

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.423/12/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000169153-38
Impugnação: 40.010129631-94
Impugnante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras
IE: 298055618.10-32
Proc. S. Passivo: Jailde Esteves Santos/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se a apropriação indevida de créditos vinculados aos insumos utilizados na produção de energia elétrica, por não ter sido observada a proporcionalidade entre as saídas totais e as saídas tributadas. Correto o estorno de crédito, uma vez que as saídas de energia elétrica, mediante liquidação no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), estão equiparadas às saídas interestaduais e ocorrem sem a tributação do imposto, impondo ao produtor o estorno dos créditos relativos aos insumos de produção. Recomposição da conta gráfica com redução do saldo credor e exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75, majorada em 100% (cem por cento) em razão da reincidência nos termos do § 7º do art. 53 da mesma lei.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM PARA O ATIVO PERMANENTE - PROPORCIONALIDADE - CÁLCULO DO COEFICIENTE. Constatou-se recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos relativos a aquisições de bens para o ativo permanente, sem que fosse observada a proporcionalidade prevista no art. 66, § 3º da Parte Geral do RICMS/02. Correto o estorno de crédito, uma vez que as saídas de energia elétrica, mediante liquidação no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), estão equiparadas às saídas interestaduais e ocorrem sem a tributação do imposto. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento) em razão da reincidência nos termos do § 7º do art. 53 ambos da Lei nº 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO - Imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, os quais não se caracterizam como produtos intermediários, nos termos do art. 66, inciso V da Parte Geral do RICMS/02. Recomposição da conta gráfica com redução do saldo credor e exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento) em razão da reincidência nos termos do § 7º do art. 53, ambos da Lei nº 6763/75. Entretanto, excluem-se as

exigências relativas às mercadorias que se enquadram no conceito de brinde. Infração em parte caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de setembro de 2007 a dezembro de 2010, em decorrência dos seguintes fatos:

a) falta de estorno do crédito relativo aos insumos de produção de energia elétrica, na proporção das saídas não tributadas pelo ICMS.

b) erro no cálculo dos coeficientes de apuração dos créditos relativos aos bens do Ativo Permanente.

c) apropriação de créditos vinculados às aquisições de material de uso e consumo.

Os valores foram levados à Recomposição da Conta Gráfica, resultando em redução do saldo credor.

Exige-se a Multa Isolada estabelecida no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do § 7º do art. 53 da mencionada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.773/792, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 813 dos autos.

O Fisco, em manifestação de fls. 867/886, refuta as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls.892/904 opina pela procedência parcial do lançamento para, em relação aos produtos identificados como material de uso e consumo, reconhecê-los como brindes, mantendo-se os créditos apropriados, com exclusão da multa isolada, exceto em relação à Nota Fiscal nº 024904, cujos bens se enquadram no conceito de material de uso e consumo.

DECISÃO

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

A autuação se divide em três fatos que ensejam o aproveitamento indevido de ICMS, são eles: a falta de estorno do crédito relativo aos insumos de produção de energia elétrica, na proporção das saídas não tributadas pelo ICMS; erro no cálculo dos coeficientes de apuração dos créditos relativos aos bens do Ativo Permanente e apropriação de créditos vinculados às aquisições de material de uso e consumo, todos ocorridos no período de setembro de 2007 a dezembro de 2010.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registre-se inicialmente que os créditos estornados foram levados à Recomposição da Conta Gráfica, resultando em redução do saldo credor (fls. 68/71). Via de consequência, exigiu o Fisco a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do § 7º do art. 53 da mencionada lei, estando o Crédito Tributário demonstrado às fls. 29 dos autos.

Em decorrência do reconhecimento, em 31/03/08, dos créditos tributários relativos aos PTAs nºs 01.000157746-84 e 01.000157136-26 restam comprovadas nos autos (fls. 29, 42 e 43), as reincidências.

Imperioso ressaltar que o Auto de Infração e, os anexos que o acompanham, permitem aferir, com clareza e certeza, quais são as acusações fiscais e as imputações delas decorrentes e que, eventuais omissões, não acarretam a sua nulidade, a teor da regra contida no art. 92 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Passa-se, pois, à análise específica das irregularidades apontadas.

a) Falta de estorno do crédito relativo aos insumos de produção de energia elétrica, na proporção das saídas não tributadas pelo ICMS.

A presente acusação fiscal atenta para o estorno dos créditos apropriados e relativos às aquisições de insumos para a produção de energia elétrica, em especial, a água desmineralizada, água industrial e gás natural, arroladas na planilha de fls. 45/60.

O estorno decorre da apuração da proporcionalidade entre as operações tributadas e não tributadas, realizadas no período fiscalizado.

A Impugnante é uma empresa produtora de energia elétrica e comercializa seu produto, em grande parte, mediante liquidação no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Os documentos fiscais acostados aos autos por amostragem (fls. 215/233) demonstram a inexistência de destaque do ICMS, com aplicação do Convênio ICMS nº 06/04 e outros dispositivos que regem a comercialização de energia elétrica.

A Impugnante destaca que a UTE-ACH vem disponibilizando energia elétrica por ela produzida no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e admite que as saídas para a CCEE não são tributadas em razão da impossibilidade de identificação dos destinatários da energia elétrica e aferição correta da alíquota de ICMS aplicável na operação.

Nas razões de defesa é postulado que a saída da energia elétrica do estabelecimento não encerra o ciclo da operação, sendo esta apenas uma parte, pois há de se perquirir sobre a existência do segundo polo da operação, ou seja, o adquirente, que se encarrega de recolher o imposto, como o faz a própria Autuada quando adquire energia nas mesmas condições, conforme demonstram os documentos de fls. 823/824.

Entende a Impugnante que a modalidade prevista para a operação equivale ao diferimento do imposto, uma vez que o recolhimento do tributo ocorrerá em um momento posterior.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Convênio ICMS nº 06/04, ao disciplinar as operações referentes às liquidações no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), procurou se abstrair do tratamento tributário ordinariamente aplicado à hipótese, adotando um regime peculiar. Este é o entendimento da Superintendência de Tributação – SUTRI na Consulta de Contribuintes nº 075/07.

Com efeito, o convênio nivelou as saídas de energia elétrica relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE às operações interestaduais, para determinados efeitos tributários, como o não destaque do ICMS na operação, não sendo cabível nesse caso a hipótese tributária do diferimento.

Assim, por ocasião das saídas de energia elétrica relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE, em virtude da indeterminação em torno da qualificação dessas saídas no tocante ao âmbito interno ou interestadual, não haverá destaque do ICMS na operação, nos termos do inciso II, Cláusula segunda do Convênio ICMS 06/04, e do disposto no inciso I, § 2º, art. 53-F, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02.

Os atos normativos em questão assim estão redigidos:

CONVÊNIO ICMS 06/04

Publicado no DOU de 08.04.04.

Revogado pelo Conv. ICMS 15/07.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 113ª reunião ordinária, realizada em Vitória, ES, no dia 2 de abril de 2004, tendo em vista o disposto nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), e considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas operações com energia elétrica, especialmente aquelas transacionadas no âmbito do Mercado Atacadista de Energia - MAE, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Sem prejuízo do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do ICMS, o agente do Mercado Atacadista de Energia - MAE deverá observar o que segue:

I - o agente que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica deverá, relativamente a cada contrato bilateral, 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

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

II - relativamente às liquidações no Mercado de Curto Prazo do MAE, o agente, seja da categoria de produção ou de consumo, 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;

b) pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora.

Cláusula segunda Na hipótese do inciso II da cláusula primeira:

I - para determinação da posição credora ou devedora, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores;

II - o contribuinte, exceto o consumidor livre e o autoprodutor, quando estiverem enquadrados na hipótese da alínea "b", deverá emitir a nota fiscal sem destaque de ICMS;

III - deverão constar na nota fiscal:

a) a expressão "Relativa à liquidação no Mercado de Curto Prazo", no quadro "Destinatário/Remetente" e as inscrições no CNPJ e no Cadastro de Contribuintes do ICMS do emitente;

b) os dados da liquidação no MAE, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares";

IV - deverão ser arquivadas todas as vias das notas fiscais, salvo disposição em contrário da legislação estadual.

(...)

Cláusula sexta O disposto neste convênio aplica-se, também, à Câmara de Comercialização de Energia (artigo 5º da Lei nº. 10.848, de 15 de março de 2004), bem como às obrigações tributárias resultantes das liquidações que vierem a ocorrer no seu âmbito.

Cláusula sétima Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Vitória, ES, 2 de abril de 2004.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONVÊNIO ICMS 15, DE 30 DE MARÇO DE 2007

- Publicado no DOU de 04.04.07, pelo Despacho 24/07.
- Alterado pelos Convs. ICMS 137/10, 78/11, 99/11.

Dispõe sobre o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 125ª reunião ordinária, realizada em Natal, RN, no dia 30 de março de 2007, tendo em vista o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), e considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas operações com energia elétrica, especialmente aquelas transacionadas no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, resolve celebrar o seguinte

C O N V Ê N I O

Nova redação dada ao *caput* da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 99/11, efeitos a partir de 01.01.12. Alterada a data de início dos efeitos pelo Conv. ICMS 144/11, para BA e GO a partir de 01.05.12 e para demais UF a partir de 01.01.12.

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, com exceção da comercialização de energia destinada aos Estados da Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo, deverá observar o que segue.

Redação anterior dada ao *caput* da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 78/11, sem efeitos.

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, com exceção da comercialização de energia destinada aos Estados da Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo, deverá observar o que segue:

Redação anterior dada ao *caput* da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 137/10, efeitos de 01.11.10 a 30.04.12, para BA e GO, e 31.12.11, para demais UF.

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, com exceção da comercialização de energia destinada aos Estados de São Paulo e Mato Grosso, deverá observar o que segue:

Redação original, efeitos até 31.10.10.

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

I - o agente que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica deverá, relativamente a cada contrato bilateral, exceto os termos de cessão gerados pelo Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficit - MCS D 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;

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.

§ 1º Em caso de contrato globalizado por submercado, o agente de que trata o inciso I deverá emitir as notas fiscais referidas na alínea "a" do mesmo inciso, de acordo com a respectiva distribuição de cargas, ainda que não identificada no contrato, prevista para os pontos de consumo de cada estabelecimento, devendo ser considerada qualquer redistribuição promovida pelo adquirente, entre estabelecimentos de sua titularidade.

§ 2º O adquirente da energia elétrica objeto dos contratos bilaterais de que trata o inciso I deve

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

informar ao respectivo agente fornecedor a sua real distribuição de cargas por estabelecimento, bem como suas alterações.

Cláusula segunda Na hipótese do inciso II da cláusula primeira:

I - para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores;

II - o contribuinte, exceto o consumidor livre e o autoprodutor, quando estiverem enquadrados na hipótese da alínea "b", deverá emitir a nota fiscal sem destaque de ICMS;

III - deverão constar na nota fiscal:

a) a expressão "Relativa à liquidação no Mercado de Curto Prazo" ou "Relativa à apuração e liquidação do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits - MCS", no quadro "Destinatário/Remetente" e as inscrições no CNPJ e no cadastro de contribuintes do ICMS do emitente;

b) os dados da liquidação na CCEE, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares";

IV - deverão ser arquivadas todas as vias das notas fiscais, salvo disposição em contrário da legislação estadual.

(...)

Cláusula sexta Fica revogado o Convênio ICMS 06/04, de 2 de abril de 2004.

Cláusula sétima Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

RICMS/02 - Anexo IX

Art. 53 - O comercializador de energia elétrica, inclusive o que atuar no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), além do cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação, observará o seguinte:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.

§ 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 art. 53-E, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

§ 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:

(...)

Art. 53-E. - O agente da CCEE que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica a adquirente localizado neste Estado deverá, relativamente a cada contrato bilateral:

Dessa forma, a legislação equiparou as saídas de energia elétrica, nos moldes da ora analisada, às saídas interestaduais, sem tributação do imposto.

Destarte, em razão da ausência de estrita correlação destas saídas de energia elétrica com as operações posteriores tributadas e à equiparação das mesmas ao tratamento dispensado às operações interestaduais em relação ao não destaque do imposto, os correspondentes créditos de ICMS relacionados a tais saídas devem ser estornados.

É o que se extrai do comando do art. 32 da Lei nº 6763/75 e do inciso II do art. 71 da Parte Geral do RICMS/02, que assim prescrevem:

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:

(...);

II - for integrado ou consumido em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...);

II - vierem a ser integrados ou consumidos em processo de comercialização, industrialização, produção, extração, geração, prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação, quando a operação ou prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, observado o disposto no § 3º deste artigo;

(...)

Tais determinações derivam do disposto no art. 155 da Constituição Federal que determina:

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;

(...)

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

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

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

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

(...)

X - não incidirá:

(...)

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

(...)

Neste sentido, repisa-se, não há que se falar em adoção dos critérios relativos ao diferimento do imposto, e nem mesmo pode-se afirmar que o estorno macula a regra da não cumulatividade.

No caso em questão, o adquirente deverá haver o recolhimento do imposto no destino, ou seja, em favor do Estado em que estiver sediado. Mas, de igual modo, apropriará o crédito por inteiro, neutralizando o pagamento efetuado, tal como acontece na importação de mercadorias.

Quando se tratar de operação interestadual com energia elétrica, ocorrem duas operações tributárias absolutamente distintas. Na primeira, onde há a remessa interestadual, a operação está afastada da tributação em face do imperativo constitucional previsto na alínea "b" do inciso X do art. 155 da CF/88. Na segunda etapa, em que se tem a entrada em território de outro Estado, surge um fato gerador novo, primeiro, pois na remessa não se pode falar em fato gerador em decorrência da imunidade constitucional.

Assim, o que a norma constitucional significa é que, nessas operações interestaduais impera o princípio do destino. O imposto somente é devido para a Unidade Federada onde a energia elétrica deverá ser consumida.

Desta forma, a saída não tributada da energia elétrica é um fato jurídico-tributário distinto da operação de entrada da energia no estabelecimento destinatário. Neste caso, "a norma tem por objetivo a repartição da receita tributária, proveniente destas mercadorias (energia elétrica, no caso), para os Estados destinatários, impedindo a sua concentração nos Estados produtores. É a chamada tributação no destino da mercadoria. Iniciativa de boa justiça fiscal, pois socializa os recursos hídricos disponíveis no Território Brasileiro. Em não havendo tributação na operação interestadual, todo o ICMS ficará para o Estado do destinatário", como ensina Deonísio Koch.

Neste sentido, ao alçar as operações com energia elétrica realizada na CCEE às operações interestaduais, resta claro a impossibilidade de manutenção dos créditos dos insumos, sob pena do Estado produtor suportar um ônus incompatível com a parte que lhe coube na tributação da energia elétrica.

b) Erro no cálculo dos coeficientes de apuração dos créditos relativos aos bens do Ativo Permanente.

O Fisco exige o estorno dos créditos relativos às aquisições de bens para o Ativo Permanente, alegando que a Impugnante não apurou a proporcionalidade entre as saídas totais e não tributadas, de modo a aplicar o coeficiente para cálculo do montante de crédito em cada período.

O estorno dos créditos resultou em redução do saldo credor e na aplicação da penalidade prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75.

Os coeficientes foram apurados conforme planilha de fls. 61, resultando na planilha de fls. 62/63, com a indicação dos valores de crédito a apropriar e sujeitos ao estorno.

Esta acusação fiscal está estreitamente ligada ao primeiro item do Auto de Infração, uma vez que diferença entre o coeficiente adotado pela Autuada e aquele apurado pelo Fisco, resulta exatamente das saídas de energia elétrica sem tributação.

Desta forma, adota-se, *in casu*, a mesma fundamentação anterior, considerando correta a multa isolada aplicada e o respectivo estorno de crédito.

c) Apropriação de créditos vinculados às aquisições de material de uso e consumo.

O Fisco conseguiu apurar o crédito indevido relativo às aquisições de material de uso e consumo referentes às notas fiscais constantes na planilha de fls. 45/47 e 51, no importe de R\$ 3.681,13, fruto da aquisição dos seguintes produtos: *necessere* CVRD, produtos alimentícios, panos de prato, produtos de cama/mesa/banho, ventilador e DVD.

A Impugnante ao citar os arts. 190 a 193 do Anexo IX do RICMS/02 sustenta a correção dos créditos apropriados ao argumento de que os produtos adquiridos são brindes.

Admite, no entanto, que não emitiu as notas fiscais de saída dos brindes, mas que o débito fora lançado diretamente no livro de Apuração do ICMS.

Analisando os produtos relacionados nas notas fiscais, pode-se afirmar que, à exceção de um ventilador e dois DVDs (NF 024904), se tratam de componentes de cestas básicas ou cestas de natal, que provavelmente foram distribuídas gratuitamente aos funcionários da Impugnante.

O Fisco transcreve a Consulta de Contribuintes nº 218/10, de 24/09/10, concluindo que tais itens efetivamente se caracterizam como brindes.

Para sustentar o estorno dos créditos, descreve os lançamentos efetuados pela Impugnante, concluindo que os débitos presumivelmente apurados no LRAICMS foram posteriormente apropriados, anulando o débito do imposto.

Neste sentido, muito embora favorável à Impugnante, uma vez que os valores apropriados a título de estorno de débito são maiores que os valores dos créditos pelas entradas, não se sustenta a acusação fiscal de apropriação de créditos relativos a material de uso e consumo, uma vez que o próprio Fisco reconhece que os produtos adquiridos caracterizam-se como brindes.

Quanto aos procedimentos irregulares da Autuada, devem os mesmos ser analisados à luz da legislação e punidos com as penalidades pertinentes, bem como a exigência do imposto devido ou o estorno do crédito indevido, no tocante à apropriação da parcela debitada pelas saídas dos brindes. No entanto, os efeitos mencionados ficam condicionados a outro lançamento.

Assim, entende-se indevido o estorno efetuado pelo Fisco, devendo ser excluída a multa isolada exigida, exceto em relação à Nota Fiscal nº 024904, cujos bens se enquadram no conceito de material de uso e consumo.

Neste caso, não há se aplicar a proporcionalidade relativa ao primeiro item do Auto de Infração, por se tratar de saída de brinde apartada do objetivo operacional da empresa que é a produção e comercialização de energia elétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para, em relação aos produtos identificados como materiais de uso e consumo, reconhecê-los como brindes, mantendo-se os créditos apropriados, com exclusão da multa isolada, exceto em relação à Nota Fiscal nº 024904, cujos bens se enquadram no conceito de material de uso e consumo. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 22 de março de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**