

Acórdão: 5.230/19/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000931175-30
Recurso de Revisão: 40.060147834-22
Recorrente: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e Para Construção
IE: 001026181.02-35
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Luciana Rosanova Galhardo/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades e respectivas exigências fiscais, no período de 01/01/12 a 31/12/12:

1. falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições de energia elétrica nas operações relativas às liquidações com posição devedora no Mercado de Curto Prazo da CCEE. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação - MR (capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75);

2. falta de emissão de nota fiscal de entrada nas operações de aquisição de energia elétrica relativa às liquidações com posição devedora no Mercado de Curto Prazo da CCEE. Exigência de Multa Isolada (MI), prevista no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75;

3. falta de estorno do crédito de imposto apropriado na entrada de energia elétrica, na proporção das saídas de energia amparadas pela não incidência, relativas às liquidações com posição credora no Mercado de Curto Prazo da CCEE. Exigências de ICMS, MR e MI do art. 55, inciso XIII, alínea "b" da lei nº 6.763/75.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.041/19/2ª, à unanimidade, julgou, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, também à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para que fossem excluídas as exigências fiscais relativas aos meses de maio, junho, outubro, novembro e dezembro de 2012 e ainda, quanto ao crédito tributário remanescente, para adequar a Multa Isolada do art. 55, inciso XIII, alínea "b"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da Lei nº 6.763/75 ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 desta lei c/c o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 352/369.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 21.814/18/2ª e 4.493/15/CE (cópias às fls. 404/422 dos autos).

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

O Estado de Minas Gerais interpõe um documento intitulado de RESPOSTA, às fls. 427/434, sem previsão expressa da legislação, em que contesta tanto os fundamentos de cabimento do Recurso de Revisão interposto pela Autuada como as alegações de mérito da Recorrente.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 437/448, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por essa razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações de estilo.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos nº 21.814/18/2ª e 4.493/15/CE (cópias às fls. 404/422 dos autos).

Salienta-se que a decisão proferida no Acórdão nº 21.814/18/2ª foi reformada pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, no aspecto abordado para efeito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de conhecimento, ou seja, a decadência, consoante recurso interposto de ofício pela 2ª Câmara de Julgamento e conforme Acórdão nº 5.094/18/CE, nos seguintes termos:

ACÓRDÃO: 21.814/18/2ª

RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000936259-00

IMPUGNAÇÃO: 40.010145256-58

IMPUGNANTE: USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A.
USIMINAS IE: 313002022.01-20

PROC. S. PASSIVO: RODOLFO DE LIMA GROPEN/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/IPATINGA

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - COMPROVADO NOS AUTOS QUE SE ENCONTRA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NOS TERMOS DO ART. 150 § 4º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN, CANCELAM-SE AS EXIGÊNCIAS FISCAIS.

DECADÊNCIA RECONHECIDA. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

XX

ACÓRDÃO: 5.094/18/CE

RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000936259-00

RECURSO DE REVISÃO: 40.060146075-35

RECORRENTE: 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RECORRIDO: USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A - USIMINAS

PROC. S. PASSIVO: RODOLFO DE LIMA GROPEN/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/IPATINGA

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. NOS TERMOS DO ART. 173, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, O PRAZO DECADENCIAL APLICÁVEL AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO É DE 5 (CINCO) ANOS CONTADOS A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA SER EFETUADO. NO CASO DOS AUTOS NÃO SE ENCONTRA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS RELATIVOS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE VINCULADAS A SAÍDAS DE MERCADORIAS OCORRIDAS SOB O AMPARO DA ISENÇÃO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIAS DE ICMS,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR PARA RESTABELECEM AS EXIGÊNCIAS FISCAIS.

RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO À UNANIMIDADE E PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS. (GRIFOU-SE)

Nesse sentido, considerando-se a previsão contida no art. 59 do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.906/08, constata-se que fica prejudicada a análise quanto ao pressuposto de admissibilidade relativo a possível divergência jurisprudencial.

Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.906/08

Art. 59. Além das hipóteses previstas no inciso II do art. 165 do RPTA, o Recurso de Revisão interposto com base no inciso II do art. 163 do RPTA não será conhecido se versar sobre questão consubstanciada em acórdão paradigma reformado em caráter definitivo.

No que se refere à decisão proferida no Acórdão nº 4.493/15/CE, a Recorrente sustenta que existe divergência, quanto à aplicação da legislação tributária, em relação à decisão recorrida, relacionada aos seguintes aspectos:

- 1 - nulidade: ausência de embasamento legal e fático;
- 2 - estorno indevido: ausência de fundamento;
- 3 - operação interestadual: incidência de ICMS (Convênio nº 15/07) X operação interestadual: não incidência do ICMS (Convênio nº 15/07).

Em relação ao primeiro aspecto, a Recorrente transcreve os seguintes trechos dos fundamentos das duas decisões para embasar seu entendimento quanto à alegada divergência jurisprudencial:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 22.041/19/2ª

ELABORADO O PARECER DE FLS. 277/315, A ASSESSORIA DO CC/MG OPINA, EM PRELIMINAR, PELA REJEIÇÃO DAS PREFACIAIS ARGUIDAS E, NO MÉRITO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO LANÇAMENTO, PARA QUE SEJAM EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS RELATIVAS AOS MESES DE MAIO, JUNHO, OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2012.

DECISÃO

OS FUNDAMENTOS EXPOSTOS NO PARECER DA ASSESSORIA DO CC/MG FORAM, EM GRANDE PARTE, OS MESMOS UTILIZADOS PELA CÂMARA PARA SUSTENTAR SUA DECISÃO E, POR ESSA RAZÃO, PASSAM A COMPOR O PRESENTE ACÓRDÃO.

DAS PRELIMINARES

SEGUNDO A IMPUGNANTE, "O AUTO DE INFRAÇÃO PADECE DE VÍCIO DE NULIDADE, TENDO EM VISTA QUE SE FUNDA EM FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO CONDIZEM COM A REALIDADE E

TAMPOUCO DEMONSTRA OU APONTA PROVAS QUE EMBASARAM A CONCLUSÃO DE QUE A REQUERENTE SERIA COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA”.

DESTACA QUE O ART. 142 DO CTN, DENTRE OUTROS REQUISITOS, PREVÊ QUE O ATO ADMINISTRATIVO DO LANÇAMENTO DEVE CONTER OBRIGATORIAMENTE “A DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DO FATO QUE MOTIVOU SUA GERAÇÃO”.

SALIENTA, NO ENTANTO, QUE “O ‘RELATÓRIO’ DA D. FISCALIZAÇÃO FUNDA-SE EM FATOS QUE NÃO REFLETE A REALIDADE, MUITO MENOS AS OPERAÇÕES PRATICADAS PELA REQUERENTE. A D. FISCALIZAÇÃO ASSUME COMO VERDADE QUE A REQUERENTE SERIA UMA COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA SEM, TODAVIA, DEMONSTRAR OU COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES”.

INFORMA QUE “PRÁTICA ATIVIDADES DE INDUSTRIALIZAÇÃO E, ASSIM, COMO TODO E QUALQUER ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL, UTILIZA A ENERGIA ELÉTRICA COMO INSUMO PARA SUA ATIVIDADE. DEVIDO À DEMANDA POR CONTA DE SUA ATIVIDADE INDUSTRIAL, FOI FIRMADO COM A COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS (‘CEMIG’) O CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, SENDO (I) A CEMIG É A GERADORA E FORNECEDORA DE ENERGIA ELÉTRICA; E (II) A REQUERENTE, A CONTRATANTE, OU SEJA, A CONSUMIDORA FINAL (DE ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA PELA CEMIG)”.

ENTENDE, NESSE SENTIDO, QUE O FISCO “DISTORCEU A REALIDADE DOS FATOS, VINDO A ENTENDER QUE A REQUERENTE SERIA UMA COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA, O QUE DEFINITIVAMENTE NÃO É. O ABSURDO DESSA ACUSAÇÃO E DA AUTUAÇÃO, É QUE A D. FISCALIZAÇÃO SEQUEU INDAGOU OU QUESTIONOU A REQUERENTE A RESPEITO DA ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA PELA CEMIG EM RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, PREFERINDO CONCLUIR, PRESUMIDAMENTE, QUE HOUVE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E EXIGIR O ICMS COM ACRÉSCIMO DE MULTA E JUROS”.

SUSTENTA QUE “O RELATÓRIO FISCAL NÃO ESCLARECE A RAZÃO NEM O MOTIVO QUE LEVOU A D. FISCALIZAÇÃO A LAVRAR O AUTO DE INFRAÇÃO, LIMITANDO-SE A ACUSAR A REQUERENTE DE QUE NÃO RECOLHEU ICMS NA ‘COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA’, ALÉM DE IMPOR UMA MULTA ISOLADA POR FALTA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA ATINENTE A ESSA SUPOSTA COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA. RESSALTE-SE QUE A REQUERENTE NÃO É GERADORA, TRANSMISSORA OU COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA, MAS SIM UMA MERA CONSUMIDORA DE ENERGIA ELÉTRICA COM BASE EM CONTRATO FIRMADO COM A CEMIG”.

A SEU VER, “ESSA VERDADE POR SI SÓ JÁ ENSEJARIA A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, JÁ QUE A D. FISCALIZAÇÃO PAUTOU-SE EM UMA PRESUNÇÃO DE QUE A REQUERENTE SERIA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

UMA COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA, SEM A COMPROVAÇÃO FÁTICA OU LEGAL DE SUA ACUSAÇÃO”.

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 4.493/15/CE

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. CONSTATADO VÍCIO FORMAL DO LANÇAMENTO POR UTILIZAÇÃO DE MÉTODO DE APURAÇÃO DO ESTORNO DE CRÉDITO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, O QUE DETERMINA A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

(...)

LOGO, A METODOLOGIA DE CÁLCULO APLICADA AOS AUTOS, ENCONTRA-SE TOTALMENTE DESTOANTE DO QUE DETERMINA A LEGISLAÇÃO E DO ENTENDIMENTO DESTES CONSELHO.

O LANÇAMENTO, PORTANTO, TRAZ CRITÉRIO JURÍDICO DE APURAÇÃO DO CRÉDITO A SER ESTORNADO ABSOLUTAMENTE DESPROVIDO DE QUALQUER BASE JURÍDICA, INCORRENDO EM ERRO DE DIREITO, QUE SE TRADUZ EM VÍCIO INSANÁVEL.

PORTANTO, O VÍCIO DE FORMA EXISTENTE NO ATO ADMINISTRATIVO CONSISTE NA UTILIZAÇÃO DE MÉTODO DE APURAÇÃO DO ESTORNO DE CRÉDITO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, O QUE DETERMINA A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Observando-se os trechos transcritos das decisões, verifica-se que a Recorrente transcreve apenas o trecho que reflete o seu entendimento nos fundamentos da decisão recorrida, em relação à arguição de nulidade do lançamento, não se dando ao trabalho de transcrever o entendimento majoritário que determinou a decisão proferida pela Câmara em relação a essa matéria.

Por outro lado, verifica-se que o fundamento transcrito da decisão apontada como paradigma diz respeito a vício de forma do ato administrativo, ou seja, a Fiscalização utilizou método de apuração de estorno de crédito que não encontra respaldo na legislação.

Para concluir a análise, necessário trazer os fundamentos que levaram à tomada de decisão da 2ª Câmara de Julgamento (decisão recorrida) no aspecto abordado pela Recorrente referente à arguição de nulidade do lançamento:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 22.041/19/2ª

NO ENTANTO, AO CONTRÁRIO DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE, O PRESENTE LANÇAMENTO FOI LAVRADO COM TODOS OS REQUISITOS FORMAIS PREVISTOS NO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS – RPTA (DECRETO ESTADUAL Nº 44.747/08) E OS ESTABELECIDOS NO ART. 142 DO CTN, CONTENDO, ESPECIALMENTE, A DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DOS FATOS QUE MOTIVARAM SUA EMISSÃO, A CITAÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR INFRINGIDOS E DAQUELES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REFERENTES ÀS PENALIDADES APLICADAS, O QUE PODE SER OBSERVADO MEDIANTE SIMPLES LEITURA DO “RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO DO AUTO DE INFRAÇÃO” (FLS. 06/15), ABAIXO PARCIALMENTE REPRODUZIDO, *VERBIS*:

(...)

COMO SE VÊ, NO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO DO AUTO DE INFRAÇÃO, O FISCO LISTOU E TRANSCREVEU, DENTRE OUTROS DISPOSITIVOS, AS NORMAS LEGAIS DISCIPLINADAS NOS ARTS. 53-F E 53-G DO ANEXO IX DO RICMS/02 E A INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI Nº 03/09, QUE DISPÕEM SOBRE AS OBRIGAÇÕES, PRINCIPAL E ACESSÓRIAS, A SEREM OBSERVADAS PELOS AGENTES DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE), NAS LIQUIDAÇÕES NO MERCADO DE CURTO PRAZO, AS QUAIS RESPALDAM TODO O FEITO FISCAL E AS EXIGÊNCIAS A ELE INERENTES.

ASSIM, É IMPRÓPRIA QUALQUER AFIRMAÇÃO NO SENTIDO DE QUE O FISCO BASEOU-SE EM PRESUNÇÕES, POIS O LANÇAMENTO EM APREÇO ESTÁ LASTREADO, *IN TOTUM*, EM DISPOSITIVOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA ANALISADA NOS PRESENTES AUTOS, ESPECIALMENTE NOS ARTS. 53-F E 53-G DO ANEXO IX DO RICMS/02 E NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº SUTRI Nº 03/09.

TAMBÉM NÃO DEVE PREVALECER A ALEGAÇÃO DA IMPUGNANTE NO SENTIDO DE QUE, POR TER PERFIL DE CONSUMIDORA LIVRE, NÃO COMERCIALIZA ENERGIA ELÉTRICA NO MERCADO DE CURTO PRAZO, NO ÂMBITO DA CCEE.

(...)

PORTANTO, COMO JÁ AFIRMADO, NÃO CONDIZ COM A REALIDADE A AFIRMAÇÃO DA IMPUGNANTE DE QUE, POR TER PERFIL DE CONSUMIDORA LIVRE, NÃO REALIZA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO MERCADO DE CURTO PRAZO, POIS, DE ACORDO COM TODO O ACIMA EXPOSTO, AS SUAS SOBRAS OU DÉFICITS DE ENERGIA ELÉTRICA SÃO LIQUIDADAS NA CCEE, SENDO CARACTERIZADAS COMO OPERAÇÕES DE VENDAS OU COMPRAS DE ENERGIA ELÉTRICA, CONFORME O CASO (VENDAS: ENERGIA CONSUMIDA MENOR QUE A CONTRATADA; COMPRAS: ENERGIA CONSUMIDA MAIOR QUE A CONTRATADA).

QUANDO NA CONDIÇÃO DEFICITÁRIA (ENERGIA CONSUMIDA MAIOR QUE A CONTRATADA), 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 POSSUÍA SOBRAS DE ENERGIA.

POR OUTRO LADO, QUANDO NA CONDIÇÃO SUPERAVITÁRIA (ENERGIA CONSUMIDA MENOR QUE A CONTRATADA), O CONSUMIDOR LIVRE RECEBE DA CCEE PELA ENERGIA QUE FOI DISPONIBILIZADA POR ELE, PARA CONSUMO DE OUTROS AGENTES.

ASSIM, EMBORA TENHA O PERFIL DE CONSUMIDORA LIVRE, A IMPUGNANTE, AO CONTRÁRIO DE SUA AFIRMAÇÃO, TRANSACIONA ENERGIA ELÉTRICA NO MERCADO DE CURTO PRAZO, ADQUIRINDO OU CEDENDO ENERGIA, PAGANDO OU RECEBENDO REMUNERAÇÃO DA CCEE, CONFORME O CASO.

REJEITA-SE, POIS, AS PREFACIAIS ARGUIDAS.

Verifica-se, pois, analisando os fundamentos das decisões em relação a esse primeiro tópico abordado pela Recorrente, que nos fundamentos da decisão recorrida não se observa qualquer vício formal do lançamento com utilização de método de estorno de crédito que não encontra respaldo na legislação, conforme fundamento utilizado para declaração de nulidade da decisão apontada como paradigma.

Dessa forma, não se verifica divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

O segundo aspecto abordado, em sede de Recurso de Revisão, como fundamento para caracterização de divergência entre as decisões, se refere a “*estorno indevido: ausência de fundamento*”.

Contudo, na decisão apontada como paradigma essa matéria não foi tratada como “*ausência de fundamento*” e sim como “*... utilização de método de apuração do estorno de crédito que não encontra respaldo na legislação tributária, o que determina a nulidade do Auto de Infração...*”.

A Recorrente, para efeito de caracterizar a divergência entre as decisões, em relação a essa matéria, transcreve fundamentos constantes apenas da decisão apontada como paradigma, que ora se reproduz:

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 4.493/15/CE

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. CONSTATADO VÍCIO FORMAL DO LANÇAMENTO POR UTILIZAÇÃO DE MÉTODO DE APURAÇÃO DO ESTORNO DE CRÉDITO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, O QUE DETERMINA A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Não obstante, essa matéria também é tratada na decisão recorrida nos seguintes termos:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 22.041/19/2ª

VÊ-SE QUE HÁ UM AMPLO ARCABOUÇO LEGAL QUE AMPARA O FEITO FISCAL, TRANSITANDO DESDE A CF/88 ATÉ AS NORMAS REGULAMENTARES INTERNAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS A AUTORIZAR, NÃO SÓ O ESTORNO DE CRÉDITOS, NO CASO DE SAÍDAS DE ENERGIA ELÉTRICA (POSIÇÃO CREDORA NA CCEE), COMO TAMBÉM A EXIGÊNCIA DO ICMS DEVIDO A MINAS GERAIS, PARA OS CASOS EM QUE HOUVER A ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA (POSIÇÃO DEVEDORA NA CCEE).

ALÉM DISSO, O ESTORNO JUSTIFICA-SE TAMBÉM PELO FATO DE QUE AS SOBRES DE ENERGIA REPRESENTAM QUANTIDADES DE

ENERGIA ELÉTRICA QUE NÃO INGRESSARAM EFETIVAMENTE NO ESTABELECIMENTO, NÃO GERANDO, POR CONSEQUÊNCIA, DIREITO A CRÉDITOS DE ICMS, UMA VEZ QUE NÃO CONSUMIDA NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, EXATAMENTE POR NÃO TER INGRESSADO NO ESTABELECIMENTO AUTUADO.

(...)

COMO SE VÊ, NOS PERÍODOS EM QUESTÃO, TODOS OS VALORES GLOSADOS PELO FISCO FORAM INFERIORES AOS ESTORNADOS PELA IMPUGNANTE.

ISSO SE DEU PELO FATO DE O FISCO TER ADOTADO CRITÉRIO DISTINTO DA IMPUGNANTE, CALCULANDO OS ESTORNOS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL EQUIVALENTE AO QUOCIENTE (FINANCEIRO) ENTRE AS SAÍDAS DE ENERGIA AO AMPARO DA NÃO INCIDÊNCIA, INERENTES ÀS POSIÇÕES CREDORAS, E AS SAÍDAS TOTAIS DE MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO, COM POSTERIOR MULTIPLICAÇÃO DESSE PERCENTUAL PELO VALOR TOTAL DOS CRÉDITOS DE ENERGIA ELÉTRICA APROPRIADOS PELA IMPUGNANTE, NÃO SÓ DAQUELES PROVENIENTES DA CEMIG, MAS DE TODAS AS NOTAS FISCAIS REFERENTES AOS CONTRATOS BILATERAIS FIRMADOS PELA IMPUGNANTE, REGISTRADOS NA CCEE.

A IMPUGNANTE, COMO SE VIU, UTILIZOU O CRITÉRIO FÍSICO, VALE DIZER, OS ESTORNOS POR ELA EFETUADOS, RELATIVOS ÀS NOTAS FISCAIS EMITIDAS EXCLUSIVAMENTE PELA CEMIG, FORAM FEITOS DE FORMA PROPORCIONAL À ENERGIA ELÉTRICA, EM MWH, NÃO CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO, ASSIM ENTENDIDA A QUANTIDADE DAS SOBRAS DE ENERGIA (SOBRA = ENERGIA CONTRATADA – ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA).

ASSIM, SENDO INCONTESTE QUE OS CRÉDITOS ESTORNADOS REFEREM-SE A CRÉDITOS DE ENERGIA ELÉTRICA, BASE DO LANÇAMENTO FISCAL, DEVEM ESSES SEREM CONSIDERADOS NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. E, CONSIDERANDO-SE, COMO JÁ AFIRMADO, QUE OS VALORES ESTORNADOS PELA IMPUGNANTE SUPERAM AQUELES GLOSADOS PELO FISCO, CANCELA-SE AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AOS MESES DE MAIO, JUNHO, OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2012.

Verifica-se, pois, que a decisão apontada como paradigma declarou nulo o estorno de créditos realizado pela Fiscalização por não corresponder à expressa previsão da legislação.

Lado outro, na decisão recorrida o estorno realizado pela Fiscalização seguiu estritamente a previsão constante da legislação.

Nesse sentido, as decisões não são divergentes e sim convergentes com a aplicação da legislação tributária.

Num terceiro aspecto, a Recorrente faz abordagem sobre a matéria “*operação interestadual: incidência ou não do ICMS (Convênio nº 15/079)*”.

Para tanto, transcreve os seguintes trechos das decisões:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 22.041/19/2ª

INSTA DESTACAR QUE, DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA (ESPECIALMENTE O CONVÊNIO ICMS Nº 15/07, O ART. 53-F DO ANEXO IX DO RICMS/02 E A IN SUTRI Nº 03/09), AS OPERAÇÕES DO MERCADO DE CURTO PRAZO, REALIZADAS NO ÂMBITO DA CCEE, SÃO TRATADAS COMO INTERESTADUAIS, TANTO PARA POSIÇÕES DEVEDORAS, QUANTO PARA POSIÇÕES CREDORAS.

ISSO PORQUE NÃO É POSSÍVEL DETERMINAR A ORIGEM OU DESTINO DA ENERGIA ELÉTRICA, UMA VEZ QUE, COMO JÁ AFIRMADO, NO MERCADO DE CURTO PRAZO AS RELAÇÕES SÃO MULTILATERAIS, OU SEJA, TODOS OS AGENTES COMPRADORES ADQUIREM ENERGIA ELÉTRICA DO CONJUNTO DOS VENDEDORES, SEM QUE HAJA UMA RELAÇÃO DIRETA ENTRE COMPRADOR E VENDEDOR, TANTO É QUE O ART. 53-F DO ANEXO IX DO RICMS/02 ESTABELECE, CLARAMENTE, A OBRIGATORIEDADE DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA E O RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO A ESTE ESTADO, QUANDO O AGENTE ASSUME POSIÇÃO DEVEDORA NO ÂMBITO DA CCEE.

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 4.493/15/CE

COM BASE NESTA REGULAMENTAÇÃO, ADOTADA EM FUNÇÃO DO CONVÊNIO DE APLICAÇÃO NACIONAL (CONVÊNIO ICMS Nº 06/04, REVOGADO PELO ATUAL CONVÊNIO ICMS Nº 15/07), EQUIPARAM-SE AS SAÍDAS DE ENERGIA ELÉTRICA ADMINISTRADAS PELA CCEE, PARA EFEITOS TRIBUTÁRIOS, ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, RETIRANDO A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO ESTADUAL.

Dos trechos transcritos, relativamente à matéria, não se observa qualquer divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

O trecho transcrito da decisão recorrida traz os pressupostos, em relação à matéria focada, presentes no Convênio ICMS nº 15/07 e no Capítulo III do Anexo IX do RICMS, “**Das Operações Relativas a Energia Elétrica**”.

As decisões esclarecem que não é possível determinar a origem ou destino da energia elétrica, uma vez que no Mercado de Curto Prazo as relações são multilaterais, ou seja, todos os agentes compradores adquirem energia elétrica do conjunto dos vendedores, sem que haja uma relação direta entre comprador e vendedor.

Nesse sentido, as operações são interestaduais tanto para a situação de posição credora como para posição devedora.

Na posição credora, emite-se nota fiscal de saída sem destaque do imposto, equiparada a uma operação interestadual, conforme previsão constitucional constante da alínea “b”, inciso X, § 2º do art. 155 da CF (não incidirá ICMS sobre operações que destinem a outros estados energia elétrica).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, quando o agente assume posição devedora no âmbito da CCEE, o art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 estabelece a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal de entrada e o recolhimento do ICMS devido a este estado.

Cumprе ressaltar o art. 1º do RICMS/02, que dispõe que o ICMS incide sobre a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de energia elétrica quando não destinada à comercialização ou à industrialização do próprio produto.

Observa-se, pois, diferentemente do argumento da Recorrente, que as operações relacionadas tanto à posição credora quanto à posição devedora são interestaduais, não havendo destaque do imposto nas operações de saída (imunidade constitucional) e havendo destaque nas operações de entrada, considerando que a tributação incide no estado onde ocorre o consumo da energia elétrica.

Dessa forma, também em relação a esse terceiro aspecto, não se observa qualquer divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Luiz Paulo Romano e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Marco Túlio da Silva e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 12 de julho de 2019.

Erick de Paula Carmo
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

D