

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.317/20/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000647213-78
Recurso de Revisão: 40.060149351-50
Recorrente: Nexa Recursos Minerais S.A.
IE: 367219883.03-70
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Renato Lopes da Rocha/Outro(s), Clarissa Iasmine Vasconcelos Santos Caetano/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. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatada a entrada de energia elétrica desacobertada de documento fiscal, apurada por meio de levantamento quantitativo de mercadoria, previsto no art. 194, inciso II, do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento), em razão de reincidência, nos termos do art. 53, § § 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos documentos e argumentos apresentados pela Impugnante, para fins de cancelamento da majoração da multa isolada em decorrência da reincidência, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, tendo em vista a revogação, pelo art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549/17, dos dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, § § 6º e 7º) que previam a referida majoração. O valor da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, deve ainda ser adequado ao limite de duas vezes o valor do imposto incidente nas operações, com fulcro no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN c/c arts. 19 e 93, ambos da Lei nº 22.796/17. Deve também ser acatada a Nota Fiscal nº 1.390, emitida pela Usina Hidrelétrica (UHE) Igarapava, em 17/02/11, relativa à aquisição de energia elétrica, a qual fora desconsiderada pelo Fisco. Corretas as exigências fiscais remanescentes. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No lançamento originalmente formalizado, a autuação versava sobre a constatação das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo, realizado no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012:

1. Entradas de energia elétrica desacobertas de documentação fiscal;
2. Saídas de energia elétrica desacobertas de documentação fiscal.

Quanto à primeira irregularidade, as exigências referiam-se ao ICMS não recolhido ao erário, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última majorada em 100% (cem por cento), com fulcro no art. 53, § 6º e 7º, do mesmo diploma legal, em função de reincidência.

Com relação às saídas desacobertas, as exigências foram segregadas da seguinte forma:

a) saídas desacobertas apuradas em decorrência de entradas tributadas de energia elétrica (proporcionalidade): as exigências referiam-se ao valor do estorno do ICMS indevidamente apropriado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada, capituladas, respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última majorada em 100% (cem por cento), com fulcro no art. 53, § 6º e 7º do mesmo diploma legal, em função de reincidência;

b) saídas desacobertas apuradas em decorrência de entradas de energia elétrica recebida com diferimento do ICMS (proporcionalidade): as exigências referiam-se ao ICMS apurado, exigido em função do encerramento do diferimento do imposto, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

No lançamento original havia sido incluído na sujeição passiva o Sr. Tito Botelho Martins Junior (Diretor Presidente da então Votorantim Metais Zinco S.A.).

Inconformados, o Coobrigado e a Autuada apresentaram, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 330/360 e 388/442, respectivamente, requerendo, ao final, o integral provimento de suas defesas.

Acatando parcialmente os argumentos dos Impugnantes, o Fisco promoveu as seguintes retificações no lançamento original (incluindo o desmembramento do processo):

- Exclusão do Sr. Tito Botelho Martins Junior do polo passivo da obrigação tributária;
- Retificação do crédito tributário, nos termos dos demonstrativos de fls. 548/553, após constatar que não foram consideradas no levantamento quantitativo as notas fiscais acostadas às fls. 505/513.

Em seguida, o Fisco desmembrou o presente processo em 04 (quatro) PTAs, a saber: PTAs nºs 01.000647213-78 (processo em apreço), 01.000725147-26, 01.000744810-27 e 01.000734062-26, este último extinto integralmente, com fulcro no art. 106, inciso II, do CTN, por se tratar de cobrança exclusiva de majoração de multa

isolada por reincidência, em função da revogação dos dispositivos legais que autorizavam a majoração.

Com o desmembramento, a presente autuação passou a versar, exclusivamente, sobre a constatação de entradas de energia elétrica desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo, exclusivamente em relação ao exercício de 2011.

As exigências referem-se ao ICMS devido, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última majorada em 100% (cem por cento), com fulcro no art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal, em função de reincidência, conforme demonstrativo acostado às fls. 553.

Ato contínuo, foi reaberto à Autuada o prazo original de 30 (trinta) dias, para pagamento/parcelamento do crédito tributário, com as reduções legalmente cabíveis, ou para aditamento ou apresentação de nova impugnação.

Regularmente intimada (fls. 584 e 590), a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 591/657, cujos argumentos são refutados pelo Fisco às fls. 702/725.

Na oportunidade, a Fiscalização promoveu nova retificação do crédito tributário, cancelando a exigência da majoração da multa isolada aplicada, com fulcro no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN c/c art. 79 da Lei nº 22.549/17, que revogou os dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, §§ 6º e 7º) que autorizavam tal exigência (conforme DCMM, de fls. 727)

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.434/19/1ª, julgou Quanto à prejudicial de mérito, pelo voto de qualidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. Vencidas, em parte, as Conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Relatora) e Mariel Orsi Gameiro, que a reconheciam em relação ao período de janeiro a novembro de 2011. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 757/762, com as seguintes retificações adicionais: (a) incluir no levantamento quantitativo a Nota Fiscal nº 1.390, emitida pela UHE Igarapava em 17/02/11, relativa à aquisição de 19.113,620 MW de energia elétrica e (b) adequar o valor da Multa Isolada exigida a duas vezes o valor do imposto exigido, com fulcro no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN c/c arts. 19 e 93 da Lei nº 22.796/17, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Designado relator o Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Guilherme Cezaroti e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 995/1.045, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

Em sessão realizada em 14/02/20, acorda a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o dia 28/02/20. Pela Recorrente, assistiu ao julgamento o Dr. Guilherme Cezaroti e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças.

DECISÃO

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Analisando-se o mérito do presente Recurso de Revisão e considerando-se que os fundamentos utilizados pela 1ª Câmara de Julgamento foram também adotados na presente decisão, ficam ratificados, na íntegra, os termos constantes do Acórdão nº 23.434/19/1ª, conforme autoriza o art. 58 do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 44.906 de 26/09/08, c/c Deliberação 01/2017 do Conselho Pleno do CCMG.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Relator), que lhe dava provimento parcial para adequar a base de cálculo arbitrada ao preço médio estabelecido nos contratos bilaterais e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que reconhecia a decadência parcial do lançamento, nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor). Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Guilherme Cezaroti e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 28 de fevereiro de 2020.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator designado

Eduardo de Souza Assis
Presidente

| |
|--|
| CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
|--|

| | | |
|---------------------|--|-----------------|
| Acórdão: | 5.317/20/CE | Rito: Ordinário |
| PTA/AI: | 01.000647213-78 | |
| Recurso de Revisão: | 40.060149351-50 | |
| Recorrente: | Nexa Recursos Minerais S.A. | |
| | IE: 367219883.03-70 | |
| Recorrido: | Fazenda Pública Estadual | |
| Proc. S. Passivo: | Renato Lopes da Rocha/Outro(s), Clarissa Iasmine Vasconcelos Santos Caetano/Outro(s) | |
| Origem: | DF/Ipatinga | |

Voto proferido pelo Conselheiro Erick de Paula Carmo, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

No que tange ao item da peça recursal, referente à base de cálculo do ICMS corresponder ao efetivo consumo de energia elétrica e, não, ao PLD médio arbitrado pelo Fisco, razão assiste à Recorrente neste ponto.

Primeiro, cumpre salientar que esse entendimento não acarreta a alteração de critério jurídico do lançamento fiscal, pois ele continua se calcando no art. 54, do anexo IX, do RICMS/02, o qual pressupõe “o valor médio das operações no período apurado”, em face da entrada desacobertada de documentação fiscal, que foi averiguada no LEQFID.

Em continuidade à linha de raciocínio, como foi vergastado no parecer da Assessoria e na decisão recorrida, a presente autuação fiscal não decorre da verificação de diferenças na liquidação da energia potencialmente contratada com a efetivamente utilizada, oriundas da posição credora ou devedora da Recorrente no MCP da CCEE.

Como foi asseverado no acórdão recorrido, para que não houvesse duplicidade de cobrança no presente trabalho fiscal, as sobras e os déficits foram decotados do valor líquido de energia consumida pelo estabelecimento autuado na CCEE, por meio da coluna de “Ajustes” do LEQFID.

A comercialização de energia elétrica administrada pela CCEE, no mercado de curto prazo, correspondente à liquidação das diferenças entre a demanda potencialmente contratada e a demanda efetivamente utilizada de energia elétrica, no ACL, representa apenas uma dissociação jurídica em duas etapas de um único fato econômico, isto é, existe a etapa de contratação bilateral entre o gerador livre de energia e o agente de mercado-consumidor livre, bem como a etapa de liquidação das diferenças de energia medida no ponto de consumo do estabelecimento contratante.

Trata-se de uma ficção jurídica criada pela legislação tributária setorial para facilitar a apuração da quantidade de energia elétrica efetivamente consumida pelo estabelecimento contratante, vez que na saída dessa energia elétrica do estabelecimento gerador livre ainda não é possível se saber se observou o limite de carga elétrica contratada, segundo a média de consumo do estabelecimento contratante, o qual se vê obrigado a atualizar continuamente esse patamar de carga, com o escopo de minimizar os prejuízos pela liquidação das diferenças, segundo o preço de liquidação das diferenças (PLD), que é mais caro, pois engloba multas contratuais e encargos efetivos e contingenciais do Sistema Interligado Nacional (SIN).

Por essa razão, as relações multilaterais empreendidas pelos próprios agentes de mercado, cadastrados na CCEE, são intermediadas por ela, de forma a se gerenciar as compensações das sobras e dos déficits de energia apurados de modo mais eficiente, com o escopo de se possibilitar a continuidade da prestação do serviço de utilidade pública. Nesta esteira, a CCEE age como procuradora ou gestora de negócios, no mercado de curto prazo, entre os agentes livres de mercado, que ora figuram como compradores, ora como vendedores das sobras de energia apuradas.

Para o perfeito funcionamento do Sistema Interligado Nacional, o ideal era que a demanda contratada de energia igualasse a demanda utilizada, de modo a não se sobrecarregar o sistema, mediante o acionamento contingencial das usinas termelétricas, devido ao excesso de consumo, ou mediante o aquecimento das linhas de distribuição e potencial danificação dos equipamentos elétricos geradores, no caso dos picos de energia, devido ao consumo inferior ao esperado. Como isso não é possível de ser concretizado, esses ditos “ajustes” de energia elétrica são liquidados pelas suas diferenças, no mercado de curto prazo, com preços justificadamente mais elevados.

Neste sentido, querendo ou não a Recorrente, está implícito em seu contrato bilateral de aquisição de energia elétrica, no ACL, o dever lateral de se submeter aos “ajustes” necessários para o perfeito funcionamento do Sistema Interligado Nacional, quando, então, comercializa as sobras de energia elétrica ou mesmo adquire energia extra para suplantar seu déficit, que foi medido em seu ponto de consumo.

Esses “ajustes” realizados por meio do MCSD (Mecanismo de Compensação das Sobras e dos Déficit) não podem sofrer uma redistribuição de carga consumida entre os estabelecimentos registrados no perfil do agente econômico por meio de planejamento tributário, vez que são rateados proporcionalmente pelos estabelecimentos do agente em posição devedora no MCP, inclusive com a obrigação acessória de se emitir nota fiscal com destaque do ICMS, segundo esses percentuais de rateio da carga de energia adquirida. À CCEE somente interessa o regular funcionamento do SIN no ACL, de modo que não controla e identifica as negociações em leilão de preços de energia do mercado de sobras pelos agentes participantes.

Tanto isso é verdade que o art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 determina a emissão de nota fiscal, modelo 55, tanto para a saída quanto para a entrada de energia do agente econômico cadastrado na CCEE pelo seu valor global, sendo que somente no caso das entradas de energia (posição devedora no Mercado Spot) é que se exige excepcionalmente a emissão da nota fiscal de entrada por estabelecimento, consoante “o rateio da base de cálculo proporcional ao consumo verificado em cada ponto de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consumo associado ao perfil”, *ex vi* do inciso II do § 4º do art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02.

Em linhas mais claras, a redistribuição da aquisição de energia entre os estabelecimentos do mesmo titular cadastrado na CCEE de forma artificial somente é possível no ACL e segundo a demanda potencialmente contratada, prevista nos contratos bilaterais, logo, o PLD (preço semanal divulgado pela CCEE, limitados por preço mínimo e máximo, que é comercializado no mercado de curto prazo), que se cuida de energia mais cara e submetida à leilão no MCP, não reflete o “valor efetivo da operação de aquisição de energia elétrica” pela Recorrente e, de conseguinte, não deve servir como parâmetro de arbitramento pelo Fisco.

Lado outro, o preço de aquisição da energia elétrica, que foi estipulado nos contratos bilaterais da Recorrente de fls. 25/98 (Anexo 5 do Auto de Infração – AI), referentes ao período autuado de 2011, podem servir como parâmetro de arbitramento da base de cálculo do ICMS não recolhido, oriundo das entradas desacobertadas, averiguadas no LEQFID.

Como é possível notar da redação textual do art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, a emissão de nota fiscal, relativa a cada contrato bilateral, pelo agente da CCEE fornecedor de energia elétrica deve ser feita “para cada estabelecimento destinatário”, ao invés de ser pelo valor global e pelo agente, como ocorre no MCP.

Ainda mais esclarecedores são os dispositivos regulamentares dos §§ 2º e 3º do art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, os quais confirmam a possibilidade do planejamento tributário na redistribuição da carga consumida entre os estabelecimentos registrados do perfil do agente na CCEE, apenas na hipótese de negociação no ACL, baseado nos contratos bilaterais, *in litteris*:

RICMS/02 - Anexo IX

Art. 53-E - (...)

§ 2º. - Em caso de contrato globalizado por submercado, o agente deverá emitir as notas fiscais de que trata o inciso I do caput, de acordo com a respectiva distribuição de cargas, ainda que não identificada no contrato, prevista para os pontos de consumo de cada estabelecimento, devendo ser considerada qualquer redistribuição promovida pelo adquirente, entre estabelecimentos de sua titularidade.

§ 3º. O adquirente da energia elétrica objeto dos contratos bilaterais de que trata o caput deve informar ao respectivo agente fornecedor a sua real distribuição de cargas por estabelecimento, bem como suas alterações.”

(Grifou-se)

Por derradeiro, está correta a aplicação das multas fiscais, que observou todos os parâmetros e os patamares exigidos pela legislação estadual vigente. Não cabe a este Conselho o exame de questões constitucionais calcadas no princípio da

razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco, por força do art. 182 da Lei nº 6.763/75.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso de revisão apenas para se alterar o arbitramento da base de cálculo, referente à PLD média, pela base de cálculo arbitrada com fulcro no art. 53-E, inciso II, do Anexo IX do RICMS/02 c/c o art. 54, inciso IX, da Parte Geral do RICMS/02, isto é, o preço médio contratado, previsto nos contratos bilaterais fls. 25/98 (Anexo 5 do AI), ao qual será integrado o montante do próprio imposto, no período autuado; e, ainda, para excluir as exigências fiscais relativas ao estorno de créditos.

Sala das Sessões, 28 de fevereiro de 2020.

Erick de Paula Carmo
Conselheiro