

Acórdão: 23.829/24/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003802021-99
Impugnação: 40.010158020-94
Impugnante: Ferlig Ferro Liga Ltda -
IE: 477536551.00-93
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA - MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. Constatou-se a falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica decorrentes de posições devedoras apuradas nas liquidações do MCP da CCEE, com correspondente falta de recolhimento do ICMS devido sobre tais operações, contrariando o disposto no art. 53-F, inciso II e § 2º, do Anexo IX do RICMS/02. **Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XXVIII c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.**

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE SAÍDA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se a falta de emissão de notas fiscais relativas às operações de saída de energia elétrica decorrentes de posições credoras apuradas nas liquidações do MCP da CCEE, contrariando as exigências do art. 53-F, inciso I, do Anexo IX do RICMS/02. **Infração caracterizada. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, 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 Mercado de Curto Prazo da CCEE ao amparo da não incidência. Os créditos devem ser estornados, nos termos do art. 71, inciso I, do RICMS/02. **Infração caracterizada. 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” c/c § 2º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.**

Lançamento Procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A atuação versa sobre a contatação, mediante análise da Escrituração Fiscal Digital (EFD), notas fiscais eletrônicas e demonstrativos de liquidação das operações de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo (MCP), emitidos pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), das seguintes irregularidades:

1) falta de emissão de notas fiscais e de recolhimento de ICMS pela entrada de energia elétrica, em razão de posição devedora apurada na liquidação do MCP da CCEE, contrariando o disposto no art. 53-F, inciso II e § 2º, do Anexo IX do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XXVIII, ambas da Lei nº 6.763/75, observado, no último caso, o limitador do § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo legal. As infrações ocorreram nos seguintes períodos de:

- 2019 – agosto, setembro e dezembro;
- 2020 – fevereiro a julho e outubro a dezembro;
- 2021 – janeiro a dezembro;
- 2022 – janeiro a agosto, outubro e dezembro;
- 2023 – janeiro a junho.

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. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, limitada a 10 % (dez por cento) do valor da operação, nos termos do § 2º, inciso II, do mesmo dispositivo legal. As infrações ocorreram nos seguintes períodos de:

- 2019 – julho, outubro e novembro;
- 2020 – janeiro, agosto e setembro;
- 2022 – setembro e novembro.

3) aproveitamento indevido de créditos do 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 (períodos em que se apurou de posição credora e balanço energético positivo). Os créditos deveriam ter sido estornados, em observância ao disposto no art. 71, inciso I, do RICMS/02 c/c art. 3º, inciso I e § 1º da Resolução nº 4.956/16 da SEF/MG. 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, inciso I, do mesmo dispositivo legal. As infrações ocorreram nos períodos de:

- 2019 – julho, outubro e novembro;
- 2020 – agosto e setembro;
- 2022 – setembro e novembro.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, por seu representante legal, Impugnação às págs. 26/37 dos autos.

Afirma, em apertada síntese, o que segue.

- não há incidência de ICMS nas operações no MCP da CCEE, uma vez que não há compra e venda de energia elétrica, mas apenas cessão de sobras de energia, que não caracterizam fato gerador do imposto. Cita jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG);

- o fato gerador do ICMS/energia ocorreu em um momento anterior à liquidação, quando a energia foi retirada das linhas de transmissão/distribuição e imediatamente consumida pelo Agente, de forma que a cobrança do imposto sobre as liquidações é uma dupla tributação sobre a mesma mercadoria;

- como não incide ICMS nas operações realizadas no âmbito do MCP da CCEE, também não há que se falar em obrigação acessória de emissão de notas fiscais de entrada ou saída relativas a tais operações, razão pela qual as multas isoladas relacionadas a tal acusação fiscal devem ser excluídas;

- protesta pela produção de prova pericial contábil e informa que indicará Perito no prazo do art. 420 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105/15).

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de págs. 38/73, refuta integralmente as alegações da Defesa.

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 75/94, opina pela procedência do lançamento.

Registre-se, por oportuno, que a elaboração do parecer da Assessoria do CCMG decorre do disposto no art. 146, parágrafo único, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, c/c inciso II do art. 2º da Resolução nº 5.589 de 08/07/22.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação das seguintes infrações:

1) falta de emissão de notas fiscais e de recolhimento de ICMS pela entrada de energia elétrica no MCP da CCEE, quando em posição devedora. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e da Multa Isolada do art. 55, inciso XXVIII, ambos da Lei nº 6.763/75, observado, nesse último caso, o limitador do § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo legal;

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, inciso II, do mesmo dispositivo legal;

3) aproveitamento indevido de créditos 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 (posição credora e balanço energético positivo). 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 limitada conforme o § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

De início, cumpre destacar que a Impugnante protesta pela produção de prova pericial contábil e informa que indicará Perito no prazo do art. 420 e seguintes do CPC (Lei nº 13.105/15).

No entanto, o citado pedido de perícia não está acompanhado de indicação precisa de quesitos, o que impossibilita sua apreciação pelo CCMG, nos termos do art. 142, § 1º, inciso I, do RPTA:

RPTA

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:**

I - **não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;**

(Destacou-se)

Acrescente-se que a perícia é meio especial de prova, que só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os elementos carreados aos autos pela Fiscalização revelam-se suficientes para a elucidação do trabalho realizado, não havendo necessidade de qualquer análise pericial para que se compreenda o lançamento.

Pelo exposto, o pedido de perícia não deve ser conhecido.

Da Falta de Emissão de NF de Entrada e de Recolhimento do ICMS Correspondente

A Defesa aduz que não há incidência de ICMS nas operações no MCP da CCEE, uma vez que não há compra e venda de energia elétrica, mas apenas cessão de sobras de energia, que não caracterizam fato gerador do imposto. Cita jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Acrescenta que o fato gerador do ICMS/energia ocorreu em um momento anterior à liquidação, quando a energia foi retirada das linhas de transmissão/distribuição e imediatamente consumida pelo Agente, de forma que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cobrança do imposto sobre as liquidações é uma dupla tributação sobre a mesma mercadoria.

Afirma, ainda, que como não incide ICMS nas operações realizadas no âmbito do MCP da CCEE, também não há que se falar em obrigação acessória de emissão de notas fiscais de entrada ou saída relativas a tais operações, razão pela qual as multas isoladas relacionadas a tal acusação fiscal devem ser excluídas.

Entretanto, razão não lhe assiste em tais questionamentos.

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, inciso II, § 2º, inciso X, alínea “b” e § 3º, da CF/88:

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 incidirá:**

(...)

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)

A energia elétrica possui certas particularidades, como a impossibilidade de ser estocada em larga escala, 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.

No âmbito do Ambiente de Contratação Livre (ACL), os Agentes Consumidores adquirem energia elétrica de Agentes Fornecedores, que deverão gerar e

inserir no sistema toda a energia elétrica contratualmente comercializada, 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.

Assim, ao contrário do que afirma a Defesa, as operações de liquidação no MCP da CCEE **são tributadas**, na medida em que o ICMS deve incidir sobre o **todo o valor da energia elétrica** efetivamente consumida. A liquidação da CCEE trata exatamente de energia efetivamente consumida, cuidando apenas de especificar quem foi Agente Consumidor que realizou esse consumo e de quem ele adquiriu essa mercadoria.

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, formada por 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 um Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente de Contratação Livre (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 no contrato bilateral firmado, sendo o valor a pagar calculado a partir do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

A despeito de sua contratação ter sido inferior ao seu real consumo no mês analisado, a demanda desse Agente Consumidor não deixou de ser atendida quando ele 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.

Nesse cenário hipotético, o Agente Consumidor 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.

A ilogicidade operacional e a inviabilidade prática desse procedimento saltam aos olhos de qualquer leitor atento.

Por isso, o modelo do SIN foi estruturado exatamente para evitar interrupções desse tipo, mantendo-se o fornecimento constante de energia elétrica a todos os Agentes Consumidores do ACL, independentemente de haver ou não contratação prévia dos volumes por eles utilizados.

No ACL, o consumo superior ou inferior aos volumes contratados, caso não seja “ajustado” no mês subsequente ao do consumo, mediante contratações de novos volumes ou vendas de excedentes em contratos bilaterais com outros agentes, será liquidado no MCP da CCEE, acarretando 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 em CCEAL (1.000 MWh), 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 em qualquer contrato bilateral de compra previamente firmado entres Agentes, tendo sido alterados apenas a forma e o momento do pagamento.

De fato, para que o Agente Consumidor do exemplo possa consumir esses 200 MWh adicionais que não foram previamente contratados, algum Agente Fornecedor tem de produzir 200 MWh adicionais que não foram previamente comercializados (e que, portanto, ainda não foram pagos).

Assim, ao invés de o Agente Consumidor ser obrigado a 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 na sua própria liquidação, momento em que a mercadoria será tributada pela primeira vez.

A CCEE é o elo, o agente intermediário que recebe o pagamento pela energia elétrica adicional utilizada pelo Agente Consumidor sem contrato de compra prévio e repassa para o Agente Fornecedor que produziu essa energia sem um contrato de venda prévio, tudo isso, via liquidação mensal 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 no MCP.

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

RICMS/02 - Anexo IX

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.

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCSD, 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 cobrando-se dos consumidores e remunerando-se os fornecedores, inclusive no que tange à parcela do preço da energia elétrica que não é paga 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 da eminente Primeira Turma do STJ no RESP nº 1.615.790/MG, incluído nas jurisprudências transcritas, 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-tributário pátrio.

Além disso, a afirmação de que a energia elétrica liquidada no MCP da CCEE já sofreu tributação pelo imposto estadual em momento anterior choca-se frontalmente contra os fatos. E o que é ainda pior: permite, por via transversa, o não pagamento de ICMS sobre a aquisição/consumo de parte da energia elétrica transacionada no país, em afronta a todo o arcabouço constitucional, legal e regulamentar relativo à tributação dessa mercadoria.

Isso, porque 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 de parte do preço (encargos).

Além disso, como se viu, os encargos setoriais notoriamente representam remuneração pela energia elétrica produzida, pois 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. Eles apenas não são pagos diretamente pelo Agente Consumidor ao Agente Fornecedor, visto que seu valor só é conhecido no momento do consumo e depende de fatores incertos, como por exemplo, o volume de chuvas.

A prosperar o exótico entendimento da não incidência de ICMS sobre a liquidação na CCEE, indevidamente se deixaria de tributar tanto as quantidades de energia adquiridas por meio da liquidação da CCEE (conforme exemplo anterior), assim como a parcela do preço da energia consumida no estabelecimento (adquirida bilateralmente + adquirida via CCEE) relativa aos encargos setoriais que compõem o seu preço.

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 pelo valor total da operação.

Como “bônus”, ainda poderia haver 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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;

(Destacou-se)

Além disso, analisando a situação de forma estritamente objetiva, no presente momento, a legislação em vigor não deixa dúvidas quanto à tributação das operações de liquidação (comercialização) de energia elétrica no âmbito do MCP da CCEE e, também, quanto à necessidade de se emitir notas fiscais de entrada e/ou saída para acobertar tais operações, conforme art. 53-F e as Cláusulas Primeira e Terceira, ambas do Convênio ICMS nº 15/07:

RICMS/02 - Anexo IX

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;

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

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCSD, deve ser observado o **valor final da contabilização da CCEE por perfil do agente** e excluídas as parcelas relativas aos ajustes de inadimplência, já

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributados em liquidações anteriores, bem como os respectivos juros e multa moratórios lançados no processo de contabilização e liquidação financeira.

(...)

§ 4º - Cada estabelecimento ou domicílio do agente que se enquadrar na hipótese prevista no inciso II do caput, **quando for responsável pelo pagamento do imposto**, deverá, ao emitir a nota fiscal relativa à entrada, ou solicitar sua emissão:

I - fazer constar, como **base de cálculo da operação, o valor obtido considerando a regra do § 1º**, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

II - em caso de haver mais de um estabelecimento por perfil, observar o rateio da base de cálculo proporcional ao consumo verificado em cada ponto de consumo associado ao perfil;

III - aplicar, à base de cálculo, a alíquota interna prevista para a operação;

IV - **destacar o ICMS.**

(Destacou-se e Grifou-se)

Convênio ICMS nº 15/07

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:

(...)

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:**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

De fato, no âmbito do ACL, 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 determinam o art. 53-E, inciso I, do Anexo IX do RICMS/02 e o inciso II da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 15/07:

RICMS/02 - Anexo IX

Art. 53-E - O agente da CCEE que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica a adquirente localizado neste Estado, **relativamente a cada contrato bilateral**, excetuados os termos de cessão gerados pelo Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits - MCS D - do Ambiente de Comercialização Regulado, deverá observar o seguinte:

I - **emitir mensalmente nota fiscal**, modelo 55, para cada estabelecimento destinatário, ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, requerer a emissão de nota fiscal avulsa;

II - em caso de incidência do imposto, **a base de cálculo da operação é o preço total contratado**, ao qual será integrado o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

III - em se tratando de fornecimento a consumidor livre ou especial ou a autoprodutor, **o ICMS será devido à unidade federada onde ocorrer o consumo**, como nas demais hipóteses.

(Destacou-se)

Convênio ICMS nº 15/07

Cláusula primeira Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 - MCSD do Ambiente de Comercialização Regulado, para cada estabelecimento destinatário:

a) **emitir mensalmente nota fiscal**, modelo 1 ou 1-A, 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;

(Destacou-se)

Entretanto, quando se trata de liquidação das sobras e défitos no MCP da CCEE em que se apurou posição devedora e houve emissão de nota fiscal de entrada e recolhimento do ICMS devido com fulcro no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, tais valores têm origem distinta, qual seja, consumo de energia **superior aos montantes originalmente contratados** e/ou **encargos que não foram pagos diretamente ao Agente Fornecedor** (ambos caracterizados como remuneração pela energia elétrica).

Portanto, apesar de representarem remuneração por energia elétrica efetivamente utilizada pelo Agente Consumidor, esses dois valores **não estão incluídos** na nota fiscal emitida pelo Agente Fornecedor com base no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, supra, e, conseqüentemente, ainda **não foram tributados pelo ICMS**, como equivocadamente aduz a Impugnante em sua Peça de Defesa.

As legislações supratranscritas não deixam dúvidas quanto à obrigatoriedade de emissão de notas fiscais de entrada (posição devedora) e de saída (posição credora), para acobertar o resultado das liquidações de sobras e défitos no MCP da CCEE e nem quanto à incidência do ICMS no caso da posição devedora.

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 por meio de CCEALs não foram suficientes para suprir a demanda do Agente Consumidor, seja porque esses contratos, por disposição legal, não contemplam a parcela do preço relativa aos encargos setoriais incidentes sobre a energia elétrica efetivamente consumida.

Além disso, também ficou claro que esses encargos representam parcela de remuneração da energia elétrica consumida pelo Agente, apenas com a especificidade de que terão seu valor conhecido somente após o consumo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Essas características justificam sua cobrança por meio da liquidação da CCEE, com incidência de ICMS, tendo em vista que sua primeira tributação ocorrerá somente no momento da emissão da Nota Fiscal de entrada do art. 53-F, inciso II, do Anexo IX do RICMS/02 pelo Agente Consumidor que se encontra em posição devedora.

Por todo o exposto, indubitável concluir que:

- a base de cálculo sobre a qual incide o ICMS pago pelo Agente Fornecedor engloba apenas a parcela do preço da energia a ele devida, única que é consignada no documento fiscal emitido para acobertar a saída da energia comercializada via CCEAL;

- os valores a serem pagos pelo Agente Consumidor que se encontrar em posição devedora na liquidação do MCP da CCEE representam **remuneração** (1) pela energia elétrica excedente à contratada bilateralmente e/ou (2) pelos encargos setoriais devidos sobre toda a energia consumida (parte do seu preço), os quais inegavelmente integram o aspecto quantitativo do fato gerador de ICMS sobre as operações com energia elétrica;

- não há que se falar em bitributação sobre a mesma energia elétrica, na medida em que os valores relativos à posição devedora eventualmente verificada na liquidação do MCP da CCEE não compõem a nota fiscal emitida pelo fornecedor da energia elétrica adquirida bilateralmente, não tendo sido tributados anteriormente.

Assim, por todo o exposto, sem razão a Defesa em seus argumentos, restando corretos o ICMS e as multas exigidos no lançamento.

Do Aproveitamento Indevido de Créditos – Falta de Estorno

Apesar de não haver questionamentos específicos sobre o tema, importante discorrer sucintamente sobre a Infração “3”, relativa à falta de estorno dos créditos aproveitados indevidamente, em razão de posterior comercialização da energia no MCP da CCEE, ao abrigo da não incidência.

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 à não incidência:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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 geral 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 CF/88:

Lei Complementar nº 87/96

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;

(Destacou-se)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 cuidar da tributação da energia elétrica, a Lei nº 6.763/75 dispõe da seguinte forma:

Lei nº 6.763/75

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)

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

Lei nº 6.763/75

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.

(Destacou-se)

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:

RICMS/02 - Anexo IX

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;

(Destacou-se e 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:

RICMS/02

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 § 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.

(Destacou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com vistas a normatizar os procedimentos relativos às obrigações principal e acessórias a serem observados pelos Agentes da CCEE nas liquidações no MCP, 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 Resolução nº 4.956/16, da SEF/MG.

Tal resolução define 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, conforme a seguir:

Resolução nº 4.956/16

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:

$$BE = TGG + MRE - TGGC - TRC - CVT + CCT$$

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 adquiridas e efetivamente consumidas e não os valores das operações de entrada e saída, o que se mostra consentâneo com a estrutura do ICMS, que é um tributo de natureza “física” e não “financeira”.

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, esse Agente consumiu apenas 700 MWh em seu estabelecimento, de forma que registrou um Balanço Energético Positivo de 300 MWh, que serão liquidados na CCEE.

Nesse cenário, 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%). 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 “Y” a “AH” da aba “IX-Análise da Contabilização” do Anexo 1 (pág. 20), nos meses descritos na Infração “3”, a Autuada não observou a legislação e deixou de estornar parte do crédito de ICMS relativo à entrada de energia elétrica, ao qual não fazia jus, em razão da saída posterior da mercadoria ao abrigo da não incidência, por meio de liquidação no MCP da CCEE.

Compulsando-se os cálculos, nota-se que os créditos estornados foram apurados em consonância com as disposições da legislação anteriormente transcrita, especialmente da Resolução nº 4.956/16, razão pela qual mostram-se corretas as exigências do Auto de Infração relativas à Infração “3”.

Por fim, também não houve questionamentos específicos relativos às multas exigidas no lançamento.

Contudo, compulsando os autos, verifica-se que as penalidades exigidas pelo Fisco se mostram adequadas às infrações constatadas, sendo elas a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e as Multas Isoladas do art. 55, incisos II, XIII, alínea “b” e XXVIII, ambos da Lei nº 6.763/75. No caso das multas isoladas, foram observados os limitadores previstos no § 2º, incisos I e II, do mesmo art. 55:

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

XIII - por utilizar indevidamente crédito fiscal relativo a:

(...)

b) operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, beneficiada com a isenção ou não-incidência - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação;

(...)

XXVIII - por deixar de emitir nota fiscal referente a entrada de mercadoria, no prazo e nas hipóteses previstos na legislação tributária - 10% (dez por cento) do valor da operação.

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação.

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de documento protocolado no SIARE em 08/10/24, sob o nº 202.414.314.951-1. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assessoria do CCMG. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que o julgava improcedente. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Juliana de Mesquita Penha (Revisora) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 31 de outubro de 2024.

Wertson Brasil de Souza
Relator

Antônio César Ribeiro
Presidente

D

CCMG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.829/24/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003802021-99
Impugnação: 40.010158020-94
Impugnante: Ferlig Ferro Liga Ltda -
IE: 477536551.00-93
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

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

A matéria contida nos autos é bastante conhecida nesta casa, pois trata das operações realizadas no MCP (Mercado de Curto Prazo) onde, de um lado o Fisco defende ocorrer o fato gerador do ICMS no mercado de energia e, de outro lado, os contribuintes, algumas doutrinas jurídicas e os tribunais regionais e superiores, sustentam que não há fato gerador nas cessões referidas neste intitulado mercado.

Ademais, a contribuinte Ferlig Ferro Liga Ltda atua como consumidora livre no MCP, o que é expressamente reconhecido pela CCEE, e a condição de consumidora afasta a cobrança do imposto.

Nesse sentido, cabe destacar o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.615.790/MG, que, em caso análogo, reconheceu a procedência da tese da Embargante, de que não há incidência do ICMS nas operações realizadas no MCP:

RECURSO ESPECIAL 1.615.790/MG

PRAZO. NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO: CESSÃO DE DIREITOS. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O PLÊNARIO DO STJ DECIDIU QUE "AOS RECURSOS INTERPOSTOS COM FUNDAMENTO NO CPC/1973 (RELATIVOS A DECISÕES PUBLICADAS ATÉ 17 DE MARÇO DE 2016) DEVEM SER EXIGIDOS OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE NA FORMA NELE PREVISTA, COM AS INTERPRETAÇÕES DADAS ATÉ ENTÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA" (ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2). 2. APELO EXCEPCIONAL EM QUE SE DISCUTE A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). 3. HIPÓTESE EM QUE EMPRESA RECORRENTE, EM RAZÃO DE DEMANDAR MAIS ENERGIA ELÉTRICA DAQUELA BILATERALMENTE CONTRATADA NO MERCADO LIVRE, RECORREU À CCEE PARA ADQUIRIR AS SOBRES DE CONTRATOS REALIZADOS POR OUTROS CONSUMIDORES, O QUE MOTIVOU A AUTUAÇÃO PELO FISCO ESTADUAL, PELO NÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE ESSAS OPERAÇÕES E PELA NÃO EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS

CORRESPONDENTES.4. AS OPERAÇÕES DO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CCEE ENVOLVEM AS SOBRAS E OS DÉFICITS DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA BILATERALMENTE ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES E OS AGENTES DE PRODUÇÃO E/OU COMERCIALIZAÇÃO, TENDO A CCEE O PAPEL DE INTERMEDIAR, DE FORMA MULTILATERAL, OS CONSUMIDORES CREDORES E DEVEDORES, REALIZANDO A LIQUIDAÇÃO FINANCEIRAS DESSAS POSIÇÕES, UTILIZANDO COMO PARÂMETRO O PREÇO DE LIQUIDAÇÃO DE DIFERENÇAS POR ELA APURADO. 5. TAIS OPERAÇÕES NÃO DECORREM PROPRIAMENTE DE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA, MAS SIM DE CESSÕES DE DIREITOS ENTRE CONSUMIDORES, INTERMEDIADAS PELA CCEE, PARA A UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA NO MERCADO LIVRE CUJO VALOR TOTAL JÁ SOFREU A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO ESTADUAL. 6. O FATO DE OS CONSUMIDORES PODEREM OPERAR NO ALUDIDO MERCADO DE CURTO PRAZO NÃO OS TRANSFORMA EM AGENTES DO SETOR ELÉTRICO APTOS A REALIZAR ALGUMAS DAS TAREFAS IMPRESCINDÍVEIS AO PROCESSO DE CIRCULAÇÃO FÍSICA E JURÍDICA DESSA RIQUEZA, RELATIVAS À SUA GERAÇÃO, TRANSMISSÃO OU DISTRIBUIÇÃO, DE TAL MODO QUE NENHUM DELES, CONSUMIDOR CREDOR OU DEVEDOR JUNTO AO CCEE, PODE PROCEDER À SAÍDA DESSA "MERCADORIA" DE SEUS ESTABELECIMENTOS, O QUE AFASTA A CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR DO IMPOSTO NOS TERMOS DOS ARTS. 2º E 12 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Como amplamente decidido, o posicionamento do E. STJ é favorável à tese da Impugnante, deixando evidente a necessidade de cancelamento da presente cobrança, e como visto, levando em conta a inexistência de fato gerador nas Cessões de Créditos de Energia

Em síntese, o feito fiscal em comento funda-se na premissa de que a Impugnante deveria tributar pelo ICMS as operações realizadas no Mercado de Curto Prazo o que não é plausível pelas circunstâncias já observadas aqui, ou seja, o MCP é um ambiente técnico-jurídico no qual são liquidadas as diferenças de balanço energético entre os agentes.

Exemplificando o que foi aqui sintetizado, a situação é exatamente aquela na qual literalmente uma empresa que compra mais energia do que utiliza em um determinado mês e há a liquidação da sobra da energia elétrica a outros consumidores que estejam com déficit na energia elétrica contratada, isto é, que consumiram mais do que contrataram.

Tais liquidações são realizadas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), de modo que não há identificação de parte e contraparte.

Assim, pode-se dizer, portanto, que no MCP há contratação multilateral, em que um agente credor recebe seu crédito de todos os possíveis devedores no MCP (não de um agente específico).

Por outro lado, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não há incidência de ICMS no Mercado de Curto Prazo (MCP), uma vez que não há compra e venda de energia elétrica, mas, apenas, cessão de sobras de energia elétrica, de modo que não se caracteriza o fato gerador do imposto.

Além disso, a Impugnante é reconhecidamente uma consumidora livre, isto é, uma consumidora que escolhe seu fornecedor de energia elétrica por meio de livre negociação, fato já observado mais de uma vez nos autos.

Assim, em sendo a Impugnante uma consumidora (e não geradora, transmissora ou comercializadora), não é contribuinte do ICMS ao atuar no Mercado de Curto Prazo.

A Impugnante é empresa que pratica atividades de siderurgia, conforme comprova seu Contrato Social, e, no exercício regular de suas atividades, utiliza energia elétrica como insumo para a sua atividade.

Tendo em vista a alta demanda de sua atividade industrial, a Impugnante firmou com a Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), contrato de fornecimento de energia elétrica, conforme apurado na fiscalização. A CEMIG aqui é a geradora e fornecedora de energia elétrica.

Já a Impugnante, por sua vez, é compradora de energia elétrica, por se tratar de consumidora final da energia elétrica fornecida pela CEMIG.

Lembremos que a Impugnante não é geradora, transmissora ou comercializadora de energia elétrica, mas, mera consumidora e como a própria nomenclatura sugere, consumidor livre é aquele que pode adquirir energia elétrica de qualquer agente que atua nesse mercado.

Pelas peculiaridades disso tudo é que surgiu a necessidade da criação de uma espécie de câmara de compensação que é desempenhado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que não apenas mede toda a energia elétrica gerada e a consumida no país, mas também promove a integração de geradores, distribuidores, comercializadores e consumidores.

Por tudo isso, reitera-se aqui, inexistente nas cessões o fato gerador do ICMS em casos tais, pelo que, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 31 de outubro de 2024.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**