelo Conselho de Administração da CCEE.

Os Agentes da CCEE dividem-se nas Categorias de Geração, de Distribuição e de Comercialização, conforme definido na Convenção, integradas cada qual pelas seguintes classes: I – Categoria de Geração: classe dos Agentes Geradores de Serviço Público, dos Agentes Produtores Independentes e dos Agentes Autoprodutores; II – Categoria de Distribuição: classe dos Agentes Distribuidores; e III – Categoria de Comercialização: classe dos Agentes Importadores e Exportadores, dos Agentes Comercializadores, dos Agentes Consumidores Livres e dos Agentes Consumidores Especiais.

São Agentes com participação obrigatória na CCEE:

- os concessionários, permissionários ou autorizados de geração que possuam central geradora com capacidade instalada igual ou superior a 50 MW;
- os autorizados para importação ou exportação de energia elétrica com intercâmbio igual ou superior a 50 MW;
- os Agentes de Geração comprometidos com CCEAR e com Contrato de Energia de Reserva – CER;
- os concessionários, permissionários ou autorizados de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica cujo volume comercializado seja igual ou superior a 500 GWh/ano, referido ao ano anterior;
- os concessionários, permissionários ou autorizados de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica cujo volume comercializado seja inferior a 500 GWh/ano, referido ao ano anterior, quando não adquirirem a totalidade da energia de supridor com tarifa regulada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os autorizados de comercialização de energia elétrica, cujo volume comercializado seja igual ou superior a 500 GWh/ano, referido ao ano anterior;

- os Consumidores Livres e os Consumidores Especiais.

As relações comerciais entre os Agentes participantes da CCEE são regidas por contratos de compra e venda de energia, sendo que a liquidação financeira destes contratos é realizada diretamente entre as partes contratantes, por meio de condições livremente negociadas.

Todos os contratos celebrados entre os Agentes no âmbito do Sistema Interligado Nacional devem ser registrados na CCEE. Esse registro informa as partes envolvidas, os montantes de energia e o período de vigência. Os preços da energia dos contratos não são registrados na CCEE, sendo utilizados especificamente pelas partes envolvidas em suas liquidações bilaterais.

Considerando-se os contratos e os dados de medição registrados, a CCEE contabiliza as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado; as diferenças positivas ou negativas são liquidadas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), determinado semanalmente para cada patamar de carga (Leve, Média e Pesada) e para cada submercado (Norte, Nordeste, Sudeste/Centro-Oeste e Sul), tendo como base o Custo Marginal de Operação do sistema, limitado por um preço mínimo e por um preço máximo. O PLD é utilizado para valorar todas as quantidades de energia contabilizadas que não estejam cobertas por Contratos Bilaterais.

Com base nas informações dos montantes contratados e dos montantes medidos, é realizada a contabilização e são calculados os montantes negociados no Mercado de Curto Prazo (também chamado Mercado Spot). Dessa forma, pode-se dizer que o Mercado de Curto Prazo é o mercado das diferenças.

Os contratos de compra e venda de energia elétrica, bem como os dados de medição dos pontos de consumo e geração, são registrados na CCEE pelos Agentes no Sistema de Contabilização e Liquidação (SCL), disponível para acesso no sítio institucional da CCEE. No caso do Agente estar integrado ao Sistema de Coleta de Dados de Energia (SCDE), os dados referentes à medição do agente, coletados automaticamente, são transferidos para o SCL, viabilizando o processo de contabilização e liquidação.

O SCL é o sistema que efetua todos os cálculos previstos nas Regras de Comercialização, permitindo à CCEE contabilizar mensalmente as diferenças entre os montantes de energia produzidos ou consumidos e os montantes contratados.

É também por meio do SCL que são disponibilizados relatórios contendo os resultados das operações de cada Agente na CCEE.

Com base nestes dados, ao final de cada mês, a CCEE verifica o consumo, geração, compra e venda de energia, hora a hora, e faz um balanço de energia para cada Agente. Os dados de consumo de energia são confrontados com o montante mensal contratado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se o consumo for maior que o contrato mensal, haverá déficit de energia contratada, e o Agente poderá, de acordo com o item “Premissas” do documento denominado “Procedimento de Comercialização PdC CO.01 - CONTRATOS BILATERAIS”:

- aditar o Contrato Bilateral existente (ou CCEAL), para promover ajustes de energia contratada, proceder o seu registro e validação no prazo de até MS + 11du (até o Mês Subseqüente mais 11 dias úteis), ou;

- celebrar novo Contrato Bilateral (ou CCEAL) e proceder o seu registro e validação no prazo de até MS + 9du (até o Mês Subseqüente mais 9 dias úteis).

Se o Agente não tiver conseguido aditar ou celebrar novo contrato, ele ficará exposto ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), determinado pela CCEE. Adicionalmente, a CCEE cobrará uma penalidade por insuficiência de contratação.

Por outro lado, se a quantidade contratada, num determinado mês, for maior que o consumo, haverá sobra de energia contratada, conseqüentemente, o Agente terá os mesmos prazos citados acima para tentar negociar essas sobras de energia.

Se o Agente não tiver conseguido negociar suas sobras, estas serão faturadas pela CCEE ao PLD do mês. Nesse caso não haverá penalidade.

Do Mérito

Com vistas a uniformizar os procedimentos tributários relativos ao ICMS nas operações com energia elétrica, especialmente quanto àquelas transacionadas no âmbito da CCEE, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) celebrou o Convênio ICMS 06/04, sendo este revogado pelo Convênio ICMS 15/07.

O Convênio ICMS 15/07, atualmente vigente, estabeleceu em sua cláusula primeira as regras a serem observadas pelos Agentes nas operações com energia elétrica realizadas no âmbito da CCEE, diferenciando as operações acobertadas por Contratos Bilaterais (ou CCEAL), no inc. I, que reproduz regras gerais do sistema tributário daquelas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE, no inc. II, aí sim, inovando em relação às obrigações a serem observadas quando das liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE.

Estabeleceu também a obrigatoriedade de emissão de notas fiscais:

- a) pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora,
- b) pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora.

A cláusula segunda estabeleceu normas a serem observadas pelos Agentes que realizarem operações no Mercado de Curto Prazo da CCEE, tais como: inc. I, exclusão de parcelas na determinação da posição credora ou devedora, inc. III, dados a serem informados na nota fiscal, etc.

Já a cláusula terceira estabeleceu regras específicas a serem observadas pelos consumidores livres ou pelos autoprodutores que assumirem posição devedora no Mercado de Curto Prazo, que deverão: I - ao emitir a nota fiscal relativa à entrada, ou solicitar sua emissão: a) fazer constar, como base de cálculo da operação, o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, considerada a regra do inc. I da cláusula

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

segunda, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto; b) em caso de haver mais de um ponto de consumo, observar o rateio proporcional do resultado da liquidação, segundo as medições verificadas, para a apuração da base de cálculo; c) aplicar, à base de cálculo, a alíquota interna da unidade federada de localização do consumo; d) destacar o ICMS; II - efetuar o pagamento do imposto, com base na nota fiscal emitida nos termos do inc. I, por guia de recolhimentos estaduais, no prazo previsto na legislação da respectiva unidade federada.

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais incorporou as normas do Convênio ICMS 15/07 ao RICMS/2002, na Parte 1 do Anexo IX, Capítulo III que trata das Operações Relativas à Energia Elétrica, assim dispendo:

Art. 53-E. - O agente da CCEE que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica a adquirente localizado neste Estado deverá, relativamente a cada contrato bilateral:

I - emitir mensalmente nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e para cada estabelecimento destinatário;

II - lançar e recolher o imposto devido, no caso de fornecimento a consumidor livre ou a autoprodutor.

§ 1º - O agente localizado em outra unidade da Federação que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica em relação a adquirente localizado em território mineiro deverá manter inscrição no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

§ 2º - Em caso de contrato globalizado por submercado, o agente fornecedor emitirá Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, de acordo com a distribuição de cargas prevista para os pontos de consumo de cada estabelecimento, ainda que não identificada no contrato, devendo ser considerada qualquer redistribuição promovida pelo adquirente entre estabelecimentos de sua titularidade.

§ 3º - O adquirente informará ao fornecedor a sua real distribuição de cargas por estabelecimento bem como suas alterações.

§ 4º - Na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo a base de cálculo da operação é o preço total contratado, ao qual está integrado o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Art. 53-F - Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCS D) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora no Mercado de Curto Prazo, ou de fornecedora relativo ao MCSD;

II - pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, ou de empresa distribuidora suprida pelo MCSD.

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.

§ 2º - Relativamente às diferenças apuradas, o agente emitirá a nota fiscal até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da nota de liquidação financeira, na entrada ou na saída, conforme o caso, que deverá conter:

I - o destaque do ICMS, quando for emitida por consumidor livre ou por autoprodutor enquadrado na hipótese prevista no inciso II do art. 53-E, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

II - as seguintes indicações:

a - no quadro "Destinatário/Remetente", as inscrições no CNPJ e no Cadastro de Contribuintes do ICMS do emitente e a expressão "Relativa à liquidação no Mercado de Curto Prazo", ou "Relativa à apuração e liquidação do MCSD", conforme o caso;

b - no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", os dados da liquidação na CCEE ou da apuração e liquidação do MCSD.

§ 3º - Todas as vias das notas fiscais emitidas na forma deste artigo juntamente com as pré-faturas emitidas pela CCEE que lhes tenha dado origem deverão ser arquivadas pelos prazos previstos no § 1º do art. 96 deste Regulamento.

§ 4º - Cada estabelecimento de consumidor livre ou de autoprodutor que se enquadrar na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo é responsável pelo pagamento do imposto e deverá, ao emitir a nota fiscal relativa à entrada:

I - fazer constar, como base de cálculo da operação, o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, considerada a regra prevista § 1º deste artigo, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

II - para a apuração da base de cálculo, em caso de haver mais de um ponto de consumo, observar o rateio proporcional do resultado da liquidação, segundo as medições verificadas, na hipótese de a liquidação ser relativa a mais de um estabelecimento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - para destaque do imposto, aplicar à base de cálculo apurada na forma das alíneas anteriores a alíquota interna prevista para a operação.

Com vistas a normatizar os procedimentos relativos às obrigações, principal e acessórias, a serem observados pelos agentes da CCEE, nas liquidações no Mercado de Curto Prazo, e considerando as normas tributárias estabelecidas na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), na Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96), na Lei Estadual nº 6.763/75 e no próprio RICMS/2002, foi editada a Instrução SUTRI nº 03, de 04/05/09 que dispõe:

Art. 1º Para determinação da posição devedora ou credora do agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nas liquidações no Mercado de Curto Prazo, deverá ser observado somente o perfil de consumo do mesmo.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, deverão ser excluídas do valor total da Nota de Liquidação as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica, tais como os valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.

Art. 2º O consumidor livre ou autoprodutor que enquadrar-se na posição devedora, deverá emitir nota fiscal de entrada no mesmo período de emissão da nota de liquidação, por estabelecimento, indicando como valor da operação o apurado em cada estabelecimento mediante rateio proporcional à carga medida no período acrescido do valor do próprio imposto.

Art. 3º O contribuinte enquadrado na posição credora deverá emitir no período da efetiva liquidação financeira nota fiscal para registro da saída da energia elétrica, indicando como valor da operação o apurado em cada estabelecimento mediante rateio proporcional à carga medida no período, sem destaque de ICMS.

Parágrafo único. Na hipótese descrita no caput deverá ser estornado o imposto creditado, nos termos do inciso I do art. 71 do RICMS/2002.

Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º desta Instrução Normativa, não integram a base de cálculo do imposto as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica, tais como valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se vê, a legislação tributária citada estabeleceu de forma clara e distinta as obrigações a serem observadas pelos Agentes em relação às operações realizadas no âmbito da CCEE acobertadas por Contratos Bilaterais (CCEAL), daquelas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo, decorrentes das exposições (credora ou devedora), pelo excesso ou pela falta de lastro contratual, portanto, sujeitas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

E são exatamente essas operações realizadas no Mercado de Curto Prazo que se constituem o objeto do presente Auto de Infração - AI.

A Impugnante alega que toda a energia elétrica comercializada no âmbito da CCEE se dá através da formalização de Contratos Bilaterais, com o ICMS sendo recolhido por substituição tributária pelos comercializadores/fornecedores de energia elétrica, e que, portanto, toda energia adquirida por ela no âmbito da CCEE já teria sido devidamente tributada.

Ao contrário do que alega a Impugnante, nem toda a energia elétrica comercializada no âmbito da CCEE estará acobertada por Contratos Bilaterais (CCEAL), celebrados entre os Agentes.

Essa falta de cobertura contratual é, inclusive, uma das razões da existência do próprio Mercado de Curto Prazo da CCEE, idealizado para fazer a contabilização e a liquidação das diferenças entre as quantidades de energia contratadas e as quantidades de energia consumida para cada Consumidor Livre.

Vale lembrar que, quando na condição de deficitária (posição devedora), o Consumidor Livre paga à CCEE pela energia disponibilizada por outros Agentes e por ele consumida, valores que a CCEE contabiliza e repassa a quem tinha sobras. Quando na condição de superavitária (posição credora), ele recebe da CCEE pela energia que foi disponibilizada por ele, para consumo de outros Agentes.

No caso da Impugnante, houve períodos em que ela não tinha cobertura contratual para a energia consumida por ela, como foi o caso, por exemplo, do mês de janeiro/08, onde se verifica, nas informações disponibilizadas pela CCEE aos Fiscos Estaduais em seu sítio institucional na internet, que a Impugnante contratou neste mês, através de um único Contrato Bilateral registrado na CCEE sob o nº 31.980, 1.851,032 MWh de energia, junto à Cocal Termoelétrica S/A e apresentou como consumo medido e registrado na CCEE, 1.890,250 MWh, portanto, houve um déficit de 39,218 MWh de energia durante o citado mês, que foi suprido pelo Mercado de Curto Prazo da CCEE e não por Agente determinado.

Alega também a Impugnante que a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS é do fornecedor e que não pode ser considerada fornecedor/comercializador.

De fato, a obrigatoriedade do recolhimento do imposto é sempre do fornecedor/comercializador, quando na condição de responsável, em operações internas ou quando na condição de substituto tributário, em operações interestaduais suportadas por Contratos Bilaterais (CCEAL).

Na segunda hipótese, por força do Convênio ICMS 83/00, os Estados e o Distrito Federal foram autorizados a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor,

inclusive ao agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

Contudo, em relação às operações de entrada de energia elétrica no estabelecimento de Consumidor Livre, provenientes das liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e sujeitas ao Preço de Liquidação das Diferenças, verifica-se a ocorrência de uma nova operação de transferência de titularidade da energia, totalmente distinta da operação de compra e venda anterior, realizada através de Contrato Bilateral. Para este caso, considerando o princípio de destino na tributação da energia elétrica estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o Convênio ICMS 15/07 incorporado ao RICMS/02, acima transcrito, atribuiu a cada estabelecimento de Consumidor Livre que estiver na posição devedora na contabilização mensal da CCEE a obrigatoriedade de emitir nota fiscal com destaque do ICMS e a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Alega, ainda, a Impugnante que a CCEE promove simplesmente a liquidação financeira das operações referentes ao Mercado de Curto Prazo, nos termos da Convenção de Comercialização, que a liquidação financeira não reflete as operações físicas de entrada e saída de energia elétrica e que, portanto, à luz das normas tributárias, a liquidação financeira objeto das notas de liquidação das contabilizações do Mercado de Curto Prazo da CCEE não se afigura como negócio tributável pelo ICMS, por não estar tipificada no inc. I do art. 12 da LC nº 87/96 como hipótese de incidência do ICMS.

Considerando-se os contratos celebrados entre os Agentes Geradores, Comercializadores e Consumidores e os dados de medição registrados, a CCEE contabiliza as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado; as diferenças positivas ou negativas são liquidadas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), determinado semanalmente para cada patamar de carga (Leve, Média ou Pesada) e para cada submercado (Norte, Nordeste, Sudeste/Centro-Oeste ou Sul), tendo como base o Custo Marginal de Operação do sistema (é o “Custo da Água”, para mantê-la, “em estoque”, nos reservatórios das hidrelétricas).

Se houve diferenças apuradas pela CCEE, isto significa que o Agente teve sobras ou deficits de energia. Significa dizer que o Agente não aditou o Contrato de Compra de Energia no Ambiente Livre (ou Contrato Bilateral) já existente, para promover ajustes na energia contratada para aquele período ou não celebrou novo Contrato Bilateral de Curto Prazo para ajustar as sobras ou deficits, ficando, portanto, exposto ao PLD.

Como, em se tratando de energia elétrica para consumo, o tributo é devido ao Estado de destino, conforme previsto no art. 2º, § 1º, inc. III da LC nº 87/96, e caberá ao adquirente, nos termos da legislação tributária mineira, já citada anteriormente, emitir a nota fiscal pela entrada e recolher o tributo utilizando-se da alíquota interna.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante reclama que a base de cálculo do imposto foi equivocada, pois deveria ser a entrada de energia no estabelecimento e não a linha “TRAP” do relatório CB006 – Resumo da Pré-Fatura. Cita, como exemplo, o valor da base de cálculo apurada pelo Fisco no mês 06/08.

O art. 13, inc. VIII da LC nº 87/96 estabelece que, na hipótese da entrada no território do Estado de energia elétrica oriunda de outro Estado, quando não destinada à comercialização ou à industrialização, a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a entrada.

Estabelece ainda o § 1º do citado artigo que integra a base de cálculo do imposto: I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle; II - o valor correspondente a: a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Nessa mesma direção, a Lei nº 6.763/75 estabelece em seu art. 13, inc. IX, que a base de cálculo do imposto, no recebimento pelo destinatário, situado em território mineiro, de energia elétrica oriunda de outra unidade da Federação, quando não destinada à comercialização ou à industrialização, é o valor da operação de que decorrer a entrada, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente ou destinatários.

Verifica-se, portanto, que o Fisco, ao estabelecer como base de cálculo do ICMS o valor identificado no Relatório CB006 – Resumo da Pré-Fatura, na linha “TRAP”, nada fez além de observar as normas tributárias citadas, em especial o disposto na Instrução Normativa SUTRI nº 03/09, acima transcrita, realçando que o seu art. 4º preconiza que *“não integram a base de cálculo do imposto as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica, tais como valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.”*

Constata-se, no presente caso a correção da determinação da base de cálculo pelo Fisco, pois, como pode ser verificado às fls. 11 e 13/27, o Fisco tomou como valor da base de cálculo o valor do pagamento total ajustado do Perfil de Consumo do Agente à CCEE (TRAP), não tendo ocorrido, no período autuado, nenhuma Penalidade Paga pelo Perfil de Consumo do Agente (TPENC).

Foi exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei 6763/75, abaixo transcrita, de 40% (quarenta por cento) do valor da operação:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Contudo, verifica-se que as infrações foram apuradas pelo Fisco com base exclusivamente em documentos da própria Autuada, configurando-se a hipótese prevista na alínea "a" para a redução da Multa Isolada a 20 % (vinte por cento) do valor da operação, devendo, então, ser adequada à redução prevista.

Com relação ao pedido de cancelamento das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos

(...)

2) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a multa isolada ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ricardo de Paiva Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior.

Sala das Sessões, 09 de dezembro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator