

Acórdão: 18.371/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116719-71
Impugnante: Acesita S/A
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outro(s)
PTA/AI: 01.000150983-44
Inscr. Estadual: 687.013342.03-52
Origem: DF/ Ipatinga

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA EM ÁREAS/EQUIPAMENTOS ALHEIOS À ATIVIDADE PRINCIPAL DO ESTABELECIMENTO. Imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de aquisições de energia elétrica utilizada em áreas e equipamentos alheios à atividade principal do estabelecimento. Procedimento fiscal lastreado nos artigos 66, inciso II, 70, incisos III e XIII e 71, incisos III e V, todos dos RICMS/96 e RICMS/02. Exigências de ICMS e multa de revalidação. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, devendo, ainda, ser concedido à Autuada os créditos relativos à energia elétrica consumida em setores não considerados efetivamente alheios à atividade do estabelecimento e, nos setores considerados marginais ao processo produtivo, nas proporções das exportações.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA - PERDA. Imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de aquisições de energia elétrica não utilizada no estabelecimento em razão de perdas. Exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75. Entretanto, as provas dos autos conduzem a entendimento diverso, não restando efetivamente comprovada a imputação fiscal, ensejando, assim, o cancelamento das exigências fiscais.

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA. Imputação de entradas e saídas de energia elétrica desacobertas de documentação fiscal. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas capituladas no artigo 55, inciso II e XXII, da Lei 6763/75. Entretanto, as provas dos autos conduzem a entendimento diverso não restando efetivamente comprovada a imputação fiscal, ensejando, assim, o cancelamento das exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação, pelo Fisco, no período de 01/01/2001 a 31/01/2005, das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à energia elétrica utilizada em áreas/equipamentos alheios à atividade principal do estabelecimento;
- 2) falta de estorno de crédito de ICMS relativo à energia elétrica não distribuída (Perdas);
- 3) entrada de energia elétrica sem documento fiscal;
- 4) saída/fornecimento de energia elétrica para outros estabelecimentos sem emissão de nota fiscal.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas previstas no artigo 55, incisos II e XXII, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1920 a 1939, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2166 a 2209.

O Fisco, após análise da Impugnação apresentada, promove a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 2210 a 2243. Intimada a ter vistas dos autos, a Impugnante se manifesta às fls. 2247 a 2252.

O Fisco se manifesta às fls. 2318 a 2319, pedindo a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 2322 e 2355, que resultam nas manifestações de fls. 2323 a 2324, 2336 e 2356 a 2358. A Impugnante se manifesta a respeito (fls. 2328, 2331 a 2334 e 2363 a 2365).

Indeferido o requerimento de prova pericial (fls. 2360 a 2361), o mesmo não foi agravado.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2366 a 2381, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme demonstrado à fl. 2382.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Arguição de cerceamento de defesa:

O presente lançamento foi lavrado com os requisitos formais previstos no art. 57, c/c art. 58, da CLTA/MG, e contém a descrição das infrações imputadas ao contribuinte, as quais se encontram demonstradas nos anexos que compõem o Auto de Infração, todas elas lastreadas em documentação obtida junto ao sujeito passivo ou perante as demais empresas envolvidas (CEMIG, SÁ CARVALHO e empresas que prestam serviços à Impugnante).

Muito embora a narrativa curta do Auto de Infração tenha propiciado alguma dificuldade de entendimento da peça fiscal, uma análise mais criteriosa do conjunto elaborado pelo Fisco, inclusive os anexos e planilhas que compõem o Auto de Infração, todos eles lastreados em documentação obtida junto ao sujeito passivo ou perante as demais empresas envolvidas (CEMIG, SÁ CARVALHO e empresas que prestam serviços à Impugnante), permitiu à Impugnante apresentar sua defesa, enfrentamento com firmeza a acusação fiscal, torpedeando os números obtidos pelo Fisco e combatendo de maneira firme o cerne da acusação fiscal.

Se as irregularidades têm ou não procedência, constitui matéria de mérito, sendo que as respostas serão dadas no tempo oportuno.

Não há que se falar, portanto, em cerceamento de defesa ou em nulidade do Auto de Infração.

Erros apontados pela Impugnante:

Os “erros” apontados pela Impugnante no item 3 de sua Impugnação (fl. 1926), relativos à recomposição da conta gráfica, foram devidamente retificados pelo Fisco, fato que resultou na reformulação do crédito tributário, cujo demonstrativo encontra-se acostado às fls. 2211/2243.

Os outros questionamentos efetuados pela Impugnante foram satisfatoriamente respondidos pelo Fisco às fls. 2172/2178, onde foi esclarecida, inclusive, a metodologia utilizada pela fiscalização quanto aos cálculos e alimentação de dados relativos às irregularidades narradas no Auto de Infração.

DO MÉRITO

1) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à energia elétrica utilizada em áreas alheias à atividade principal do estabelecimento (01/01/01 a 01/01/05):

A glosa de créditos efetuada pelo Fisco refere-se à energia elétrica “consumida” nos seguintes setores/departamentos da empresa: *Centro de Formação Profissional (SENAI), Posto Médico, Escritório da Gerência de Utilidades, Recebimento e Inspeção de Materiais, Oficinas e Manutenção, Montagem Geral do Lingotamento Contínuo, Engenharia de Equipamentos, Laboratório de Metrologia, Transporte Interno/Oficinas de Locomotivas/Manutenção de Veículos, Gerência de Serviços Administrativos/Arquivo Central/Escritório Central, Refeitório (PURAS REFEIÇÕES), Estação de Tratamento de Efluentes, Espessador/Lavador de Gás/Controle Ambiental, Escritório do Setor de Meio Ambiente, Estação de Tratamento de Água, Torres de Refrigeração, Laboratório Instrumental, Laboratório de Matérias-Primas, Fundação Acesita, Gerência de Implantação de Projetos e Arquivo Técnico.*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todas as informações relativas aos setores acima mencionados e a motivação do estorno dos créditos estão minuciosamente explicadas na manifestação fiscal (fls. 2200/2205).

Segundo os cálculos do Fisco (fls. 2224 e 2226), o percentual de energia elétrica usado no processo industrial da empresa variou entre 89% e 93%, sendo o restante da energia consumida nos setores acima mencionados e nos estabelecimentos que prestam serviços à empresa autuada.

Por conseguinte, a glosa de créditos efetuada pelo Fisco variou entre 7% e 11% do montante apropriado pela Impugnante. Os valores objeto do estorno estão relacionados nos quadros acostados às fls. 2225 e 2227, coluna “Diferença a Estornar”, tendo sido deduzidos do cálculo os créditos estornados pela própria Impugnante (Coluna “ICMS Estornado pelo Contribuinte”).

À época dos fatos geradores, os créditos de ICMS relativos à energia elétrica estavam assim disciplinados:

“Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

Efeitos a partir de 1º/08/2000

II - à entrada ocorrida:

a - a partir de 1º de novembro de 1996:

(...)

a.2 - de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º;

(...)

§ 4º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

1) no período entre 1º de agosto de 2000 e 31 de dezembro de 2002:

1.1) que for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica;

1.2) que for consumida no processo de industrialização;

1.3) que for consumida por estabelecimento que realize operações ou prestações para o exterior, na proporção destas em relação às operações e prestações totais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2) a partir de 1º de janeiro de 2003, em qualquer hipótese.” (G.N.)

Portanto, gerava direito a crédito do imposto, a energia elétrica consumida no processo de industrialização e aquela consumida por estabelecimento que realizasse operações pra o exterior, na proporção desta em relação às operações totais.

Ressalte-se, no entanto, que a energia elétrica “consumida” em áreas onde fossem realizadas atividades alheias à do estabelecimento, não gerava direito a crédito, nos termos do art. 31, III, da Lei 6763/75 (equivalente ao art. 20, § 1.º, da LC 87/96).

“Art. 31 - Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subseqüentes:

(...)

III - o imposto relativo à entrada de bem ou ao recebimento de serviço alheios à atividade do estabelecimento”.

Assim sendo, deve ser mantida integralmente a glosa dos créditos do imposto relativos à energia consumida nas seguintes áreas, consideradas efetivamente alheias à atividade do estabelecimento, assim entendidas aquelas que não possam ser caracterizadas como “linhas marginais” ao processo produtivo: *Centro de Formação Profissional (SENAI), Posto Médico, Escritório da Gerência de Utilidades, Escritório da Engenharia de Equipamentos, Gerência de Serviços Administrativos (Arquivo Central e Escritório Central), Refeitório (alimentação industrial fornecida pela empresa PURAS REFEIÇÕES), Escritório do Setor de Meio Ambiente, Fundação Acesita, Gerência de Implantação de Projetos e Arquivo Técnico.*

Quanto aos estabelecimentos da GIGANARDI, CELCA, CETUBOS, SOBREMÉTAL, DIMAP, CELFI, ACEMAP e ABC BRIQUETAGEM e outras empresas que prestam serviços e que atuam dentro da área da ACESITA, o Fisco admitiu os créditos de energia elétrica neles consumida, por considerar que seria passível de exigência de ICMS relativo à parcela da energia “fornecida” pela Autuada a esses estabelecimentos (*ver irregularidade 4.1 abaixo - Fornecimento de energia para empresas localizadas dentro da área da ACESITA*).

A afirmação acima pode ser confirmada através da leitura dos seguintes trechos da manifestação fiscal (fls. 2176 e 2179):

“...A LEGISLAÇÃO NÃO VEDA O FORNECIMENTO DE ENERGIA PARA OUTRO ESTABELECIMENTO, MOTIVO PELO QUAL ADMITIMOS O CRÉDITO DA ENERGIA FORNECIDA PARA TERCEIROS”.

“...A IMPUGNANTE FORNECE ENERGIA ELÉTRICA PARA DIVERSOS ESTABELECIMENTOS QUE ATUAM DENTRO DE SUA ÁREA, INCLUSIVE PARA EMPRESAS QUE EXECUTAM CONTRATOS DE REFORMAS E EM MANUTENÇÕES PREVENTIVAS. CONFORME

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEMONSTRADO NO ANEXO IV (SAÍDAS DE ENERGIA SEM NF PARA OUTROS ESTABELECIMENTOS, QUANTO ÀS OPERAÇÕES PRATICADAS COM CONTRIBUINTES IDENTIFICADOS NA PLANILHA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA, RESGUARDOU-SE O DIREITO AO CRÉDITO DO ICMS, APURANDO-SE O DÉBITO DO ICMS PELA SAÍDA SEM NOTA FISCAL”.

Assim sendo, não serão analisados os créditos referentes à energia elétrica consumida nos mencionados estabelecimentos.

Por outro lado, se toda e qualquer linha marginal ao processo produtivo fosse considerada “área alheia”, o crédito proporcional às exportações realizadas ficaria restrito àquela utilizada na linha central de produção (*processo de industrialização*), o que tornaria sem efeito o disposto no art. 66, II, § 4º, “1.3”, do RICMS/MG (*crédito proporcional às exportações relativo à energia consumida no estabelecimento*).

Assim sendo, o Fisco deve conceder à Autuada os créditos de ICMS relativos à energia elétrica consumida nos setores a seguir indicados, na mesma proporção das exportações em relação às operações totais: *Setor de Oficina e Manutenção, Montagem Geral do Lingotamento Contínuo, Setor de Engenharia de Equipamentos, Laboratório de Metrologia, Setor de Transporte Interno/Oficinas de Locomotivas/Manutenção de Veículos, Estação de Tratamento de Efluentes, Espessador/Lavador de Gás/Controle Ambiental, Estação de Tratamento de Água, Laboratório Instrumental e Laboratório de Matérias-Primas.*

No tocante aos setores de “*Recebimento/Inspeção de Materiais, Torres de Refrigeração*”, em que a Auditoria Fiscal propõe a inclusão no rol acima enumerado, discorda esta Câmara de Julgamento, ao entendimento de que tais setores fazem parte do processo produtivo.

Com efeito, ao analisar as cópias das fotos juntadas aos autos, é possível perceber que o setor de recebimento de materiais integra o processo produtivo, recebendo matérias-primas e estocando produtos que serão levados ao processo produtivo, constituindo, assim, o início da etapa de produção.

Do mesmo modo quanto aos equipamentos que compõem as torres de refrigeração, uma vez que participam do processo produtivo.

Por fim, resta salientar que a medida liminar concedida na ADIN nº 2.325 (*ver PTA 01.000150982-63*) não tem qualquer efeito sobre o presente lançamento, uma vez que o período objeto da autuação compreende, exclusivamente, os exercícios de 2001 a 2005.

2) Falta de estorno de crédito de ICMS relativo à energia elétrica não distribuída (Perdas):

A acusação fiscal refere-se à falta de estorno de crédito relativo à diferença entre o total de energia elétrica fornecida pela CEMIG e pela Usina Hidrelétrica de Sá

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Carvalho e a quantidade de energia efetivamente consumida em todos os setores da empresa autuada – perdas de energia.

O quadro abaixo, cujos dados foram extraídos da planilha acostada às fls. 2220/2223, permite uma melhor compreensão dessa acusação fiscal:

Quadro I

Mêsde Ref.	CEMIG	SÁ CARVALHO	Total	Consumo ACESITA	Diferença (Perda)
JAN/01	34.469.295	39.973.689	74.442.984	64.971.621,10	9.471.362,90
FEV/01	31.113.049	40.155.237	71.268.286	68.423.191,31	2.845.094,69
MAR/01	31.113.029	36.188.721	67.301.750	66.517.074,40	784.675,60
ABR/01	32.370.743	40.019.076	72.389.819	70.329.454,64	2.060.364,36
MAI/01	28.428.292	38.802.807	67.231.099	65.313.113,56	1.917.985,44
JUN/01	31.359.498	40.155.237	71.024.735	69.084.634,30	1.940.100,70
JUL/01	28.000.000	38.757.420	65.647.420	61.311.562,07	4.335.857,93
AGO/01	26.176.245	45.292.635	70.258.880	59.351.798,68	10.907.081,32
OUT/01	27.388.772	38.802.807	64.981.579	59.349.114,92	5.632.464,08
DEZ/01	26.137.833	38.848.194	57.586.027	54.496.924,90	3.089.102,10
JAN/02	20.132.894	40.019.076	60.151.970	59.198.976,75	952.993,25
FEV/02	33.168.827	40.064.463	73.233.290	61.536.410,92	11.696.879,08
ABR/02	25.128.688	40.109.850	65.238.538	64.731.267,24	507.270,76
MAI/02	22.173.731	38.712.033	60.885.764	60.282.418,87	603.345,13
JUN/02	22.029.667	40.155.237	62.184.904	61.867.790,72	317.113,28
JUL/02	26.694.983	38.848.194	65.543.177	64.956.945,79	586.231,21
AGO/02	28.399.201	40.064.463	68.463.664	68.291.735,33	171.928,67
SET/02	38.428.098	40.155.237	78.583.335	72.029.022,00	6.554.313,00
OUT/02	31.846.322	38.802.807	70.649.129	68.068.046,03	2.581.082,97
NOV/02	27.541.134	40.064.463	67.605.597	63.988.174,10	3.617.422,90
DEZ/02	30.174.049	38.848.194	69.022.243	65.677.061,75	3.345.181,25
JAN/03	27.608.044	39.973.689	67.581.733	64.173.232,04	3.408.500,96
FEV/03	32.998.916	40.155.237	73.154.153	70.010.523,96	3.143.629,04
MAR/03	30.709.309	36.188.721	66.898.030	63.780.082,48	3.117.947,52
ABR/03	14.821.309	40.064.463	54.885.772	53.706.348,12	1.179.423,88
MAI/03	18.005.025	38.712.033	56.717.058	56.271.674,81	445.383,19
AGO/03	27.919.071	40.064.463	67.983.534	67.396.371,04	587.162,96
SET/03	32.738.987	40.155.237	72.894.224	71.631.253,53	1.262.970,47
NOV/03	30.671.532	40.155.237	70.826.769	70.045.296,14	781.472,86
DEZ/03	28.264.538	38.848.194	67.112.732	66.764.644,96	348.087,04
JAN/04	32.267.102	39.973.689	72.240.791	70.908.546,43	1.332.244,57
FEV/04	27.501.639	40.155.237	67.656.876	66.502.212,83	1.154.663,17
MAR/04	28.104.242	37.495.764	65.600.006	65.055.379,94	544.626,06
ABR/04	32.226.345	40.019.076	72.245.421	71.491.916,51	753.504,49
MAI/04	32.024.081	38.802.807	70.826.888	70.488.383,90	338.504,10
JUN/04	31.356.632	40.064.463	71.421.095	70.719.179,99	701.915,01
JUL/04	31.021.084	38.802.807	69.826.891	68.901.882,13	925.008,87
AGO/04	34.334.916	40.155.237	74.490.153	73.543.887,10	946.265,90
SET/04	35.547.746	40.019.076	75.566.822	75.240.591,24	326.230,76
OUT/04	31.803.616	38.802.807	70.606.423	69.941.721,79	664.701,21
NOV/04	34.848.255	40.064.463	74.912.718	73.856.379,60	1.056.338,40
DEZ/04	30.963.205	38.757.420	69.720.625	68.861.978,19	858.646,81

Os dados acima estão expressos em Kwh/mês (Kilowatt hora/mês)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os dados relativos à energia elétrica fornecida pela CEMIG e pela Usina Hidrelétrica de Sá Carvalho foram retirados das notas fiscais acostadas às fls. 375/504 e do relatório anexado à fl. 255, fornecido pela própria Sá Carvalho.

Especificamente em relação à CEMIG, a energia consumida refere-se à soma algébrica do KWH HP e do KWH HFP (*Horário de Ponta - Corresponde ao intervalo de 3 horas consecutivas, ajustado de comum acordo entre a concessionária e o cliente, situado no período compreendido entre as 18h e 21h e durante o horário de verão das 19h às 22h; Horário Fora de Ponta - Corresponde às horas complementares ao horário de ponta*).

O consumo mensal de energia na ACESITA, compreendendo todos os seus “setores” (centros de custo), foi fornecido pela própria empresa (fls. 585/680).

A diferença positiva entre o total de energia fornecida e o total consumido refere-se às perdas técnicas, cujos valores de ICMS foram glosados pelo Fisco.

A energia elétrica, após ser gerada, é conduzida por cabos até a subestação elevadora, onde transformadores elevam o valor da tensão elétrica (voltagem). Assim, nesse nível de tensão, a eletricidade pode percorrer longas distâncias pelas linhas de transmissão, sustentadas por torres, até chegar às proximidades de onde será consumida.

Antes disso, porém, a energia elétrica precisa ser reduzida na subestação abaixadora através de transformadores. Em seguida, ela percorre as linhas de distribuição, que podem ser subterrâneas ou, como é mais comum, aéreas. Finalmente, a energia elétrica é transformada novamente para os padrões de consumo local e chega às residências e outros estabelecimentos.

Uma das explicações para as chamadas perdas técnicas é que a parte condutora de eletricidade de todos os equipamentos (geradores, transformadores e linhas de transmissão e de distribuição) apresenta certa resistência à passagem da corrente elétrica. Essas perdas se manifestam sob a forma de calor, conhecidas como perdas por efeito Joule.

A empresa autuada, através do “Parecer Técnico” acostado à fl. 2064, apresenta uma explicação similar para as perdas de energia:

“O SISTEMA ELÉTRICO ACESITA É ATENDIDO EM 230 KV (CEMIG) E 69 KV (SÁ CARVALHO), ONDE ACONTECE A MEDIÇÃO PARA FATURAMENTO. A DISTRIBUIÇÃO INTERNA É FEITA EM 13,8 KV, ONDE SÃO FEITAS AS MEDIÇÕES INTERNAS PARA COBRANÇA DOS CENTROS DE CUSTOS.

EM UM SISTEMA ELÉTRICO EXISTEM PERDAS NOS TRANSFORMADORES E CABOS QUE DISTRIBUEM ESTA ENERGIA. PORTANTO, AS PERDAS APRESENTADAS NAS NOSSAS PLANILHAS DE DISTRIBUIÇÃO SÃO INTRÍNSECAS AO SETOR ELÉTRICO, E SE SITUAM ENTRE 1% E 2,5%.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PARA CORROBORAR O EXPOSTO ACIMA, A ANEEL (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA) REGULAMENTA QUE QUANDO NÃO FOREM INSTALADOS EQUIPAMENTOS PRÓPRIOS PARA MEDIÇÃO DE PERDAS, ESTAS DEVERÃO SER COMPENSADAS COM VALOR DE 2,5% QUANDO A DISTRIBUIÇÃO FOR FEITA EM TENSÃO INFERIOR A 44 KV (RESOLUÇÃO ANEEL Nº 456, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2000 – ARTIGO 58).”

O certo é que a existência de perdas técnicas é um ponto pacífico nos autos, sendo que em alguns casos o Fisco e a Impugnante convergem até mesmo no montante das perdas apuradas. Conforme demonstram os documentos acostados às fls. 610, 616, 618 e 620, as perdas relativas aos meses de janeiro, abril, maio e junho de 2002, levantadas pela Autuada, são exatamente as mesmas indicadas no “Quadro I” acima.

No tocante aos meses de julho e agosto de 2002, maio, junho, julho, setembro e outubro de 2004, as divergências entre as quantias apuradas pelo Fisco e pela Impugnante são inexpressivas, podendo ser assim explicadas:

1) Julho/02: Diferença de 114.343 KWH - Perdas já consignadas na NF da CEMIG que foram indevidamente contabilizadas pela Impugnante – $103.826 + 10.517 = 114.343$ (fl. 414);

2) Agosto/02: Diferença de 118.409 KWH – Idem ao item anterior – $108.326 + 10.083 = 118.409$ (fl. 416);

3) Maio, Junho, Julho, Setembro e Outubro/2004: Diferenças de 109.355, 115.931, 112.253, 116.381 e 111.545 KWH – Explicação idêntica à dos itens anteriores – ver documentos acostados às fls. 474, 478, 482, 490 e 494.

Quanto aos meses de março/2001, julho e agosto/2002, maio, agosto, novembro e dezembro/2003 e março a dezembro/2004, as perdas apuradas pela Impugnante são superiores àquelas apontadas pelo Fisco (*ver documentos acostados às fls. 589, 622, 624, 642, 648, 654, 656, 662, 664, 666, 668, 670, 672, 674, 676, 678 e 680 – comparar com o Quadro I acima*).

Ressalte-se que as perdas aqui tratadas se referem à distribuição no âmbito interno da ACESITA (*da subestação até os diversos centros de custo*), não se confundindo com as aquelas relativas ao sistema de distribuição da CEMIG (*até o ponto de entrega na ACESITA*).

Em sua peça defensiva (fl. 1926), a Impugnante assim se pronunciou sobre os dados até aqui analisados:

“POIS BEM, A FISCALIZAÇÃO INTIMOU A SÁ CARVALHO PARA INFORMAR A QUANTIDADE DE ENERGIA CONSUMIDA PELA ACESITA (FLS. 347 DO PTA), CONTUDO, OS VALORES ALI CONSTANTES DIVERGEM DOS VALORES CONSTANTES DAS FATURAS EMITIDAS PELA CEMIG (QUE TAMBÉM CONTEMPLA SÁ CARVALHO, CONFORME DITO ACIMA), O QUE LEVOU A FISCALIZAÇÃO A ERROS NA QUANTIFICAÇÃO.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para comprovar sua afirmação, foi anexada à impugnação a “TABELA 1” (fl. 2015), na qual a Impugnante aponta as divergências por ela mencionadas.

Visando afastar qualquer dúvida sobre o tema, foi efetuado o confronto das informações relativas à energia fornecida à Autuada pela SÁ CARVALHO, retiradas do relatório acostado à fl. 255 (emitido pela própria Sá Carvalho) e das faturas emitidas pela CEMIG (fls. 375/504).

Desse confronto podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1) não foram constatadas diferenças relativamente aos meses de agosto e outubro de 2001, março, julho e agosto de 2002 e maio, julho e dezembro de 2003;

2) as diferenças positivas apontadas na planilha significam que a energia elétrica fornecida pela “Sá Carvalho” nas faturas da CEMIG superam a quantia informada no relatório acostado à fl. 255, ou seja, se o Fisco tivesse adotado as quantias indicadas nas faturas da CEMIG as “perdas” por ele apuradas, indicadas no Quadro I acima, seriam ainda maiores;

2.1) a título de esclarecimento, convém ressaltar que as diferenças apontadas nos meses de outubro e novembro de 2003 e maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2004 referem-se a fornecimentos adicionais de energia elétrica à ACESITA, em quantias iguais ou muito próximas às diferenças (fls. 448, 452, 476, 480, 484, 488, 492 e 496);

3) relativamente aos meses de setembro, novembro e dezembro de 2001 e janeiro e fevereiro de 2002, os dados contidos nas faturas da CEMIG não são suficientemente claros quanto à energia fornecida por “Sá Carvalho” e, por este motivo, a planilha foi preenchida com “zeros”.

Nesta linha de raciocínio, caso o lançamento pudesse ser mantido, seriam necessárias as seguintes retificações no crédito tributário:

- para os meses de dezembro/2001 e fevereiro/2002, adotar como perdas as quantias indicadas pela Autuada às fls. 608 e 612 – 724.074,10 KWH e 842.918,08 KWH, respectivamente;

- quanto aos meses de julho/2001, setembro/2002, abril, junho e setembro/2003 e fevereiro/2004, as diferenças foram negativas, ou seja, as quantias de energia fornecidas pela Sá Carvalho lançadas pelo Fisco foram superiores àquelas informadas nas faturas da CEMIG, devendo ser retificados os dados relativos aos mencionados períodos.

- quanto ao mês de fevereiro/2004, a quantia de energia fornecida pela CEMIG deve ser retificada para 27.416.775 KWH, conforme demonstrado pela Impugnante à fl. 2033 ($27.416.775 = 25.692.266 + 660.564 - \text{ver fl. 2034}$), pois as quantias de (84.864) KWH e (1.063.945) KWH lançadas na fatura da CEMIG acostada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

à fl. 2034, não foram deduzidas do montante relativo ao fornecimento da Usina de Sá Carvalho.

Com tais acomodações, em tese, justifica-se o estorno de crédito elaborado pelo Fisco, nos termos do art. 71, V, do RICMS/96.

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

(...)

V - vier a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, da mesma mercadoria ou bem, ou de outra dela resultante, dentro do mesmo período em que se verificar o fato, ou no prazo de 30 (trinta) dias, em se tratando de calamidade pública, contado de sua declaração oficial”.

Uma análise mais acurada dos elementos fáticos, entretanto, conduz a uma outra interpretação.

A perda mencionada no dispositivo não diz respeito àquela resultante do processo de industrialização, como se nota pelas reiteradas manifestações da Superintendência de Tributação. É que a perda ocorrida no processo produtivo compõe o custo final do produto, não se justificando a exclusão do crédito.

Diz o entendimento do Fisco que a perda verificada não ocorreu no processo produtivo, mas sim na transmissão da energia elétrica “do transformador” até os equipamentos.

Considerar tal premissa seria, na verdade, restringir a possibilidade de perda da energia, pois se aquela parcela tida como consumida foi a que movimentou os equipamentos, nenhuma outra quantificação seria denominada de perda.

Por outro lado, fracionar o processo produtivo da empresa, de forma a não se permitir a “quebra” da energia, não se mostra razoável, em especial pelo caráter específico do produto.

Com efeito, não tem o Fisco como identificar, de forma irretocável, onde e quando a energia elétrica transmitida foi considerada como perdida, ou seja, a perda ocorreu no pátio, em áreas alheias, na iluminação da área produtiva ou ao chegar até os equipamentos do processo produtivo.

Por outro lado, a energia elétrica fornecida pela Usina de Sá Carvalho estava amparada pelo diferimento do imposto (item 36, do Anexo II, do RICMS/96), não gerando qualquer crédito para a Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao elaborar a planilha, o Fisco agregou às aquisições da Sá Carvalho aquelas realizadas junto à CEMIG, estas sim tributadas e com imposto lançado nos documentos fiscais, apropriados como crédito na escrita fiscal.

Ao estornar o crédito, tomou o Fisco um único quantitativo de perdas, englobando as entradas tributadas e não tributadas, extirpando créditos inclusive pela perda de energia que adentrou no estabelecimento sem o imposto, o que se revela incompatível com a regra da não-cumulatividade.

Neste caso, na hipótese de perda de energia adquirida com o amparo do diferimento do ICMS, caberia ao Fisco imputar falta de recolhimento do imposto em decorrência do encerramento do diferimento, ressalvada a hipótese de que a perda ocorresse no processo produtivo, quando então o recolhimento em apartado fica dispensado.

Assim, muito embora os efeitos financeiros possam ser os mesmos, as acusações fiscais diferem na fundamentação e na sustentação legal.

Por outro lado, não se pode afirmar que a Autuada, ao elaborar a planilha de custos (consumo de energia), tenha se prendido a um formalismo capaz de reconhecer perdas mínimas e consumo exato de energia elétrica, uma vez que o documento não fora preparado com a finalidade que o Fisco lhe impõe.

Para se comprovar esta assertiva, alguns destaques podem ser levantados em relação à planilha de consumo elaborada pela Autuada, a saber:

- as diferenças apuradas não mantêm um resultado linear, indicando oscilações bruscas, chegando a uma perda aproximada de 15,97% (quinze vírgula noventa e sete por cento) em fevereiro/02 e míseros 0,51% (zero vírgula cinquenta e um por cento) em dezembro/03;

- os documentos da Acesita denominados “Relatório de Distribuição de Energia Elétrica”, que imputam o consumo de energia foram elaborados tomando-se como base o período de faturamento, por exemplo, o dia 20 de junho a 19 de fevereiro de 2003 (fls. 1278);

- a conta de energia da CEMIG, por sua vez, para o mesmo período, considerou as datas de 20/06 a 20/07/03, o que implica afirmar que a tabela de consumo de energia difere do período faturado, podendo ocasionar distorções sérias, como um dia a mais ou a menos no faturamento comparado ao consumo no processo de produção;

- como outro exemplo, o mês de fevereiro/2001, em que a energia fornecida pela SÁ CARVALHO compreendeu o período de 16/12/2000 a 15/01/2001 (fls. 258), enquanto a energia da CEMIG compreendeu o período de 20/12/2000 a 20/01/2001 (fls. 375), e a apuração da ACESITA foi realizada no período de 20/12/2000 a 19/12/2001 (fls. 584);

- um dia a mais, por exemplo, de energia faturada, significa, em média, 2.500.000 kwh;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por tudo, adotar as perdas como não ocorridas no processo industrial, sem uma análise mais criteriosa e acompanhamento do sistema de leitura do consumo e do próprio processo produtivo, não garante segurança jurídica e se mostra contrário às garantias legais do contribuinte.

Sem razão, também, a multa isolada imposta e capitulada no art. 55, II, da Lei nº 6763/75, sob a afirmativa de saída de energia sem documento fiscal, conforme consta na planilha do item 4 do AI.

Neste aspecto, ainda que as perdas fossem admitidas como tal, a imputação da penalidade somente seria possível se viesse com a discussão de falta de emissão de nota fiscal relativa à perda da mercadoria, jamais por saída desacobertada.

Neste contexto, devem ser canceladas as exigências fiscais.

3) Entradas de energia elétrica sem documentação fiscal:

Da mesma forma que no item anterior, serão utilizados os dados contidos em planilha acostada aos autos, com intuito de melhor esclarecer a acusação fiscal.

Mês de Ref.	CEMIG	SÁ CARVALHO	Total	Consumo ACESITA	Diferença (Perda)
SET/01	16.073.950	40.109.850	54.973.800	58.552.240,66	(3.578.440,66)
NOV/01	17.608.496	40.019.076	56.417.572	57.704.172,34	(1.286.600,34)
MAR/02	22.055.007	36.234.108	58.289.115	59.592.627,93	(1.303.512,93)
JUN/03	19.314.952	40.109.850	59.424.802	64.245.284,26	(4.820.482,26)
JUL/03	28.449.053	38.802.807	67.251.860	67.750.202,19	(498.342,19)
OUT/03	29.409.899	38.757.420	68.167.319	68.249.634,89	(82.315,89)

Os dados acima estão expressos em Kwh/mês (Kilowatt hora/mês)

No caso ora tratado o raciocínio é inverso ao do tópico anterior, ou seja, como o consumo de energia elétrica da ACESITA superou a quantia total fornecida pela CEMIG e pela Usina de Sá Carvalho, a presunção utilizada pelo Fisco é a de que houve entrada dessa mercadoria sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

A presunção adotada pelo Fisco decorre do fato da energia elétrica não poder ser “estocada”, ou seja, se os estoques inicial e final são inexistentes, então o consumo deve ser equivalente ao total da energia fornecida. Sendo o consumo superior, haveria a entrada desacobertada de documentação fiscal.

O direito se serve das chamadas “presunções”, no sentido de buscar o entendimento sobre determinada questão, mediante um fato conhecido, para reconhecer a existência ou os efeitos de um fato desconhecido. Em linguagem menos acadêmica, é reconhecer que os fenômenos semelhantes geralmente funcionarão de maneira igual ou terão os mesmos efeitos.

No entanto, a energia elétrica, embora seja conceituada como mercadoria, possui características que a distingue de todas as demais, face às suas especificidades e às complexidades existentes não só nas fases de geração, transmissão e distribuição, mas também em todo o ramo da engenharia elétrica.

As diferenças constatadas, de forma isolada, são insuficientes para a caracterização do ilícito apontado. Essas diferenças deveriam ser tratadas como indícios, que poderiam ser aceitos como provas se acompanhados de outros dados técnicos ou outros elementos que confirmassem a acusação fiscal (*entradas de energia sem nota fiscal*).

A título de exemplo, podem ser citadas várias indagações sobre o assunto que sequer foram abordadas no presente PTA: Como é feita a medição da energia consumida pela ACESITA? É realizada através da potência nominal de cada motor, equipamento, aparelhos eletro-eletrônicos, etc. ou de cada setor como um todo, cada um com seu respectivo medidor? Se utilizados medidores, estariam eles devidamente aferidos? Existe a possibilidade de erros na medição da energia consumida? Por que a ACESITA, nos mesmos períodos acima indicados, constatou perdas de energia? Quais os dados que ela utilizou? Estariam eles errados? Por quê?

A incerteza da acusação fiscal poderia ser demonstrada através das diferenças relativas aos meses de julho e outubro/2003. Nesses meses, as supostas entradas desacobertas teriam sido de 498.342,19 KWH e 82.315,89 KWH, respectivamente, que, em termos percentuais, equivaleriam a, aproximadamente, 0,73% e 0,12%, do consumo de energia da empresa nos mencionados meses, ou seja, não seria crível a entrada desacoberta de tão ínfima quantia.

Assim sendo, e adotando as mesmas argumentações postas no item anterior, devem ser canceladas as exigências fiscais relativas.

4) Saída/fornecimento de energia elétrica para outros estabelecimentos sem emissão de nota fiscal:

4.1) Fornecimento de energia para empresas localizadas dentro da área da ACESITA

Segundo o Fisco (fls. 26/27 e 2228/2229), a empresa autuada teria fornecido energia elétrica para as empresas que lhes prestam serviços e que se localizam dentro do seu parque industrial (*GIGANARDI, CELCA, CETUBOS, SOBREMETAL, DIMAP, CELFI, ACEMAP e ABC BRIQUETAGEM*), sem que fossem emitidas as notas fiscais correspondentes.

Com a devida vênia, não há como prosperar a acusação fiscal e, por conseqüência, as exigências a ela relativas (*ICMS, MR e MI – art. 55, II, da Lei 6763/75*).

Com efeito, a energia elétrica supostamente fornecida sem documento fiscal é aquela que se distribui normalmente dentro do parque industrial da ACESITA, para atendimento de todos os seus setores, departamentos, etc., atendendo também as áreas onde estejam localizadas as mencionadas empresas ou os locais onde são prestados os serviços.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A declaração abaixo, prestada pela empresa Sobremetal Recuperação de Metais Ltda., anexada à fl. 171, do PTA 01.000150983-44, esclarece bem o assunto:

“ATENDENDO À SOLICITAÇÃO DE V. SAS., VIMOS PELA PRESENTE INFORMAR QUE COMO A SOBREMETAL OCUPA ÁREA CEDIDA EM COMODATO PELA USINA, NÃO HÁ MEDIDOR ESPECÍFICO PARA A MEDIÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA PELA SOBREMETAL, UMA VEZ QUE É A PRÓPRIA USINA QUEM CEDE A ENERGIA, SEM QUALQUER ÔNUS, NÃO HAVENDO QUALQUER CONTROLE POR PARTE DA SOBREMETAL E DA USINA QUANTO AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA.”

Portanto, a área em que se situa a Sobremetal pertence à ACESITA, sendo cedida em comodato àquela empresa. Não ocorre a venda ou fornecimento de energia (no sentido de gerar e fornecer) e sim uma simples “autorização” contratual da ACESITA ou fornecimento dos meios físicos necessários para que a empresa prestadora de serviço se utilize da energia elétrica na área cedida em comodato.

A questão se restringiria, na verdade, na análise da apropriação do crédito relativo a essa energia elétrica utilizada pelas empresas que prestam serviços à Impugnante.

Com efeito, algumas das empresas operam equipamentos da própria Autuada, executando, de forma terceirizada, atividades fins da Impugnante, conforme demonstram cópias de fotos anexadas aos autos.

É o caso, por exemplo, das empresas CELFI/ACEMAP, que realizam trabalhos de “acabamento do inox”, produto esse comercializado pela Autuada.

Assim sendo, devem ser canceladas as exigências fiscais.

4.2) Saídas de energia elétrica sem nota fiscal – período do “apagão”:

A acusação fiscal refere-se à comercialização de energia para as empresas *RIMA INDUSTRIAL E ASCIPAR/CELQUI*, durante o período de racionamento de energia elétrica (*julho a novembro de 2001 – fl. 2228*), sob a forma de excedente de redução de metas, sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

A exigência fiscal restringe-se à Multa Isolada capitulada no art. 55, II, da Lei 6763/75.

A matéria em análise já foi por diversas vezes enfrentadas por este Conselho, sendo certo que as saídas nesta condição foram consideradas sujeitas à incidência do imposto.

No presente caso, no entanto, a única informação inicial posta em relação ao tema foi a coluna denominada “FORNECIMENTO (SEM NF) ENERGIA (EM KW/H) EXCEDENTE DE META NO PERÍODO APAGÃO”, de fls. 26 e outra coluna no documento de fls. 34 identificada como: “\$ período apagão”.

O assunto não foi tratado nos quadros explicativos nem levado ao conhecimento da Impugnante, para que dele pudesse se defender, tanto é que em nenhuma parte das várias manifestações da defesa se observa qualquer menção ao tema.

Sabendo-se que a matéria em litígio exige manifestação específica, pois as discussões travadas versam sobre a incidência ou não do imposto sobre a chamada cessão de energia elétrica em decorrência de excedente de meta, exige-se, à toda evidência, que a acusação fiscal estivesse lançada no relatório do Auto de Infração.

Diante da ausência formal de acusação, deve ser cancelada a multa isolada aplicada, uma vez que sobre tais montantes não foram exigidos o ICMS/MR.

4.3) Saída/Venda de energia elétrica sem nota fiscal para destinatários não identificados:

Como muito bem ressaltado pela Impugnante, o mercado de energia elétrica tem regulamentação própria, com normas rígidas e pessoas previamente designadas (concessionárias ou permissionárias).

Aliás, no próprio contrato firmado entre a Autuada e a CEMIG (*Cláusula 13.2 – fl. 232 – PTA 01.000150982-63*) está expressamente previsto que “*a ACESITA não poderá revender ou ceder a terceiros, para quaisquer finalidades, a energia recebida na forma contratada, salvo com as devidas autorizações*”.

Além disso, a energia que está sendo considerada como vendida sem documentação fiscal é a mesma que foi objeto do estorno de crédito por não ter sido distribuída – Perdas Técnicas, conforme demonstrativos acostados às fls. 2221 e 2223 (*coluna Diferença (2) ICMS mês – ver legenda fl. 2222*) e 2236/2238 (*coluna “ICMS” – Débito Saída de Energia sem Destinatários identificados*), bem como consumidas por empreiteiras atuando junto ao estabelecimento da Autuada.

Quanto a essas últimas, ainda sem mais razão a acusação de saída de energia elétrica sem documento fiscal, uma vez que seu consumo decorre das necessidades da própria empresa contratante dos serviços.

Do mesmo modo, caberia, em tese, discussão quanto à possibilidade de manutenção de créditos em relação a tal consumo, mas não pela via da saída desacobertada, que não ocorreu, nem física, nem juridicamente, sendo certo o cancelamento das exigências fiscais, neste tópico restrito à penalidade isolada, conforme demonstra a Auditoria Fiscal em seu parecer.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), que a admitia. No mérito, também por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 2210/2243, e ainda: 1) cancelar as exigências relativas aos itens 3.2; 3.3 e 3.4; 2) em relação ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

item 3.1: a) conceder à Autuada os créditos de ICMS relativos à energia elétrica consumida nos setores a seguir indicados, na mesma proporção das exportações em relação às operações totais: Setor de Oficina e Manutenção, Montagem Geral do Lingotamento Contínuo, Setor de Engenharia de Equipamentos, Laboratório de Metrologia, Setor de Transporte Interno/Oficinas de Locomotivas/Manutenção de Veículos, Estação de Tratamento de Efluentes, Espessador/Lavador de Gás/Controle Ambiental, Estação de Tratamento de Água, Laboratório Instrumental e Laboratório de Matérias-Primas. b) conceder créditos integrais para os setores de Recebimento/Inspeção de Materiais e Torres de Refrigeração. Vencida, em parte, a Conselheira Rosana de Miranda Starling que não excluía as exigências do item 3.4, no tocante ao fornecimento de energia elétrica para os estabelecimentos existentes no pátio da Autuada, com inscrição estadual própria. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros supracitados, o Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 08/08/07.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 18.371/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116719-71
Impugnante: Acesita S/A
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outro(s)
PTA/AI: 01.000150983-44
Inscr. Estadual: 687.013342.03-52
Origem: DF/ Ipatinga

Voto proferido pela Conselheira Rosana de Miranda Starling, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

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

Foi constatada pela Fiscalização a existência de empresas inscritas no Cadastro de Contribuintes da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais que têm seus estabelecimentos localizados dentro do parque industrial da Autuada.

Considerando que a energia elétrica é uma mercadoria que foi adquirida pela Acesita e que parte dela foi consumida nas áreas onde estão localizados os estabelecimentos de outras empresas, fica configurada a saída/fornecimento de energia elétrica para outros estabelecimentos sem emissão de nota fiscal.

Diante do exposto, julgo procedente o lançamento em relação às exigências descritas no item 3.4 do Auto de Infração, no tocante ao fornecimento de energia elétrica para os estabelecimentos existentes no pátio da Autuada, com inscrição estadual própria.

Sala das Sessões, 08/08/07.

**Rosana de Miranda Starling
Conselheira**