

Acórdão: 23.808/21/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001841576-91
Impugnação: 40.010151355-60
Impugnante: Anglo American Minério de Ferro Brasil S/A
IE: 572740544.02-60
Proc. S. Passivo: RODOLFO DE LIMA GROPEN/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE SAÍDA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se falta de emissão de notas fiscais de saídas correspondentes às operações de disponibilização de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo (MCP), quando em posição credora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando as exigências do art. 53-F, inciso I, do Anexo IX do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c § 2º, II da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo (MCP), quando em posição devedora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando as exigências do art. 53-F, inciso II, do Anexo IX do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII, da Lei nº 6.763/75.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA – MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. Constatada a falta de recolhimento de ICMS sobre entrada de energia elétrica proveniente do MCP, quando em posição devedora na CCEE, contrariando as exigências do art. 53-F, § 2º, inciso I, do Anexo IX do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação do art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA - NÃO INCIDÊNCIA/SAÍDA MERCADO DE CURTO PRAZO- CCEE. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes à entrada de energia elétrica que foi posteriormente comercializada no MCP da CCEE, ao amparo da não incidência. Os créditos devem ser estornados, nos termos do art. 71, inciso I, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75.

BASE DE CÁLCULO - CONSIGNADA À MENOR - DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Consignação de base de cálculo menor do que a prevista na legislação em documento fiscal emitido pelas entradas e saídas de energia elétrica, em razão de posição devedora ou credora, respectivamente, no MCP da CCEE, contrariando o disposto no art. 53-F, inciso I e II; §§ 3º e 4º, do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, observado o limitador do § 2º do mesmo dispositivo legal.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1.1) falta de emissão de notas fiscais pela entrada de energia elétrica, em razão de posição devedora na liquidação do MCP da CCEE, contrariando o disposto no art. 53-F, inciso II, do Anexo IX do RICMS/02 c/c a Cláusula Primeira, inciso II, alínea “b”, do Convênio ICMS nº 15/07. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso XXVIII, da Lei nº 6.763/75. As infrações ocorreram nos seguintes períodos de:

- 2016 – janeiro, fevereiro, março, maio e junho;
- 2017 – junho e dezembro;
- 2018 – fevereiro;
- 2019 – julho;
- 2020 – fevereiro, maio, junho e julho.

1.2) falta de recolhimento do ICMS devido pela entrada de energia elétrica, em razão de posição devedora na liquidação do MCP da CCEE, contrariando o disposto no art. 53-F, § 4º, do Anexo IX do RICMS/02 c/c Cláusula Terceira, inciso II, do Convênio ICMS nº 15/07. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. As infrações ocorreram nos seguintes períodos:

- 2016 – janeiro, fevereiro, março, maio e junho;
- 2017 – junho e dezembro;
- 2018 – fevereiro, abril e dezembro;
- 2019 – março, abril, maio, junho e julho;
- 2020 – fevereiro, abril, maio, junho e julho;

2) falta de emissão de notas fiscais pela saída de energia elétrica, em razão de posição credora na liquidação do MCP da CCEE, contrariando o disposto no art. 53-F, inciso I do Anexo IX do RICMS/02 c/c Cláusula Primeira, inciso II, alínea “a”, do Convênio ICMS nº 15/07. As infrações ocorreram nos períodos de:

- 2018 – março e setembro.

3) aproveitamento indevido de crédito de ICMS pela entrada de energia elétrica adquirida em contratos bilaterais, mas não utilizada no estabelecimento e posteriormente comercializada no MCP da CCEE, ao abrigo da não incidência. Os créditos deveriam ter sido estornados, em observância ao disposto no art. 71, inciso I, do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XIII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75, observado, no último caso, o limitador do § 2º do mesmo dispositivo legal. As infrações ocorreram nos períodos de:

- 2018 – março;
- 2019 – agosto, setembro, outubro e novembro;
- 2020 – janeiro e agosto.

4) consignação de base de cálculo menor do que a prevista na legislação em documentos fiscais emitidos pelas saídas (posição credora) e entradas (posição devedora) de energia elétrica decorrentes da liquidação no MCP da CCEE, contrariando o disposto no art. 53-F, incisos I e II; e §§ 3º e 4º, do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, observado o limitador do § 2º do mesmo dispositivo legal. As infrações ocorreram nos seguintes períodos:

- NF Saída (posição credora):
 - 2017 – março, abril, julho, agosto, setembro, outubro e novembro;
 - 2018 – junho, julho e agosto;
 - 2019 – agosto, setembro, outubro novembro e dezembro;
 - 2020 – janeiro e agosto.
- NF Entrada (posição devedora):
 - 2018 – abril e dezembro;
 - 2019 – março, abril, maio e junho;
 - 2020 – abril.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta nos autos do e-PTA, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação ao lançamento realizado. Alega, em muito apertada síntese, o que segue:

- nulidade material da autuação por ausência de adequada delimitação da matéria tributável, com conclusões genéricas e falta de motivação, em afronta ao disposto no art. 142 do CTN e violação à garantia constitucional à ampla defesa;

- o estado de Minas Gerais exige indevidamente o cumprimento de obrigações acessórias e principais por parte dos consumidores livres que assumem a

posição de credores e devedores na CCEE, pois eles não praticam, formal e materialmente, a hipótese de incidência do ICMS. Acrescenta que, diante da sistemática da CCEE, são materialmente impedidos de dar saída em energia elétrica;

- não há obrigatoriedade de se acobertar por notas fiscais as operações de liquidação no âmbito da CCEE, pois não representam operações de entrada e saída de energia elétrica, na medida em que não há nova tradição do bem, já que energia é gerada, transmitida e distribuída de forma concomitante, sem nova circulação jurídica no momento da liquidação. Conclui que o ICMS incide apenas sobre a energia efetivamente consumida e transcreve excerto de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto;

- o ICMS incidente sobre a energia elétrica já foi integralmente exigido do fornecedor de energia elétrica, que tem obrigação de emitir mensalmente uma nota fiscal na qual a base de cálculo do imposto é o valor total da energia contratada, nos termos Convênio ICMS nº 15/07;

- quando o consumidor livre assume posição credora junto à CCEE, a energia que não foi consumida também não foi adquirida e tampouco poderia ser transferido a terceiros, inexistindo “saída” de energia elétrica;

- não é contribuinte do imposto nas operações com energia elétrica, pois não pratica a circulação da mercadoria com habitualidade ou volume que caracterize intuito comercial. Acrescenta que a efetivação das liquidações na CCEE são simplesmente exigências regulatórias;

- não há que se exigir estorno de créditos de ICMS, pois como a energia se exaure no consumo (na operação anterior à liquidação na CCEE) é impossível uma nova operação de saída ao abrigo da não incidência;

- não há diferença de base de cálculo nos documentos fiscais emitidos para acobertar as operações de entrada e saída relativas às posições devedora e credora, respectivamente. Acrescenta que os relatórios da CCEE com o resultado do Balanço Energético no Mercado de Curto Prazo (apresentados para alguns dos meses autuados) demonstram que a base de cálculo utilizada pela Autuada está correta;

- requer perícia fiscal, caso a metodologia de apuração da Autuada seja considerada incorreta. Apresenta quesitos à pág. 16 da Peça de Defesa. Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação incluída como anexo nos autos do e-PTA, págs. 151/175, refuta integralmente as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 09/06/21, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se

extrapauta para o dia 15/06/21. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

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.

Das Preliminares

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante aduz que o lançamento é nulo por ausência de adequada delimitação da matéria tributável, com conclusões genéricas e falta de motivação, em afronta ao disposto no art. 142 do CTN e violação à garantia constitucional à ampla defesa.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Observe-se o dispositivo do CTN citado:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Como se vê, a realização do lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação de todos os elementos do crédito tributário, inclusive a sujeição passiva, propondo ao final a penalidade aplicável, exatamente como ocorreu no presente caso.

A análise dos autos confirma a presença de todos esses elementos exigidos pela legislação tributária, capazes de proporcionar a adequada motivação do lançamento e o pleno direito de defesa à Impugnante.

O Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração (fls. 08/15 do Anexo “AI.pdf”), contém os elementos mínimos necessários para que se determine com segurança a natureza das infrações. Nele, a Fiscalização esclarece o procedimento realizado, as infrações constatadas e as exigências delas decorrentes, além de transcrever toda a base legal utilizada para sustentar a cobrança de tributo e penalidades.

Os requisitos mínimos de validade do Auto de Infração, listados nos incisos I a IX do art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, foram todos atendidos no presente no lançamento:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação; II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado; V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - em se tratando de crédito tributário contencioso em PTA em meio físico, a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação.

Integra o Auto de Infração o “Anexo 1 - Operações MCP com CCEE” (planilha Excel anexa ao e-PTA), onde são detalhados todos os documentos e cálculos que deram origem ao presente lançamento.

Tal planilha possui 9 (nove) abas, assim divididas:

- Anexo 1.1 - Pré-fatura CCEE – relatório com os resultados da contabilização no MCP da CCEE de todos os meses do período autuado, fornecido pela CCEE;
- Anexo 1.2 - Consumo CCEE – relatório com as quantidades de energia elétrica consumida pela Impugnante em todos os meses do período autuado, fornecido pela CCEE;
- Anexo 1.3 - DAPI EE – demonstrativo mensal com o valor das entradas de energia elétrica realizadas pela Impugnante, assim como do respectivo crédito de ICMS aproveitado, em todos os meses do período autuado;
- Anexo 1.4 - Percentual Estorno – detalhamento do cálculo do percentual de estorno aplicável em todos os meses em que a Impugnante apresentou posição credora no MCP da CCEE, calculado de acordo com o Índice de Estorno previsto na Resolução nº 4.956/16;
- Anexo 1.5 – Ajustes – ajustes declarados pela Impugnante no Registro E111 da EFD (“Ajuste/benefício/incentivo da Apuração do ICMS”), especialmente os

estornos de crédito de ICMS efetuados em decorrência de posição credora no MCP da CCEE;

- Anexo 1.6 - Notas Fiscais MCP – notas fiscais emitidas pela Impugnante, referentes às liquidações mensais no MCP da CCEE;

- Anexo 1.7 - Sobras e Déf EE – identificação da posição (devedora ou credora) e da participação percentual do estabelecimento da Impugnante na carga total do agente (para fins de rateio do resultado da liquidação), além do detalhamento da base de cálculo e do ICMS a ser recolhido ou estornado em todos os meses do período autuado;

- Anexo 1.8 - Detalhe Cálculo MI – detalhamento do cálculo da multa isolada aplicada em decorrência da divergência da base de cálculo utilizada pela Impugnante em determinados meses do período autuado (art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75);

- Anexo 1.9 – DCT – Demonstrativo do Crédito Tributário, com identificação das parcelas relativas ao ICMS a recolher e a estornar e das multas (de revalidação e isoladas) exigidas.

Tais documentos contém todas as informações necessárias à compreensão e comprovação do lançamento, sendo suficientes para afastar a alegação de nulidade.

Ademais, indubitável que a Impugnante compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante requer a realização de perícia fiscal, caso a metodologia por ela utilizada para apuração da base de cálculo das notas fiscais de entrada e saída de energia elétrica relativas às liquidações da CCEE seja considerada incorreta.

Apresenta 4 (quatro) quesitos à pág. 16 da Peça de Defesa e indica Assistente Técnica. Em resumo, tais quesitos discutem a metodologia adotada pela Fiscalização para se chegar ao preço do Mega watt-hora (MWh) utilizado na apuração do valor da acusação fiscal de utilização de base de cálculo inferior à prevista na legislação.

Em outras palavras, a Defesa entende que as notas fiscais de entrada e saída emitidas pela Autuada para acobertar o resultado mensal da liquidação na CCEE possuem valores corretos, em consonância com os relatórios financeiros emitidos por tal entidade, e que a Fiscalização estaria alterando indevidamente o preço do MWh para chegar às supostas diferenças de base de cálculo. Para comprovar suas alegações, anexa à Peça de Defesa o documento denominado “Doc. 02 – Contabilização”, que é uma cópia de parte do relatório “BEG001 – Balanço Energético”, emitido pela CCEE, referente aos alguns dos meses autuados.

Analisando os quesitos apresentados, nota-se que a Impugnante está se confundindo em relação à forma de se apurar os valores a serem inseridos nos documentos fiscais emitidos pela entrada e saída de energia elétrica no MCP da CCEE, pois tal procedimento de apuração não envolve cálculo de valor de MWh por parte da Fiscalização.

O BEG001 é um dos relatórios mensais disponibilizados mensalmente pela CCEE aos Agentes (Fornecedores e Consumidores) que operam no mercado livre. No caso da Autuada, um Agente Consumidor, o relatório contém informações sobre o consumo total de energia elétrica de cada um dos estabelecimentos de mesma titularidade que compõem o seu Perfil, a distribuição desse consumo nos patamares de carga (leve, médio e pesado) em cada semana, o total de contratos bilaterais de aquisição registrados pelo Agente junto à CCEE, além do PLD utilizado na liquidação.

Saliente-se que esse relatório é elaborado exclusivamente pela CCEE, com base nos documentos apresentados pelos Agentes (contratos bilaterais) e nas normas que regulam o Ambiente de Contratação Livre (ACL) de energia elétrica, além de regulamentos específicos emitidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), sem qualquer participação ou interferência do Fisco.

Para melhor compreender o processo de elaboração desse relatório, faz-se necessário uma pequena introdução a respeito da realidade adjacente que lhe dá origem.

No mercado cativo, em que o consumidor adquire energia elétrica diretamente da concessionária que atua em sua região, o valor mensal a ser pago depende apenas de duas variáveis: quantidade de energia consumida (apurada pelo “relógio medidor) e valor (preço) de cada unidade consumida (o qual é controlado pela ANEEL e já engloba todos os encargos que compõem o preço final).

Multiplicando-se “quantidade” x “preço”, obtém-se o valor da fatura mensal a ser paga por esse consumidor, a popular “conta de luz”. O horário de consumo da energia elétrica é irrelevante para o mercado cativo. Lado outro, no mercado livre as regras são diferentes.

Os consumidores livres possuem um relógio medidor especial, diferente daquele utilizado pelos consumidores cativos, que além de mensurar a quantidade de energia elétrica consumida, também identifica o horário em que o consumo foi realizado, totalizando a quantidade consumida a cada intervalo de 15 (quinze) minutos.

No ACL, saber o horário em que se deu o consumo é informação essencial para a correta identificação dos valores que o Agente deve pagar ou receber ao final de cada período (valor da liquidação junto à CCEE). Isso se deve ao fato de que o Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), que é o valor do MWh utilizado pela CCEE no processo de liquidação das sobras e déficit do MCP, não é necessariamente fixo ao longo de todo o período de consumo, variando semanalmente em relação a cada patamar de carga e a cada submercado (Norte, Nordeste, Sudeste/Centro-Oeste e Sul).

Os horários de consumo são classificados em três “patamares de carga”, de acordo com a demanda total do sistema elétrico em cada momento. Os patamares são denominados como “Leve” (horas da madrugada), “Médio” (o que não é leve e nem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pesado - a maior parte do dia) ou “Pesado” (picos de demanda - 2 a 3 horas por dia). Podem ocorrer variações nos períodos de tempo de ocorrência dos patamares “Pesado” e “Leve” de acordo com a região, os dias da semana e as estações do ano.

Para ilustrar a modificação do PLD por patamar e por período semanal, veja-se o relatório BEG001 anexo à Peça de Defesa (págs. 131 do “Doc. 02 – Contabilização.pdf”), que demonstra o PLD para cada patamar de carga no submercado ao qual pertence o Estabelecimento Autuado (Sudeste), nas 5 (cinco) semanas do mês 09/19.

Pode-se verificar que o PLD subiu a cada semana, denotando aumento no custo marginal de produção do MWh ao longo desse mês (setembro geralmente é um mês crítico para os reservatórios do sistema hidroelétrico, pois costuma ser o último do período de “seca” no sudeste, registrando, geralmente, níveis muito baixos nos reservatórios das usinas). Como se verifica da tabela da CCEE constante às págs. 132.

A partir desses valores e dos totais de energia contratada e efetivamente consumida (também informados no BEG001), a CCEE realiza as apurações e liquidações, apresentando a cada Agente uma “Pré-Fatura” (relatório “SUM001 – Sumário de Contabilização), com o valor que ele receberá (posição credora – saída de energia elétrica) ou pagará (posição devedora – entrada de energia elétrica) para o sistema.

Em seguida, conforme determina a legislação, o valor da liquidação apurado pela CCEE será distribuído entre todos os estabelecimentos que integram o Perfil do Agente, na proporção da participação de cada um deles no consumo total do período (o Agente é a pessoa jurídica que possui um Perfil na CCEE; esse Perfil engloba todos os estabelecimentos de mesma titularidade).

O resultado dessa distribuição proporcional representa o valor da nota fiscal de entrada ou saída a ser emitida por cada estabelecimento. Como se viu, o procedimento é realizado integralmente pela CCEE, com base na legislação do setor elétrico, sendo que o valor da liquidação é apenas informado ao Fisco e ao Agente. Não existe uma apuração do valor do MWh a cargo da Fiscalização, para fins de se determinar a base de cálculo dos documentos fiscais, como sugere a Peça de Defesa.

À Fiscalização cabe apenas verificar se os estabelecimentos do Agente que são contribuintes em Minas Gerais emitiram os correspondentes documentos fiscais de entrada ou saída para acobertar o valor da parcela que lhes cabe na liquidação (PréFatura da CCEE), nos termos do art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02:

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

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

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

§ 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.

(...) (Destacou-se)

Assim, para atender à legislação, bastava à Autuada verificar o valor total da Pré-Fatura de liquidação apresentada pela CCEE (coluna “AE” da aba “Anexo 1.1” do Anexo 1), identificar a parcela desse valor que era de responsabilidade do seu estabelecimento, na proporção do seu percentual de carga (coluna “R” da aba “Anexo 1.2”) e emitir a correspondente nota fiscal de entrada (posição devedora) ou saída (credora).

Saliente-se que tal procedimento era de pleno conhecimento da Autuada, pois ao se analisar os 56 (cinquenta e seis) meses que compõem o período fiscalizado (01/01/16 a 31/08/20), nota-se que apesar de as notas fiscais exigidas não terem sido emitidas em alguns meses (itens “1.1” e “2” do tópico “Relatório”), ou terem sido emitidas com base de cálculo inferior à correta em outros (item “4” do tópico “Relatório”), há 13 (treze) meses em que as notas fiscais foram corretamente emitidas, com o valor exato determinado pela legislação, quais sejam:

- Abril e agosto a dezembro de 2016;
- Janeiro, fevereiro e maio de 2017;
- Janeiro, maio, outubro e novembro de 2018;
- Janeiro e fevereiro de 2019;
- Março de 2020.

Para tais períodos, não há exigência de ICMS ou de quaisquer multas, como se pode ver na aba “Anexo 1.9” do Anexo 1, que não possui nenhum valor para tais competências.

A diferença de base de cálculo apurada pela Fiscalização em cada período autuado está listada na coluna “C” da aba “Anexo 1.8”. Ela foi calculada a partir do confronto entre o valor da liquidação da CCEE cabível ao estabelecimento da Autuada (coluna “D” da mesma aba) e o valor das notas fiscais efetivamente emitidas (coluna “T” da aba “Anexo 1.6”), estando corretas as diferenças de base de cálculo apuradas.

Portanto, a infração foi detectada a partir da aplicação de um critério objetivo de caráter estritamente matemático: comparar o valor da NF de entrada ou saída emitida pelo Estabelecimento Autuado com o valor que lhe cabe na liquidação da CCEE relativa ao Perfil do Agente do qual faz parte.

Esta parcela é mensurada pela aplicação do percentual de carga sobre o valor total da liquidação, como determina a legislação. Feitas essas considerações, fica evidente que o teor dos quesitos apresentados no pedido de perícia, questionando a “forma de apuração do MWh para fins de cálculo do valor cobrado no Auto de

Infração” (quesito 1), denota desconhecimento em relação à sistemática do ACL, onde o valor do MWh utilizado nas liquidações (PLD) é determinado pela CCEE, que o utiliza para apurar o valor e a posição (devedora/credora) da liquidação em relação a cada Agente desse mercado.

À Fiscalização cabe apenas exigir a emissão do documento fiscal com base no exato valor apurado pela CCEE, como ocorreu no presente caso. Segundo a doutrina *“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispor do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”* (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil).

Em outras palavras, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, os argumentos e provas carreados aos autos pela Fiscalização e pela Impugnante revelam-se suficientes para a certeza de que as diferenças de base de cálculo apuradas pela Fiscalização realmente existem, conforme se detalhou alhures. Por todo o exposto, o pedido de perícia deve ser indeferido, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPTA, tendo em vista que não há nos autos elementos técnicos que demandem manifestação de especialista par sua compreensão, mas, principalmente, porque o elemento que se quer periciar inexistente nos autos:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

- a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;
- b) de realização impraticável;

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1.1) falta de emissão de notas fiscais pela entrada de energia elétrica no MCP da CCEE, quando em posição devedora. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso XXVIII, da Lei nº 6.763/75;

1.2) falta de recolhimento do ICMS devido pela entrada de energia elétrica no MCP da CCEE, quando em posição devedora. Exigência de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75;

2) falta de emissão de notas fiscais pela saída de energia elétrica no MCP da CCEE, quando em posição credora. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, observado o limitador do § 2º do mesmo dispositivo legal;

3) aproveitamento indevido de ICMS pela entrada de energia elétrica adquirida em contratos bilaterais, mas não utilizada no estabelecimento e posteriormente comercializada no MCP da CCEE, ao abrigo da não incidência. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última em consonância com o limitador do § 2º do mesmo dispositivo legal;

4) consignação de base de cálculo menor do que a prevista na legislação em documentos fiscais emitidos pelas saídas (posição credora) e entradas (posição devedora) de energia elétrica decorrentes da liquidação no MCP da CCEE.

Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, observado o limitador do § 2º do mesmo dispositivo legal.

Inicialmente, cumpre explanar a respeito do funcionamento do processo de comercialização de energia elétrica no Brasil.

Trata-se de informações importantes ao entendimento do trabalho fiscal e da própria lógica do sistema elétrico, as quais foram retiradas do sítio institucional da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (www.ccee.org.br), especificamente dos artigos denominados “Visão Geral das Operações na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica” e “Procedimento de Comercialização PdC CO. 01 - CONTRATOS BILATERAIS”.

Até 1995 o modelo do setor elétrico era composto por empresas verticalizadas, na sua maioria estatais, que englobavam as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Nesse ambiente as tarifas eram reguladas em todos os segmentos não havendo, portanto, competição e os consumidores eram exclusivamente cativos (consumidor que só pode comprar energia elétrica da concessionária ou permissionária da localidade de sua instalação).

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

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, do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) e de 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).

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 Ambiente de Contratação Regulado como no Ambiente de Contratação Livre. 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 Cativos com tarifas e condições de fornecimento reguladas pela ANEEL.

Com o novo modelo, os Distribuidores têm participação obrigatória no Ambiente de Contratação Regulado, celebrando contratos de energia com preços resultantes de leilões.

Comercializadores

Os Agentes de Comercialização de energia elétrica compram energia mediante Contratos Bilaterais no Ambiente Livre, podendo vender energia aos Consumidores Livres, no próprio Ambiente de Contratação Livre (ACL), ou aos Distribuidores, por meio dos leilões do Ambiente de Contratação Regulado (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 Cativos

São aqueles que só podem comprar energia elétrica da concessionária/permissionária que detém a concessão do serviço de distribuição de energia elétrica para a localidade na qual se encontra instalado, ficando submetido à tarifa e condições de fornecimento estabelecidas pela ANEEL.

Consumidores Livres

São os Consumidores que, atendendo os requisitos da legislação vigente, podem escolher seu fornecedor de energia elétrica (Agentes de geração e Comercializadores) mediante 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 Regulado (ACR) e Ambiente de Contratação Livre (ACL).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A contratação no Ambiente de Contratação Regulado é formalizada por 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 Ambiente de Contratação Livre, 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 por Contratos Bilaterais (ou Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre - CCEAL).

Os CCEALs são negociados livremente entre duas partes e firmados entre os Agentes contratantes, sem a participação da ANEEL ou da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. 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. 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 Ambiente de Contratação Regulado como os do Ambiente de Contratação Livre são registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica 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 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e de acordo com condições contratuais específicas.

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.

Conforme disposto no inciso 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, nesse caso, mediante contratos de compra de energia ou de potência.

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.

Por fim, esse modelo retomou a obrigatoriedade de todos os Agentes apresentarem 100% (cem por cento) da contratação efetuada, inclusive Consumidores Livres, havendo a possibilidade de aplicação de penalidades para quem não observasse esse item.

Ambiente de Contratação Regulada – ACR

Participam do Ambiente de Contratação Regulado: 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 essa 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 Ambiente de Contratação Livre, 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 por meio de Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre (CCEALs).

Os Consumidores que optem por se tornarem livres, realizando a compra de energia por meio de contratos no Ambiente de Contratação Livre, devem ser Agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica 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.

Em 2004, com a implantação do Novo Modelo do Setor Elétrico, pela Lei nº 10.848/04, foi autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, 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 Câmara de Comercialização de Energia Elétrica é responsável pelo processamento da contabilização da Energia Elétrica produzida e consumida no Brasil, sendo regida por um conjunto de Regras comerciais, complementares e integrantes às Regras de Comercialização, que devem ser cumpridas por todos os Agentes participantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

Todos os contratos firmados bilateralmente entre os Agentes Compradores (Distribuidor, Consumidor Livre) e Agentes Vendedores (Gerador, Comercializador) devem ser registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, entretanto, a sua liquidação ocorre fora desse ambiente, por meio de emissão de fatura entre as partes.

As empresas geradoras, distribuidoras, comercializadoras e consumidoras de energia elétrica registram na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica os montantes de energia contratada, assim como os dados de medição, para que, dessa forma, seja determinado quais as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado.

Considerando-se os contratos e os dados de medição registrados, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica 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.

Em função da preponderância de usinas hidrelétricas no parque de geração brasileiro, são utilizados modelos matemáticos para o cálculo do PLD, que têm por objetivo encontrar a solução ótima de equilíbrio entre o benefício presente do uso da água e o benefício futuro de seu armazenamento, medido em termos da economia esperada dos combustíveis das usinas termelétricas.

A máxima utilização da energia hidrelétrica disponível em cada período é a premissa mais econômica, do ponto de vista imediato, pois minimiza os custos de combustível. No entanto, essa premissa resulta em maiores riscos de déficits futuros. Por sua vez, a máxima confiabilidade de fornecimento é obtida conservando o nível dos reservatórios o mais elevado possível, o que significa utilizar mais geração térmica e, portanto, aumento dos custos de operação.

Com base nas condições hidrológicas, na demanda de energia, nos preços de combustível, no custo de déficit, na entrada de novos projetos e na disponibilidade de equipamentos de geração e transmissão, o modelo de precificação obtém o despacho (geração) ótimo para o período em estudo, definindo a geração hidráulica e a geração térmica para cada submercado.

Como resultado desse processo são obtidos os Custos Marginais de Operação (CMO) para o período estudado, para cada patamar de carga e para cada submercado. O PLD é um valor determinado semanalmente para cada patamar de carga (leve, médio e pesado) com base no Custo Marginal de Operação (custo para se

produzir o próximo MWh necessário ao sistema elétrico), limitado por um preço máximo e mínimo vigentes para cada período de apuração e para cada submercado.

Os preços máximo e mínimo são estabelecidos anualmente pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, criada para regular o setor elétrico brasileiro.

O PLD é utilizado para valorar todas as quantidades de energia contabilizadas e liquidadas na CCEE, que não estejam cobertas por Contratos Bilaterais (CCEALs).

Com base nas informações dos montantes contratados e dos montantes medidos, a contabilização é realizada e os montantes negociados no Mercado de Curto Prazo (também chamado “Mercado Spot”) são calculados.

Dessa forma, pode-se dizer que o Mercado de Curto Prazo é o mercado das diferenças. No referido mercado, as relações são multilaterais, ou seja, todos os Agentes compradores adquirirão energia elétrica do conjunto dos vendedores, sem que haja uma relação direta entre comprador e vendedor.

O Mercado de Curto Prazo assume posição de comprador e vendedor das sobras de energia aos agentes participantes do mercado. Assim, no Mercado de Curto Prazo são realizadas operações envolvendo os montantes de energia elétrica que não são objeto de contratos bilaterais. O Mercado de Curto Prazo, caracterizado pela realização de transações multilaterais, envolve, então, o efetivo fornecimento da energia elétrica em cada período de apuração, que é valorada mediante critérios consistentes na atribuição do preço do Mercado de Curto Prazo (PLD), vigente para cada intervalo definido de tempo e para cada um dos submercados de energia.

As transações realizadas no citado mercado, portanto, **caracterizam-se como operações de compra e venda de energia elétrica** ocorridas durante determinado período de apuração.

A contabilização é efetuada mensalmente conforme prazos e condições estabelecidas em Procedimentos de Comercialização. Ao término da contabilização, são identificadas as posições de cada Agente (devedora ou credora) no Mercado de Curto Prazo, resultando na Pré-Fatura individualizada.

Em seguida, ocorre o Processo de Liquidação Financeira mensal, no qual são efetuados os pagamentos e recebimentos financeiros pelos Agentes. O valor do crédito ou do débito a ser atribuído pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica a um determinado Agente, em razão da venda ou da compra de energia elétrica em um determinado período de apuração, sofre os ajustes previstos pelas Regras do Mercado, homologadas pela ANEEL.

Os ajustes são condições impostas aos Agentes para a realização de operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo. Assim, tais ajustes não correspondem a novas operações de compra e venda de energia elétrica. Os ajustes são realizados por ocasião da contabilização das operações realizadas no Mercado de Curto Prazo e variam conforme a caracterização do Agente como gerador, distribuidor/comercializador ou consumidor.

Tais ajustes são inseridos na Pré-Fatura juntamente com o valor dos créditos ou débitos correspondentes às operações de venda ou compra de energia elétrica realizadas pelos Agentes.

A Pré-Fatura é elaborada sob o ponto de vista da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, pois é ela quem realiza a liquidação, fazendo os pagamentos aos Agentes com posição credora e recebendo os valores dos Agentes com posição devedora.

Esse é, em resumo, o funcionamento do mercado em questão.

Veja-se, então, o que ocorre na matéria tributária, em especial, no caso vertente.

Do Mérito Propriamente Dito

Estorno de crédito – Saída de EE na CCEE – Op. subsequente não tributada

A Defesa afirma que não há que se exigir estorno de créditos de ICMS, pois como a energia se exaure no consumo (na operação anterior à liquidação na CCEE) é impossível uma nova operação de saída ao abrigo da não incidência. Conclui que quando o consumidor livre assume posição credora junto à CCEE, a energia que não foi consumida também não foi adquirida e tampouco poderia ser transferido a terceiros, inexistindo “saída” de energia elétrica.

Entretanto, não lhe assiste razão. Como visto, a partir da publicação da Lei Federal nº 10.848/04, o processo de comercialização de energia elétrica foi substancialmente alterado, saindo do regime de monopólio estatal para o regime livre de comercialização.

Nesse sentido, criou-se a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que, conforme já explanado, registra e administra os contratos firmados entre os Agentes geradores, comercializadores, distribuidores, assim como dos Agentes Consumidores Livres (no caso, a Autuada).

Diante da nova modalidade de comercialização de energia elétrica, os Estados estabeleceram tratamento específico para a energia elétrica comercializada pela CCEE, de forma a garantir isonomia tributária constitucional entre consumidores livres e cativos, exercendo a prerrogativa da competência legislativa plena, prevista no art. 6º do CTN.

Assim, após a efetivação dos ajustes necessários no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ (Convênio ICMS nº 15 de 30/03/07), o Estado de Minas Gerais inseriu no Anexo IX do RICMS/02 as disposições relativas à tributação da energia elétrica e o cumprimento das obrigações acessórias.

No âmbito constitucional, o art. 155, § 2º, inciso II, alínea “b”, da CF/88 prevê a anulação do crédito das operações anteriores, quando a mercadoria for objeto de operação de saída posterior sujeita a não incidência:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

(...)

b) **acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;** (Destacou-se)

Quanto ao tratamento referente aos créditos de ICMS, mormente em relação às hipóteses em que sua utilização é autorizada ou o seu estorno é exigido, trata-se de matéria reservada à lei complementar, nos termos do art. 146, inciso III, alínea "b" da Constituição Federal de 1988:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Ao regulamentar o tratamento aos créditos de ICMS, o legislador complementar assim determinou:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§ 3º **É vedado o crédito** relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a **saída ou a prestação subsequente não forem tributadas** ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

(...)

Art. 21. O **sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto** de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de **saída ou prestação de serviço não tributada** ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

(Destacou-se)

Por sua vez, ao tratar da tributação da energia elétrica, a Lei nº 6.763/75 dispõe da seguinte forma:

Art. 5º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º. O imposto incide sobre:

(...)

4. a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

Quanto ao estorno do crédito, a legislação mineira acompanha a regra constitucional, determinando o estorno do crédito, a teor da regra contida no inciso I do art. 32 da referida lei, *in verbis*:

Art. 32. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

I - for objeto de operação ou prestação subsequente não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou do bem ou da utilização do serviço;

(...)

§ 2º. O valor escriturado para o abatimento sob a forma de crédito será sempre estornado quando o aproveitamento permitido na data da aquisição ou do recebimento de mercadoria ou bem, ou da utilização de serviço, tornar-se total ou parcialmente indevido por força de modificação das circunstâncias ou das condições anteriores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação aos denominados consumidores livres, que é a hipótese dos autos, o art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 assim determina:

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" (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, **o agente de mercado emitirá nota fiscal**, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, **relativamente às diferenças apuradas:**

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

(...)

§ 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 caput deste artigo, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

Efeitos de 03/08/2007 a 16/09/2014 - Redação dada pelo art. 1º, IV, e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 44.587, de 02/08/2007:

"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;"

Art. 53-F. - Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do MCSD, **o agente emitirá nota fiscal, modelo 55**, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da nota de liquidação financeira ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, deverá requerer a emissão de nota fiscal avulsa, relativamente às diferenças apuradas:

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.

(...)

§ 2º - **O agente**, exceto o consumidor livre, especial e o autoprodutor, quando estiver enquadrado na hipótese do inciso II do caput, **deverá emitir a nota fiscal, modelo 55, sem destaque de ICMS.** (Destacou-se)

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/08/2018 - Redação dada pelo art. 2º, VII, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008:

“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” (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:”

Efeitos de 03/08/2007 a 31/08/2018 - Redação dada pelo art. 1º, IV, e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 44.587, de 02/08/2007:

“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.

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

Efeitos de 24/07/2009 a 31/08/2018 - Redação dada pelo art. 2º, II, e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.143, de 23/07/2009:

“§ 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:”

Efeitos de 17/09/2014 a 31/08/2018 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 46.600, de 16/09/2014:

“I - o destaque do ICMS, quando for emitida por consumidor livre ou por autoprodutor enquadrado na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo, vedado o destaque do imposto nos demais casos;”

(Grifou-se)

A legislação tributária do Estado de Minas Gerais, por meio do art. 71, inciso I do RICMS/02, reafirma a necessidade de se estornar o crédito de ICMS decorrente da entrada de mercadoria que for objeto de saída subsequente alcançada pela isenção ou pela não incidência:

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

I - vierem a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta, observado o disposto no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º deste artigo e no artigo 74 deste Regulamento;

(...)

§ 2º. O valor escriturado para o abatimento sob a forma de crédito será sempre estornado quando o aproveitamento permitido na data da aquisição ou do recebimento de mercadoria ou bem, ou da utilização de serviço, tornar-se total ou parcialmente indevido por força de modificação das circunstâncias ou das condições anteriores, ressalvadas as disposições em contrário previstas neste Regulamento.

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, na Lei Complementar nº 87/96, na Lei Estadual nº 6.763/75 e no próprio RICMS/02, foi editada a Instrução Normativa SUTRI nº 03, de 04/05/09, que dispõe:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI Nº 03, DE 04 DE MAIO DE 2009. (MG de 05/05/2009)

Dispõe sobre as obrigações, principal e acessória, a serem observadas pelos agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nas liquidações no Mercado de Curto Prazo.

O DIRETOR DA SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo art. 231 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, e

considerando que a Constituição da República de 1988, na alínea "b" do inciso X do § 2º do art. 155, determina a não-incidência do ICMS nas operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

considerando que o inciso I do art. 21 da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, dispõe que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

considerando que o item 4 do § 1º do art. 5º da Lei 6763, de 26 de dezembro de 1975, estabelece que incide ICMS na entrada de energia elétrica, em território mineiro, quando não destinada a comercialização;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considerando que o inciso I do § 2º do art. 53-F da Parte 1 do Anexo IX do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, estabelece que o contribuinte deverá emitir nota fiscal sem destaque do ICMS pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora no Mercado de Curto Prazo, equiparando o tratamento tributário dispensado nesta hipótese à saída de energia elétrica em operação interestadual;

considerando que o § 4º do art. 53-F da Parte 1 do Anexo IX do RICMS, estabelece que o consumidor livre ou autoprodutor, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, deverá emitir nota fiscal com destaque do ICMS pela entrada de energia elétrica;

considerando que o § 4º do art. 53-F da Parte 1 do Anexo IX do RICMS também estabelece que havendo mais de um ponto de consumo, deverá ser observado o rateio proporcional do resultado da liquidação, excluindo-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto, segundo as medições verificadas em cada estabelecimento para definição da base de cálculo, à qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

considerando que em função da sistemática utilizada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) podem ocorrer situações em que serão consolidadas posições de estabelecimentos com perfis de consumo e geração em um mesmo período de apuração, sob um único número de registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

considerando que todas as parcelas cobradas na liquidação financeira, remuneratórias da energia elétrica, dentro do sistema de contabilização da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, por integrarem o custo da operação do próprio mecanismo de alocação da energia elétrica, em um sistema de rateio, consequência da impossibilidade de identificar as contrapartes nas transações do mercado de curto prazo, compõem a base de cálculo do ICMS;

considerando a necessidade de uniformizar a interpretação a ser observada pelos agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE);

considerando, por fim, a necessidade de orientar os contribuintes, os servidores e os profissionais que atuam na área jurídico-tributária quanto à correta interpretação da legislação tributária, dirimindo as dúvidas sobre o cumprimento de obrigações tributárias nas operações com energia elétrica no âmbito da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Câmara de Comercialização de Energia Elétrica,
RESOLVE:

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.

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.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, aos 04 de maio de 2009; 221º da Inconfidência Mineira e 188º da Independência do Brasil.

GLADSTONE ALMEIDA BARTOLOZZI

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretor da Superintendência de Tributação
(Destacou-se)

Com base nessa regulamentação, adotada por força de 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.

De acordo com a Consulta de Contribuintes nº 158/07, formulada pela Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais – FIEMG, entidade representativa da classe econômica à qual pertence a Autuada, “... o Convênio ICMS 15/2007, ao disciplinar as operações referentes às liquidações no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, procurou se abstrair do tratamento tributário ordinariamente aplicado à hipótese, adotando um regime peculiar. O tratamento dispensado por este Convênio equiparou as saídas e aquisições de energia elétrica relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE às operações interestaduais em relação a determinados efeitos tributários.”

Observa-se que, por força da legislação específica, a posição devedora ou credora em determinado período (mensal) é informada pela CCEE, em relatório próprio, denominado “Pré-Fatura”, no qual são discriminados valores financeiros correspondentes à pessoa jurídica como um todo, independentemente da quantidade de estabelecimentos de mesma titularidade.

Dessa forma, quando na condição 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 possuía sobras de energia, situação em que há a obrigatoriedade de emitir nota fiscal de entrada com destaque do imposto.

Por outro lado, quando na condição superavitária (posição credora), o Consumidor Livre recebe da CCEE pela energia que foi disponibilizada por ele, para consumo de outros Agentes, situação em que há a obrigatoriedade de emitir, no período da efetiva liquidação financeira, nota fiscal sem destaque de ICMS, para registro da saída da energia elétrica, bem como estornar o imposto creditado, nos termos do inciso I do art. 71 do RICMS/02.

A metodologia para se calcular o valor do crédito a estornar em razão de saídas de energia elétrica ao abrigo da não incidência no âmbito de liquidações no MCP da CCEE foi definida pela Resolução nº 4.956/16, especialmente em seu art. 3º, inciso I e §§ 1º e 2º:

Art. 3º - Na hipótese do perfil de agente apresentar posição credora e o seu Balanço Energético apresentar valor positivo, caracterizando disponibilização de energia elétrica para o mercado, todos os estabelecimentos a ele associados deverão:

I - estornar o valor correspondente à aplicação do Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido, a que se refere o § 2º, sobre o crédito

do imposto apropriado, relativo às entradas de energia elétrica no estabelecimento, no período de referência da liquidação financeira;

II - recolher o valor correspondente à aplicação do Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido, a que se refere o § 2º, sobre o valor do imposto diferido na operação anterior, relativo às entradas de energia elétrica no estabelecimento, no período de referência da liquidação financeira.

§ 1º - Para efeito do disposto neste artigo, considera-se Balanço Energético o resultado, em quantidade de energia elétrica, no período de referência da liquidação financeira, das operações de compra, venda, geração e consumo de energia elétrica do perfil de agente, cujo valor será apurado da seguinte forma:

$$\text{BE} = \text{TGG} + \text{MRE} - \text{TGGC} - \text{TRC} - \text{CVT} + \text{CCT}$$

onde:

I - BE é o Balanço Energético;

II - TGG é a geração total;

III - MRE é a consolidação do Mecanismo de Realocação de Energia;

IV - TGGC é o consumo da geração;

V - TRC é o consumo total;

VI - CVT são os contratos de venda total;

VII - CCT são os contratos de compra total.

§ 2º - Para efeito do disposto neste artigo, **considera-se Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido o resultado positivo da divisão do valor obtido no Balanço Energético pela quantidade total de energia elétrica adquirida mediante contratos registrados na CCEE pelo perfil de agente no período.** (Destacou-se)

A metodologia leva em consideração as quantidades de energia elétrica adquirida e efetivamente consumidas e não os valores das operações de entrada e saída, o que se mostra consentâneo com a estrutura do ICMS.

Para exemplificar a forma de implementação do estorno de crédito prevista na citada resolução, imagine-se a seguinte situação: um determinado Agente Consumidor adquiriu, em contratos bilaterais, um total de 1000 MWh, no valor total de R\$ 200.000,00, com crédito do imposto de R\$ 36.000,00 (18%).

Durante o mês, consumiu apenas 700 MWh em seu estabelecimento. Os 300 MWh remanescentes foram liquidados na CCEE. Aplicando-se os critérios previstos nos §§ 1º e 2º do art. 3º, o resultado será um Índice de Estorno de “0,3”, ou seja, um estorno de 30% do crédito apropriado (30%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esse índice nada mais é do que a participação percentual da energia adquirida e não consumida em relação ao total adquirido ($300/1000 = 0,3$ ou 30%).

Assim, serão estornados 30% do crédito apropriado pelas entradas de energia elétrica ($R\$ 36.000,00 \times 0,3 = R\$ 10.800,00$).

Como demonstram as colunas “U” a “X” da aba “Anexo 1.7” do Anexo 1, nos meses de março de 2018, agosto a novembro de 2019, janeiro e agosto de 2020, a Autuada não observou a legislação e deixou de estornar, total ou parcialmente, o crédito de ICMS ao qual não fazia *jus*.

Por essa razão, correto o estorno de crédito procedido pela Fiscalização.

A Impugnante afirma que o estado de Minas Gerais exige indevidamente o cumprimento de obrigações acessórias e principais por parte dos consumidores livres que assumem a posição de credores e devedores na CCEE, pois eles não praticam, formal e materialmente, a hipótese de incidência do ICMS.

Acrescenta que, diante da sistemática da CCEE, são materialmente impedidos de dar saída em energia elétrica.

Aduz que não há obrigatoriedade de se acobertar por notas fiscais as operações de liquidação no âmbito da CCEE, pois não representam operações de entrada e saída de energia elétrica, na medida em que não há nova tradição do bem, já que energia é gerada, transmitida e distribuída de forma concomitante, sem nova circulação jurídica no momento da liquidação.

Conclui que o ICMS incide apenas sobre a energia efetivamente consumida e transcreve excerto de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto.

Entretanto, mais uma vez, razão não lhe assiste.

A energia elétrica é um bem incorpóreo que, para fins de incidência do ICMS, foi classificado como mercadoria pela CF/88, a qual ainda considera imunes as operações interestaduais realizadas com tal mercadoria, tudo nos termos do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” e § 3º, da CF/88:

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

(...)

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

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidir

(...)

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

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Destacou-se)

Como bem salienta a Defesa, a energia elétrica possui certas particularidades, como a impossibilidade de ser estocada, de forma que geração, transmissão, distribuição e consumo ocorrem simultaneamente.

A interrupção ou perda de conexão de quaisquer uma dessas etapas faz cessar a circulação física da energia elétrica.

De fato, a contratação de energia elétrica no pelos Agentes Consumidores no Ambiente de Contratação Livre (ACL) não pressupõe a entrega física de energia pelos Agentes Vendedores que firmaram os contratos, podendo a energia ser entregue por outro Agente da CCEE, conforme estabelecido no art. 7º, § 1º, da Resolução Normativa ANEEL nº 109/04:

Art. 7º Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.

§ 1º Os contratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que **a responsabilidade contratual pela entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato.** (Destacou-se)

No entanto, o trecho em destaque, inserido pela Resolução Normativa ANEEL nº 348/09, apenas explicita a realidade que sempre existiu: a responsabilidade contratual do Agente Vendedor pela entrega da energia se mantém, independente da entrega física ao ponto de consumo. Na prática, toda a energia contratualmente comercializada pelo Agente Fornecedor deve ser gerada e inserida no sistema, independentemente do efetivo consumo pelo adquirente (sobre o qual o vendedor não possui nenhum controle).

Posteriormente, o “acerto” financeiro entre o Agente Consumidor que adquiriu a energia elétrica (mas não a consumiu) e o Agente Consumidor que

consumiu a energia (mas não a adquiriu) será realizado pela CCEE, por meio da liquidação das sobras e déficits no MCP.

O voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no Recurso Especial (RESP) n.º 960.476, citado pela Impugnante, corrobora o entendimento de que as operações de liquidação no MCP da CCEE são tributadas, pois afirma que o ICMS deve incidir sobre todo o valor da energia elétrica efetivamente consumida. A liquidação da CCEE trata exatamente de energia efetivamente consumida, cuidando apenas de especificar quem foi o Agente Consumidor que realizou esse consumo.

No ACL, o preço da energia elétrica é formado por uma parte fixa (paga diretamente ao Agente Fornecedor pelo Agente Consumidor) e uma parte variável (diversos encargos e ajustes inseridos na Pré-Fatura de liquidação, pagos à CCEE, que são utilizados para remunerar os produtores segundo critérios estabelecidos na legislação do sistema elétrico).

A tese da não incidência do ICMS nos valores relativos à liquidação do MCP da CCEE não encontra amparo na legislação vigente no país e, na verdade, não resiste a um teste simples de consistência fática e jurídica.

Considere-se um caso hipotético em que um Agente Consumidor, para um determinado mês, registre na CCEE a aquisição de 1.000 MWh (operação tributada) de um Agente Fornecedor, por meio de contrato bilateral (CCEAL) e que seu consumo de energia elétrica no período tenha sido de 1.200 MWh.

A princípio, mesmo antes da contabilização de qualquer encargo, sua posição na CCEE seria **devedora** no valor equivalente aos 200 MWh não adquiridos em contratos bilaterais, sendo o valor calculado a partir do PLD.

A despeito de sua contratação ter sido inferior ao seu real consumo no mês analisado, a demanda do Agente Consumidor não deixou de ser atendida quando ultrapassou a quantidade contratada, pois o Sistema Interligado Nacional (SIN) proporciona o incremento de fornecimento de energia elétrica à medida que a demanda cresce no sistema, **independentemente do total de energia previamente contratada pelos Agentes Consumidores**.

De forma simplificada, isso é possível porque o Operador Nacional do Sistema (ONS) faz o controle em tempo real da demanda do sistema elétrico, acionando usinas geradoras para aumentar a produção (como seria a necessidade no presente exemplo) ou para reduzi-la, de forma que a produção e o consumo sejam sempre compatibilizados, respeitadas algumas restrições do SIN (especialmente, no que tange à capacidade de transmissão em longa distância).

Se assim não o fosse (atendimento a todo o consumo de energia elétrica, independentemente de contratação prévia), o fornecimento de energia ao Agente Consumidor do exemplo seria interrompido no exato momento que seu consumo mensal atingisse os 1.000 MWh contratados, deixando seu estabelecimento “à luz de velas”.

Ele seria obrigado a realizar uma contratação adicional, mediante nova operação de aquisição de energia junto a um Agente Fornecedor (no exemplo, um

contrato de cerca de 200 MWh), mantendo sua atividade interrompida até ultimar o procedimento e registrar o novo CCEAL junto à CCEE.

O modelo do SIN foi estruturado exatamente para evitar interrupções desse tipo, mantendo-se o fornecimento constante de energia elétrica, independentemente de haver ou não contratação prévia dos volumes utilizados pelos consumidores.

No ACL, o consumo superior ou inferior aos volumes contratados, caso não seja “ajustado” em até 45 (quarenta e cinco) dias após o fim do período, mediante contratações de novos volumes ou vendas de excedentes em contratos bilaterais, será liquidado no MCP da CCEE, acarreta punições pecuniárias aos Agentes que consumiram energia elétrica “a descoberto”.

Ressalte-se que, na hipótese de se adotar o anacrônico modelo do exemplo com interrupção do fornecimento ao se atingir o total previamente contratado, não haveria qualquer dúvida a respeito da incidência do ICMS sobre o novo volume contratado (200 MWh), o que demonstra o equívoco de base existente na tese de que a liquidação realizada pela CCEE não seria uma hipótese de incidência do ICMS.

Trata-se de compra e venda de energia elétrica, exatamente como se daria num contrato bilateral, tendo sido alterados apenas a forma e o momento do pagamento.

Para que o Agente Consumidor pudesse consumir 200 MWh adicionais, que não foram previamente contratados, algum Agente Fornecedor produziu 200 MWh adicionais que não foram previamente comercializados (e, portanto, ainda não foram pagos).

Assim, ao invés de o Agente Consumidor firmar um CCEAL e pagar diretamente a um Agente Fornecedor pela energia elétrica, ele pagará à CCEE por meio da liquidação. A CCEE cuidará de identificar o Agente Fornecedor que supriu tal consumo, repassando-lhe o pagamento pela mercadoria por meio de sua própria liquidação.

A CCEE é o elo de ligação, o agente intermediário que recebe o pagamento pela energia elétrica adicional utilizada pelo Agente Consumidor sem contrato prévio, repassando esse pagamento ao Agente Fornecedor que a produziu essa energia, tudo isso, via liquidação no MCP.

Indubitável que se está diante de uma operação de compra e venda de energia elétrica, realizada entre um Agente Consumidor e um Agente Fornecedor, apenas intermediada pela CCEE, por meio do procedimento de contabilização e liquidação das sobras e déficits.

As parcelas da liquidação que não representam remuneração pela energia elétrica estão expressamente excluídas das notas fiscais de entrada e saída a serem emitidas e, conseqüentemente, da incidência do ICMS no caso de posição devedora, como consta do art. 53-F, inciso I e II; e § 1º, do Anexo IX do RICMS/02:

Art. 53-F. - Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do MCSD, o agente emitirá nota fiscal, modelo 55, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da nota de liquidação financeira ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, deverá requerer a emissão de nota fiscal avulsa, **relativamente às diferenças apuradas:**

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

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

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCS D, deve ser observado o valor final da contabilização da CCEE por perfil do agente e **excluídas as parcelas relativas aos ajustes de inadimplência, já tributados em liquidações anteriores, bem como os respectivos juros e multa moratórios** lançados no processo de contabilização e liquidação financeira.

(Destacou-se)

A liquidação de energia elétrica no MCP da CCEE cumpre exatamente a função de permitir que Agentes Consumidores adquiram sua energia no ACL (por meio de contratos bilaterais) a preços competitivos e que, posteriormente, eventuais diferenças entre o contratado e o efetivamente consumido possam ser liquidadas no âmbito da CCEE, cobrando-se dos consumidores e remunerando-se os produtores, inclusive no que tange à parcela do preço da energia elétrica que não é pago diretamente ao Agente Fornecedor, em razão da estrutura legal adotada a partir de 1996, os chamados “encargos setoriais”.

Por todo o exposto, com a devida vênia aos entendimentos da Defesa e do eminente Ministro Relator do STJ no RESP nº 1.615.790, a afirmação de que as operações de liquidação realizadas no âmbito do MCP da CCEE não são hipótese de incidência do ICMS afronta conceitos básicos do sistema energético brasileiro e do ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de ser um bem incorpóreo, a energia elétrica foi classificada pela CF/88 como mercadoria (e não como direito), razão pela qual o aspecto quantitativo do fato gerador do ICMS relativo à sua comercialização engloba o valor total da operação de saída de mercadoria (art. 13, inciso I, da LC nº 87/96), como se dá em relação a qualquer outra mercadoria corpórea.

Não há fundamento jurídico para se condicionar a hipótese de incidência do imposto a elementos que não foram contemplados pela norma constitucional, tais como o momento e a forma de pagamento do preço. Além disso, como se viu, os encargos setoriais notoriamente representam remuneração pela energia elétrica produzida.

O valor pago à CCEE é utilizado para remunerar produtores, especialmente no que tange aos elevados custos adicionais de produção decorrentes do acionamento de usinas termoeletricas (a gás natural, a carvão e a óleo diesel), assim como para

subsidiar energia limpas, mas mais caras (como a eólica, a solar e a biomassa), garantindo que elas possam ser adequadamente remuneradas e incentivadas.

Esse modelo evita que o custo da energia, especialmente para os consumidores cativos (essencialmente residenciais), sofra grandes oscilações em razão de fatores como a escassez hídrica, não deixando dúvida de que mesmo os encargos setoriais também são remuneração por energia elétrica produzida, que apenas não são pagos diretamente pelo Agente Consumidor ao Agente Fornecedor, posto que seu valor só se torna conhecido após período de consumo, a depender de eventos incertos (como a chuva) ao longo desse período.

A prosperar o exótico entendimento da não incidência de ICMS sobre a liquidação na CCEE, resta fácil perceber que para burlar a tributação, bastaria aos Agentes Consumidores subdimensionar suas demandas, firmando contratos bilaterais com quantidades muito inferiores às suas necessidades reais, deixando que praticamente todo o seu consumo mensal fosse liquidado junto ao MCP da CCEE (sem ICMS, segundo a tese defendida pela Defesa e esposada no citado RESP).

Nesse cenário, tornar-se-iam letra morta os textos da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 87/96, que determinam a incidência do ICMS nas operações com energia elétrica.

Como “bônus”, ainda haveria uma completa desestabilização da segurança energética do país, que está alicerçada na previsibilidade do consumo, mediante contratação prévia da energia elétrica, de forma a permitir um planejamento multianual quanto aos investimentos em geração, transmissão e distribuição, capazes de evitar que situações como a do “apagão de 2001” voltem a se repetir.

Ademais, é flagrantemente ilegal e inconstitucional um cenário onde Agentes Consumidores que adquiram energia elétrica via CCEALs paguem ICMS sobre a mercadoria, enquanto outros Agentes Consumidores, que adquiram exatamente a mesma mercadoria via liquidação na CCEE (sem firmar contratos bilaterais), não paguem o ICMS.

É despiciendo qualquer conhecimento jurídico especial para se constatar a existência de ofensa à garantia constitucional do art. 150, inciso II, da CF/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

(Grifou-se)

Por fim, analisando a situação de forma estritamente objetiva, no presente momento, como já se demonstrou, a legislação em vigor não deixa dúvidas quanto à tributação das operações de liquidação (comercialização) de energia elétrica no âmbito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do MCP da CCEE, razão pela qual devem ser afastados os argumentos da Peça de Defesa.

A Defesa afirma que o ICMS incidente sobre a energia elétrica já foi integralmente exigido do fornecedor, que tem obrigação de emitir mensalmente uma nota fiscal na qual a base de cálculo do imposto é o valor total da energia contratada, nos termos Convênio ICMS nº 15/07.

Entretanto, mais uma vez razão não lhe assiste.

De fato, os Agentes Fornecedores de energia elétrica são responsáveis, em relação a cada contrato bilateral, por emitir a nota fiscal e recolher o ICMS para o estado de destino da mercadoria, no caso de incidência do imposto, conforme determina o Convênio ICMS nº 15/07.

Entretanto, como se viu anteriormente, a liquidação que resulte em posição devedora (emissão de nota fiscal de entrada e recolhimento de ICMS) envolve consumo de energia **superior aos montantes contratados e encargos que não foram pagos diretamente ao Agente Fornecedor**, mas que representam remuneração pela energia elétrica.

Portanto, tais valores não estão incluídos na nota fiscal emitida pelo fornecedor, ao contrário do que afirma a Defesa, apesar de serem remuneração pela energia elétrica produzida.

Ademais, o Convênio ICMS nº 15/07 estabelece que em relação às liquidações no MCP da CCEE deverá ser emitida nota fiscal de saída em caso de posição credora no MCP e nota fiscal de entrada em caso de posição devedora na CCEE.

Além disso, também determina que o consumidor livre ou autoprodutor é responsável pelo pagamento do imposto quando em posição devedora.

Trata-se do conteúdo das Cláusulas Primeira e Terceira do citado convênio, *in verbis*:

Cláusula primeira Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE deverá observar o que segue:

I - o agente que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica deverá, **relativamente a cada contrato bilateral**, exceto os termos de cessão gerados pelo Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficit - MCSO do Ambiente de Comercialização Regulado, para cada estabelecimento destinatário:

a) **emitir mensalmente nota fiscal**, modelo 1 ou 1A, ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, requerer a emissão de nota fiscal avulsa;

b) em caso de incidência do imposto, **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;

c) em se tratando de fornecimento a consumidor livre ou a autoprodutor, o ICMS será devido à unidade federada onde ocorrer o consumo, como nas demais hipóteses;

II - relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e às apurações e liquidações do MCS D, o agente emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, deverá requerer a emissão de nota fiscal avulsa, relativamente às diferenças apuradas:

a) **pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora no Mercado de Curto Prazo, ou de fornecedora relativo ao MCS D;**

b) **pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, ou de empresa distribuidora suprida pelo MCS D.**

(...)

Cláusula terceira **Cada estabelecimento de consumidor livre** ou de autoprodutor que se enquadrar no caso do inciso II, "b", da cláusula primeira, **é responsável pelo pagamento do imposto e deverá:**

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 inciso I da cláusula 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;

(Destacou-se)

As regras estabelecidas no Convênio ICMS nº 15/07 foram internalizadas na legislação estadual por meio do art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, já transcrito anteriormente, que possui redação semelhante.

As legislações citadas não deixam dúvidas quanto à obrigatoriedade de emissão das notas fiscais nas operações da CCEE e quanto à incidência do ICMS nas operações de consumidores livres quando em posição devedora. Assim, sem razão o argumento.

A exigência do imposto nas operações no âmbito da CCEE não representa duplicidade de cobrança, como afirma a Defesa.

Conforme já detalhado anteriormente, as liquidações no MCP da CCEE que resultem em posição devedora, representam entrada adicional de energia elétrica, seja porque as quantidades adquiridas pelo Agente Consumidor por meio de CCEALs no ACL não foram suficientes para suprir sua demanda, seja porque esses contratos bilaterais, por disposição legal, não contemplam os encargos setoriais, parcela de remuneração da energia elétrica que somente terá seu valor conhecido após o consumo, o que justifica sua cobrança por meio da liquidação da CCEE, mas que ainda foi tributada até o momento da emissão de nota fiscal de entrada pelo Agente Consumidor em posição devedora.

A Impugnante alega que não é contribuinte do imposto nas operações com energia elétrica, pois não pratica a circulação da mercadoria com habitualidade ou volume que caracterize intuito comercial.

Entretanto, o art. 14, § 2º, da Lei nº 6.763/75 afirma textualmente que os requisitos da habitualidade e do volume que caracteriza intuito comercial não se aplicam à hipótese:

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

(...)

§ 2º Os requisitos de habitualidade ou de volume que caracterize intuito comercial não se aplicam às hipóteses previstas nos itens 3 a 5 e 9 do § 1º do art. 5º. (Destacou-se)

Por sua vez, o item 4 do § 1º do art. 5º da Lei nº 6.763/75 estabelece:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. § 1º O imposto incide sobre:

(...) 4. a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

(Destacou-se)

Portanto, as operações de aquisição de energia elétrica no MCP da CCEE são fatos geradores do ICMS, independente de habitualidade ou intuito comercial do Agente envolvido, devendo ser afastado o argumento.

A Impugnante afirma que não há diferença de base de cálculo nos documentos fiscais emitidos para acobertar as operações de entrada e saída relativas às posições devedora e credora, respectivamente.

Acrescenta que os relatórios da CCEE com o resultado do Balanço Energético no Mercado de Curto Prazo (apresentados para alguns dos meses autuados) demonstram que a base de cálculo utilizada pela Autuada está correta.

Entretanto, compulsando os autos, observa-se que a Impugnante considerou como base de cálculo das notas fiscais emitidas para acobertar o valor de suas liquidações no MCP da CCEE, valores que não encontram respaldo na legislação sobre o tema.

A Autuada, a fim de justificar os valores consignados em seus documentos fiscais como supostamente corretos, apresentou partes do relatório “BEG001 – Balanço Energético” de alguns meses do período autuado (“Doc. 02 – Contabilização”).

Analisando o tal relatório, nota-se que a Impugnante consignou como base de cálculo nos documentos fiscais emitidos o valor total mensal da coluna “MCP” do “Quadro 1 – BEG001”, relativo a cada mês da contabilização.

Entretanto, esse não é o procedimento previsto nas Cláusulas Primeira e Terceira do Convênio ICMS nº 15/07, no art. 53-F, § 4º, do Anexo IX do RICMS/02 e na IN SUTRI nº 003/09.

Como já destacado, o art. 53-F, § 4º, inciso I do Anexo IX do RICMS define que a base de cálculo da operação será o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE (Valor a liquidar pelo perfil de agente) considerada a regra prevista no § 1º do mesmo artigo que diz que, 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.

Ademais, o art. 53-F, § 4º, inciso II do Anexo IX do RICMS estabelece que em caso de haver mais de um ponto de consumo (caso do perfil de agente que representa a Impugnante na CCEE), deverá ser feito o rateio proporcional do resultado da liquidação segundo as medições verificadas.

A Resolução 4.956, por sua vez, estabelece que:

Art. 1º - Para determinação da posição devedora ou credora do perfil de agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo e às apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits (MCSD), deverá ser considerado o Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente informado pela CCEE.

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora a que se refere o caput, excluem-se do Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente as parcelas que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores, bem como as cobradas a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, os juros bancários

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação.”

§ 2º - As parcelas excluídas na forma do § 1º deverão ter respaldo nos relatórios emitidos pela CCEE.

Art. 2º - Os estabelecimentos do Agente da CCEE emitirão, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da liquidação financeira:

I - quando o perfil de agente ao qual esteja associado apresentar posição devedora, nota fiscal pela entrada de energia elétrica, com destaque do ICMS, no caso de perfil de autoprodutor ou de consumidor livre, observado o disposto no art. 49 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

II - quando o perfil de agente ao qual esteja associado apresentar posição credora, nota fiscal pela saída de energia elétrica, sem destaque do ICMS.

§ 1º - O Valor a Liquidar pelo Perfil do Agente, observado o disposto no § 1º do art. 1º, será distribuído entre os estabelecimentos associados ao perfil de agente da seguinte forma:

I - havendo estabelecimentos consumidores de energia elétrica associados ao mesmo perfil de agente, o valor será distribuído apenas entre esses estabelecimentos e será atribuído a cada um deles na proporção entre a sua carga e o somatório das cargas de todos os estabelecimentos consumidores do perfil no período;

(GRIFOU-SE)

A resolução deixa claro que não é o total mensal do resultado no Mercado de Curto Prazo que deve ser considerado para determinação da posição devedora ou credora e sim o Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente excluídas as parcelas já tributadas em operações anteriores e aquelas que não representem remuneração pela energia elétrica.

Além disso a Impugnante desconsiderou a proporção de sua carga em relação à carga total de todos os pontos de consumo representados pelo perfil de agente na CCEE. O perfil de agente ANGLO MINAS RIO representa dois pontos de consumo na CCEE, sendo um deles a Impugnante.

Portanto, resta demonstrado que o Fisco efetuou corretamente os seus cálculos de acordo com o que prevê a legislação, como demonstrado no anexo 1.7.

Para exemplificar o equívoco da Autuada, tome-se a NF 10.694, emitida em julho de 2016 (referente à contabilização e liquidação do mês de maio de 2016), que possui o valor de R\$ 330.764,63, como se pode ver na linha “4” da aba “Anexo 1.6” do Anexo 1.

Esse valor representa o “Total Mensal” da coluna “MCP R\$” do “Quadro 1 – BEG001” (pág. 02 do Anexo “Doc. 02 – Contabilização”). Entretanto, esse campo possui o valor da energia elétrica liquidada no MCP **antes da inclusão dos encargos setoriais**, como se pode ver na linha “6”, coluna “P”, da aba “Anexo 1.1” do Anexo 1. A coluna “R” dessa mesma linha possui o valor desses encargos setoriais, que foram de “-R\$ 411.624,28” para o mês em comento.

De acordo com a legislação já transcrita, especialmente as Cláusulas Primeira e Terceira do Convênio ICMS nº 15/07, o art. 53-F, § 4º, do Anexo IX do RICMS/02 e a IN SUTRI nº 003/09, os encargos setoriais também fazem parte do resultado final da liquidação, pois, como se viu, representam remuneração pela energia elétrica.

O valor correto da liquidação no MCP da CCEE, a ser utilizado como base para se calcular o valor dos documentos fiscais a serem emitidos pela Autuada, é aquele que consta da coluna “AE” da mesma aba “Anexo 1.1”, que para o mês em análise (maio de 2016) foi de “-R\$ 87.113,74”, observado o percentual de carga do Estabelecimento Autuado no período, que foi de **87,19214509%**, como consta da linha “15”, coluna “R” da aba “Anexo 1.2”.

Multiplicando-se os dois valores, conclui-se que a Autuada deveria ter emitido uma nota fiscal de entrada no valor de **R\$ 75.956,34**, com correspondente recolhimento de ICMS no valor de **R\$ 16.673,34**, apurado mediante inclusão do próprio imposto na sua base de cálculo ($75.956,34/0,82 * 0,18 = 16.673,34$).

Além disso, a legislação determina a exigência da Multa de Revalidação, no valor de **R\$ 8.336,67** (50% do ICMS) e da Multa Isolada do art. 55, inciso XXVIII, da Lei nº 6.763/75, no valor de **R\$ 9.262,97** (10% do valor da operação).

Observe-se, que **esses são exatamente os valores exigidos pela Fiscalização no mês de maio de 2016, como consta da linha “10” da aba “Anexo 1.9 – DCT”**.

Logo, corretas as exigências da Fiscalização, tanto em relação ao ICMS quanto em relação às penalidades aplicadas.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se que as multas de revalidação e isoladas exigidas pela Fiscalização no presente lançamento constituem-se em ato vinculado (conforme estabelece o art. 142 do CTN), estando em plena consonância com a legislação vigente, inclusive observando os limitadores máximos existentes no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, no que tange às penalidades isoladas.

Decisões recentes do Judiciário corroboram o caráter não confiscatório das multas de revalidação e isolada:

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA) AJUSTADA. MAJORAÇÃO DO TRIBUTO VIA DECRETO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL. MULTA. CABIMENTO. CARÁTER CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO.

- CONSOANTE ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTE TRIBUNAL EM SEDE DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.16.063296-4/007, A UTILIZAÇÃO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA) AJUSTADA NÃO CONSTITUI MAJORAÇÃO DE TRIBUTO POR DECRETO, NÃO OFENDENDO, PORTANTO, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- **AS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA TÊM PREVISÃO LEGAL (ART. 55, VII, E 56, II, § 2º, DA LEI 6.763/75), E NÃO VIOLAM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O DO NÃO CONFISCO.** POSSUEM NATUREZA E FUNÇÃO PUNITIVAS, OBJETIVANDO, EM TESE, COIBIR A INADIMPLÊNCIA E GARANTIR A INTEIREZA DA ORDEM JURÍDICA TRIBUTÁRIA.

- RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0000.16.063296-4/003, RELATOR(A): DES.(A) WANDER MAROTTA, 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 06/09/0018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 10/09/2018).

(DESTACOU-SE)

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Luciene Aparecida Silva Franco.

Sala das Sessões, 15 de junho de 2021.

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

D

CCMIG