

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.869/15/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000234513-92
Impugnação: 40.010136927-21
Impugnante: Magnesita Refratários S.A.
IE: 001066066.00-16
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. Constatado vício formal do lançamento por utilização de método de apuração do estorno de crédito que não encontra respaldo na legislação tributária, o que determina a nulidade do Auto de Infração. Declarado nulo o lançamento. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação refere-se à constatação, mediante conferência de documentos e registros fiscais, de que a Autuada não estornou o crédito de ICMS aproveitado, relativo à aquisição de energia elétrica no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica-CCEE, haja vista a sua posição credora no Mercado de Curto Prazo, promovendo recolhimento a menor do imposto.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última majorada nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000010220.05 (fls. 02); Auto de Infração-AI (fls. 6/8); Quadro dos PTAs de referência para a reincidência (fls. 11/12); Relatório Fiscal (fls. 13/37); Anexo 1 – Quadro demonstrativo do crédito tributário (fls. 38/39); Anexo 2 – Contrato de compra e venda de energia elétrica entre Cemig e Magnesita (fls. 40/80); Anexo 3 – Notas fiscais e seus demonstrativos de grandezas faturadas (fls. 81/118); Anexo 4 – Perícia Técnica Agosto/2009 – Base de Cálculo das notas fiscais – Registro das notas fiscais de entrada de energia elétrica no SPED (fls. 119/142); Anexo 5 – Planilha Contabilização e Planilha Contrato (fls. 143/148); Anexo 6 – DAPI abril/13 a março/14 (fls. 149/215); Anexo 7 – Convênio ICMS nº 15 de 30/03/07 – Instrução Normativa SUTRI nº 03 de 04/05/09 – Ajuste SINIEF nº 3 de 03/04/09 (fls. 216/223).

Inconformada a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 228/238, e anexa documentos de fls. 239/268.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 271/280, refuta as alegações da Defesa, pedindo ao final pela procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 290/313, opina pela procedência parcial do lançamento, para adequar o cálculo do estorno de crédito de ICMS relativo à energia elétrica, considerando a proporção da saída de energia não utilizada (operação não tributada), distribuída mediante rateio proporcional ao consumo do estabelecimento, em relação à energia contratada. E, ainda, para excluir a Multa Isolada do art. 55, inciso XXVI, em função da existência de penalidade específica para a situação.

DECISÃO

Preliminarmente, a Impugnante alega que o lançamento é improcedente, pois apresenta critério jurídico de estorno não previsto na legislação, o que leva à sua nulidade.

Verifica-se que, para análise dessa preliminar, necessário será adentrar-se ao mérito da questão.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) é responsável pelo processamento da contabilização da Energia Elétrica produzida e consumida no Brasil, sendo regida por um conjunto de regras comerciais, complementares e integrantes às Regras de Comercialização, que devem ser cumpridas por todos os Agentes participantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

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

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

Com base nas informações dos montantes contratados e dos montantes medidos, a contabilização é realizada e os montantes negociados no Mercado de Curto Prazo (também chamado “Mercado Spot”) são calculados. Dessa forma, pode-se dizer que o Mercado de Curto Prazo é o mercado das diferenças.

A contabilização é efetuada mensalmente conforme prazos e condições estabelecidas em Procedimentos de Comercialização. Ao término da contabilização, são identificadas as posições de cada Agente como devedor ou credor no Mercado de Curto Prazo, resultando na Pré-Fatura individualizada. Em seguida, ocorre o Processo de Liquidação Financeira mensal, no qual são efetuados os pagamentos e recebimentos financeiros aos Agentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Pré-Fatura é elaborada sob o ponto de vista da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, pois é ela quem realiza a liquidação (faz os pagamentos). Os valores negativos indicam consumo de energia do agente (situação devedora) e o agente deve pagar a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Os valores positivos (posição credora) indicam venda de energia e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica deve pagar ao agente.

Esse é, em resumo, o funcionamento do mercado em questão. Veja-se, então, o que ocorre na matéria tributária, em especial, no caso vertente.

Com o advento da Lei Federal nº 10.848/04, o processo de comercialização de energia elétrica foi substancialmente alterado, saindo do regime de monopólio estatal para o regime livre de comercialização.

Nesse sentido, criou-se a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que, conforme já explanado, registra e administra os contratos firmados entre geradores, comercializadores, distribuidores e os denominados consumidores livres, que é o caso da ora Autuada.

Diante da nova modalidade de comercialização de energia elétrica, os Estados houveram por bem estabelecer tratamento diferenciado para a energia elétrica comercializada pela CCEE, exercendo a prerrogativa da competência legislativa plena, prevista no art. 6º do Código Tributário Nacional - CTN.

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

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

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCS D) 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 MCS D;

(...)

§ 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(grifou-se)

Com vistas a normatizar os procedimentos relativos às obrigações principal e acessórias, a serem observados pelos Agentes da CCEE nas liquidações no Mercado de Curto Prazo, e considerando as normas tributárias estabelecidas na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 87/96, na Lei Estadual nº 6.763/75 e no próprio RICMS/02, foi editada a Instrução Normativa SUTRI nº 03, de 04/05/09, que dispõe:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI Nº 03, DE 04 DE MAIO DE 2009.

(MG de 05/05/2009)

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

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

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

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

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

Art. 1º Para determinação da posição devedora ou credora do agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nas liquidações no Mercado de Curto Prazo, deverá ser observado somente o perfil de consumo do mesmo.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, deverão ser excluídas do valor total da Nota de Liquidação as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tais como os valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.

Art. 2º - O consumidor livre ou autoprodutor que enquadrar-se na posição devedora deverá emitir nota fiscal de entrada no mesmo período de emissão da nota de liquidação, por estabelecimento, indicando como valor da operação o apurado em cada estabelecimento mediante rateio proporcional à carga medida no período acrescido do valor do próprio imposto.

Art. 3º - O contribuinte enquadrado na posição credora deverá emitir no período da efetiva liquidação financeira nota fiscal para registro da saída da energia elétrica, indicando como valor da operação o apurado em cada estabelecimento mediante rateio proporcional à carga medida no período, sem destaque de ICMS.

Parágrafo único. Na hipótese descrita no caput deverá ser estornado o imposto creditado, nos termos do inciso I do art. 71 do RICMS.

Art. 4º Para os fins do disposto no art. 2º desta Instrução Normativa, não integram a base de cálculo do imposto as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica, tais como valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. (grifou-se)

Com base nessa regulamentação, adotada em função do convênio de aplicação nacional (Convênio ICMS nº 06/04, revogado pelo atual Convênio ICMS nº 15/07), equiparam-se as saídas de energia elétrica administradas pela CCEE, para efeitos tributários, às operações interestaduais, retirando a tributação do imposto estadual.

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

Dessa forma, quando na condição deficitária (posição devedora), o Consumidor Livre paga à CCEE pela energia disponibilizada por outros Agentes e por ele consumida, valores que a CCEE contabiliza e repassa a quem possuía sobras de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

energia, situação em que há a obrigatoriedade de emitir nota fiscal de entrada com destaque do imposto.

Por outro lado, quando na condição superavitária (posição credora), como no presente caso, o Consumidor Livre recebe da CCEE pela energia que foi disponibilizada por ele, para consumo de outros Agentes, situação em que há a obrigatoriedade de emitir, no período da efetiva liquidação financeira, nota fiscal sem destaque de ICMS, para registro da saída da energia elétrica, de acordo com o inciso I, § 2º, art. 53-F, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02, e o art. 3º da Instrução Normativa SUTRI nº 03/09.

Já o estorno de crédito deve ser efetuado em razão da saída de energia elétrica sem incidência de ICMS, nos termos do disposto no art. 71, inciso I do RICMS/02 c/c parágrafo único do art. 3º da Instrução Normativa SUTRI nº 03/09:

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.

(...)

Art. 74. Nas hipóteses do inciso I do caput do art. 71 deste Regulamento, o estorno deverá ser efetuado no mesmo período da saída da mercadoria ou do bem.

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

(...)

Art. 3º (...)

Parágrafo único. Na hipótese descrita no caput deverá ser estornado o imposto creditado, nos termos do inciso I do art. 71 do RICMS.

Portanto, diante da constatação de posição credora da Autuada no Mercado de Curto Prazo (fls. 144/145) em razão de saída de parte da energia elétrica adquirida, necessário se faz o estorno de crédito correspondente, o que não foi cumprido pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, o que se verifica da autuação é que a Fiscalização não aplicou os dispositivos supramencionados ao presente caso, pois, apurou o estorno de crédito pela diferença entre a energia faturada pela Cemig e a efetivamente consumida pela Contribuinte, adotando como base somente as operações mercantis com a Cemig (dados baseados nas faturas emitidas pela Cemig).

Vale lembrar que existem certas peculiaridades no tratamento tributário dado à energia elétrica adquirida no âmbito da CCEE.

Como visto, a apuração do estorno de crédito relativo à energia elétrica contratada no âmbito da CCEE, mas não consumida, é feita com base nos dados relativos ao saldo credor do Agente junto à CCEE, não cabendo aqui a análise, de forma individual, de operações mercantis, como a fatura emitida pela Cemig.

Frisa-se que os contratos de aquisição de energia elétrica referem-se à Magnesita de forma única (Agente), mas seu consumo é objeto de distribuição entre três unidades. A alocação da energia contratada é feita conforme o consumo de cada unidade. Cada unidade é denominada ponto de consumo.

Como o contrato é feito de forma global para a empresa e a medição da energia é por ponto de consumo, a sobra deve ser rateada conforme o consumo medido em cada ponto e, por se tratar de saída não tributada, o estorno deve ser nos termos do art. 71, inciso I do RICMS/02. É o que estabelece o art. 3º da Instrução Normativa SUTRI nº 03/09.

Cabe destacar, que a Câmara Especial, mediante Acórdão nº 4.060/13/CE, determinou, para fins de estorno, que “cada estabelecimento deve estabelecer o percentual de participação da saída de energia não tributada sobre o valor total das operações (energia e outras mercadorias) praticadas no mesmo período”.

Assim diz a decisão:

COM EFEITO, CONSTA NA CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 250/11 (A ORA RECORRIDA É A CONSULENTE), QUE PARA O ESTORNO EM QUESTÃO CADA ESTABELECIMENTO DEVE ESTABELECER O PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DA SAÍDA DE ENERGIA NÃO TRIBUTADA SOBRE O VALOR TOTAL DAS OPERAÇÕES (ENERGIA E OUTRAS MERCADORIAS) PRATICADAS NO MESMO PERÍODO.

O FISCO, AO RESPONDER OS PONTOS DA DILIGÊNCIA DE FLS. 199/200, JUSTIFICA O CRITÉRIO ADOTADO, CITANDO A CONSULTA INTERNA Nº 049/09. AO CONTRÁRIO DO SEU ENTENDIMENTO, NO ENTANTO, A RESPOSTA PROFERIDA NA CONSULTA SE OPÕE AO MÉTODO ADOTADO PELO FISCO. SENÃO VEJA-SE:

CONSULTA INTERNA Nº 049/09 PERGUNTA 6 – O ESTORNO DO ICMS DEVERÁ SER REALIZADO DE FORMA PROPORCIONAL, CONSIDERANDO A SAÍDA AO ABRIGO DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO EM RELAÇÃO À TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES DE SAÍDA REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE?

RESPOSTA 6 – SIM. DE ACORDO COM O ARTIGO 71 DO RICMS/2002, O CONTRIBUINTE DEVERÁ EFETUAR O ESTORNO DO IMPOSTO CREDITADO SEMPRE QUE A MERCADORIA INGRESSA NO ESTABELECIMENTO VIER A SER OBJETO DE OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE NÃO TRIBUTADA OU ISENTA, OBSERVADO O DISPOSTO NO §3º DESTE ARTIGO E NO ART. 74 DO REFERIDO REGULAMENTO.

No mesmo Acordão nº 4.060/13/CE, o CCMG remete à Instrução Normativa SUTRI nº 03/09 que determina a forma que será apurado o estorno do imposto creditado relativo à energia elétrica não consumida:

QUANTO AO ASPECTO TEMPORAL DE EMISSÃO DA NOTA FISCAL, E CONSEQUENTE ESTORNO DE CRÉDITO, DISPÕE O ART. 3º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI N.º 03/09 QUE:

ART. 3º O CONTRIBUINTE ENQUADRADO NA POSIÇÃO CREDORA DEVERÁ EMITIR NO PERÍODO DA EFETIVA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA NOTA FISCAL PARA REGISTRO DA SAÍDA DA ENERGIA ELÉTRICA, INDICANDO CORNO VALOR DA OPERAÇÃO O APURADO EM CADA ESTABELECIMENTO MEDIANTE RATEIO PROPORCIONAL À CARGA MEDIDA NO PERÍODO, SEM DESTAQUE DE ICMS.

PARÁGRAFO ÚNICO. NA HIPÓTESE DESCRITA NO CAPUT DEVERÁ SER ESTORNADO O IMPOSTO CREDITADO, NOS TERMOS DO INCISO I DO ART. 71 DO RICMS.

O ART.71, INCISO I DA PARTE GERAL DO RICMS/02, ASSIM DISPÕE:

ART. 71. O CONTRIBUINTE DEVERÁ EFETUAR O ESTORNO DO IMPOSTO CREDITADO SEMPRE QUE O SERVIÇO TORNADO OU A MERCADORIA OU O BEM ENTRADOS NO ESTABELECIMENTO:

I - VIEREM A SER OBJETO DE OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE NÃO TRIBUTADA OU ISENTA, OBSERVADO O DISPOSTO NO § 3º DESTE ARTIGO E NO ARTIGO 74 DESTE REGULAMENTO;

(...)

Portanto, o critério previsto na legislação demanda que o estorno seja realizado na proporção entre as saídas de energia elétrica sem tributação e as saídas totais do estabelecimento (energia e outras mercadorias).

No mesmo sentido, como informou a Defesa, a Consulta de Contribuintes nº 250/11 conclui nos termos da decisão exarada quando diz:

“Logo, para o estorno em questão cada estabelecimento deve estabelecer o percentual de participação da saída de energia não tributada, apurada a partir do valor informado na nota fiscal que acobertou a operação interestadual, acima referida, sobre o valor das operações (energia e outras mercadorias) praticadas no mesmo período, aplicando o resultado daí obtido sobre o total dos créditos nele apropriados.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a forma observada pela Fiscalização nestes autos encontra-se incorreta e não representa a proporcionalidade prevista na legislação.

Além do rateio da sobra de energia (saldo credor na CCEE), que deve ser efetuado pelo consumo de cada estabelecimento, também não foi calculada a participação das saídas de energia nas saídas totais do estabelecimento, a fim de aplicar o resultado sobre o total dos créditos apropriados, que seria a forma correta do estorno dos créditos em questão.

Conforme mencionado, a Fiscalização apurou o estorno do crédito somente pela diferença entre a energia faturada pela Cemig e a efetivamente consumida pela Contribuinte, com base nas faturas emitidas pela Cemig.

Logo, a metodologia de cálculo aplicada aos autos, encontra-se totalmente destoante do que determina a legislação e do entendimento deste Conselho.

O lançamento, portanto, traz critério jurídico de apuração do crédito a ser estornado absolutamente desprovido de qualquer base jurídica, incorrendo em erro de direito, que se traduz em vício insanável.

Destaca-se que a Assessoria do CC/MG, em parecer constante de fls. 290/313, reconhece e propõe uma “mudança de metodologia”, que não foi acatada pela Câmara.

Portanto, o vício de forma existente no ato administrativo consiste na utilização de método de apuração do estorno de crédito que não encontra respaldo na legislação tributária, o que determina a nulidade do Auto de Infração.

Ressalte-se que a nulidade do lançamento não traz *prima facie* prejuízos à Fazenda Estadual, pois a Fiscalização pode sanar os vícios, renovar a ação fiscal e constituir o crédito tributário mediante novo lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em declarar nulo o lançamento. Vencidos os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e Cindy Andrade Morais, que não o consideravam nulo. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Frederico Menezes Breyner e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Marcelo Nogueira de Morais.

Sala das Sessões, 21 de maio de 2015.

Antônio César Ribeiro
Presidente / Relator

T

21.869/15/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.869/15/1 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000234513-92	
Impugnação:	40.010136927-21	
Impugnante:	Magnesita Refratários S/A	
	IE: 001066066.00-16	
Proc. S. Passivo:	Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)	
Origem:	DF/Contagem	

Voto proferido pelo Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu, nos termos do art. 53 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.

Na decisão proferida, acordou a 1^a Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em declarar nulo o lançamento.

Contudo, há fundamentos fáticos e jurídicos para que se julgue válido o lançamento.

Primeiramente, cabe mencionar que a autuação decorre de constatação de que a Autuada não estornou o crédito de ICMS aproveitado, no período de abril de 2013 a março de 2014, relativo à aquisição de energia elétrica no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica-CCEE, haja vista a sua posição credora no Mercado de Curto Prazo, promovendo recolhimento a menor do imposto.

A Impugnante se aproveitou integralmente dos créditos de ICMS referentes à energia elétrica contratada, ignorando o fato de que, ao final do período de apuração, parte da energia elétrica não havia sido consumida.

O fundamento da nulidade estaria no fato da Fiscalização não ter seguido o critério correto, ou seja, aquele referente ao art. 71, inciso I, do RICMS/02, que assim dispõe:

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;

Para tanto, menciona-se a Instrução Normativa SUTRI nº 03/09, a qual equipara as vendas de energia elétrica por consumidor livre, no mercado de curto prazo da CCEE, às operações interestaduais com energia elétrica.

Contudo, observa-se que a energia contratada e não consumida somente poderia ser equiparada a uma saída tributada ou isenta subsequente, na melhor das hipóteses, de forma ficta. Como haver saída subsequente, se a energia elétrica simplesmente não foi consumida no processo industrial da empresa, deixando, assim, de contribuir para a produção de qualquer mercadoria a ser comercializada?

O que melhor expressa o ocorrido é que o Contribuinte teve direito ao crédito correspondente ao montante de energia elétrica contratada. Somente ao final do período de apuração é que se tornou possível constatar se a empresa estava na posição credora, em relação à energia elétrica contratada. Esta circunstância corresponde, sim, ao descrito no § 2º do referido art. 71 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 71.

(...)

§ 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. (Grifou-se).

(...)

Sendo assim, tal “modificação das circunstâncias” mencionada anteriormente refere-se à situação inicial de ter direito ao crédito contratado, que, ao final do período de apuração, passa à condição de estorno de crédito em função do não consumo integral da energia elétrica contratada.

Nada mais correto que se calcular a diferença entre a quantidade de energia contratada e a consumida para, então, apurar-se o valor de crédito a ser estornado.

Verifique-se, por outro lado, que se a Fiscalização tivesse utilizado o critério de apuração do estorno baseado na comparação entre saídas totais e saídas não tributadas, este critério de apuração poderia dar ensejo a duas possibilidades:

a) Se todas as saídas efetivas de mercadorias do estabelecimento fossem tributadas e a “saída fictícia de energia elétrica não consumida” fosse, então, a única “saída de mercadoria isenta ou não tributada”: o cálculo realizado pela Fiscalização corresponderia **exatamente** ao valor estornado na peça fiscal;

b) Se o contribuinte tivesse saídas efetivas de mercadorias isentas ou não tributadas: o valor do estorno sobre a energia elétrica não consumida seria ainda maior do que o valor apurado pela Fiscalização, agravando o ônus para o contribuinte, cuja autuação decorre, exclusivamente, do aproveitamento indevido de crédito decorrente de consumo de energia inferior ao contratado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui-se, portanto, que o critério de apuração adotado pela Fiscalização é o que corresponde **exatamente** ao motivo do estorno.

Sendo assim, afasto a nulidade do lançamento arguida pela Impugnante.

Sala das Sessões, 21 de maio de 2015.

**Alexandre Périssé de Abreu
Conselheiro**

CC/MIG