

Acórdão: 4.642/16/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000257061-18
Recurso de Revisão: 40.060140505-57
Recorrente: Arcelormittal Brasil S/A
IE: 367094007.03-33
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento sobre as seguintes irregularidades fiscais, referentes ao período de 1º de janeiro de 2009 a 31 de março de 2014:

1) recebimento de energia elétrica sem documentação fiscal. Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada, previstas na Lei nº 6763/75, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, respectivamente;

2) aproveitamento de crédito de energia elétrica em desacordo com a legislação tributária, sendo exigido o ICMS e as Multas de Revalidação e Isolada previstas no art. 56, inciso II e no art. 55, inciso XXVI, respectivamente, ambos da Lei nº 6.73/75.

As penalidades isoladas foram majoradas em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, na decisão constante do Acórdão nº 21.981/16/3ª, à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 836/859 e, ainda, para considerar no cálculo das entradas desacobertas, os documentos fiscais de aquisição de energia elétrica não registrados na EFD, mas apresentados em função do despacho interlocutório; 2) excluir a Multa Isolada do art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à situação dos autos; 3) limitar a majoração da multa isolada remanescente, considerando o PTA incluído às fls. 850.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 1.334/1.343.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 21.251/13/3ª e 22.082/16/1ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls.1.398/1.409, opina, em preliminar pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, no mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

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

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal relativa à divergência jurisprudencial.

Quanto ao Acórdão nº 21.251/13/3ª:

A Recorrente afirma que a decisão recorrida diverge do Acórdão nº 21.251/13/3ª, *“em especial quanto à interpretação acerca do regime jurídico das operações interestaduais envolvendo energia elétrica”*, pois, a seu ver, a Câmara *a quo* parte da premissa de que, *“sendo equiparadas pela legislação às saídas interestaduais de energia elétrica, as liquidações perante a CCEE, em que ocorre a ‘venda’ da sobra de energia não consumida, seriam abarcadas por não incidência”*.

Entende, porém, que tal conclusão seria diametralmente diversa daquela firmada no acórdão paradigmático onde consta a afirmação de que a previsão contida no art. 155, § 2º, inciso X da CF/88 *“tem por objetivo transferir a arrecadação, na sua totalidade, para a unidade da Federação destinatária de tais mercadorias, inclusive quando estas forem utilizadas em finalidade diversa da sua industrialização ou comercialização. Assim, tal norma não se constitui em hipótese de desoneração fiscal tendente a favorecer o consumidor como afirma a Impugnante e sim, em uma norma de repartição das receitas tributárias entre os Estados”*.

Enfatiza que, *“o cotejo entre os trechos reproduzidos evidencia a manifesta dissonância de entendimento entre ambas as decisões, pois para o r. aresto recorrido a equiparação das liquidações na CCEE às saídas interestaduais de energia elétrica induz à conclusão de que estas últimas estariam sujeitas à não incidência do ICMS, ao passo que, para o v. acórdão paradigma, as normas que regem tais operações (e por equiparação, das liquidações na CCEE), no tocante aos seus efeitos fiscais, consistem em regra de competência ativa para exigência do imposto, e não desoneração fiscal”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que a “referida distinção é extremamente relevante, “in casu”, à medida que o estorno de créditos de ICMS se opera, tão-somente, no caos de operações subsequentes isentas ou não tributadas (art. 155, § 2º, II e 70, II, do RICMS), o que não é a hipótese”.

Conclui, dessa forma, que “a tese sufragada no r. acórdão paradigma, no sentido de que a saída interestadual de energia e, por equiparação, a liquidação no âmbito da CCEE ‘não se constitui em hipótese de desoneração fiscal’, evidencia que a ausência de destaque na NF respectiva deve ser interpretada como deslocamento de competência em prol do Estado no qual situado o consumidor respectivo, a quem competirá arcar com o ICMS, a ser destacado na nota fiscal de entrada”, sendo nítida, a seu ver, a divergência entre as decisões confrontadas.

No entanto, em que pesem os argumentos da Recorrente, analisando-se os autos e o inteiro teor do acórdão indicado como divergente (Acórdão nº 21.251/13/3ª), constata-se não lhe assistir razão, uma vez que não restou caracterizada a alegada divergência jurisprudencial.

Ressalte-se, nesse sentido, que o acórdão indicado como paradigma analisou matéria totalmente distinta da decisão recorrida (créditos indevidos de energia elétrica utilizada em áreas alheias à atividade principal do estabelecimento e também repassada a outras pessoas jurídicas que exerciam atividades dentro da área física do parque industrial do estabelecimento autuado), não tendo, portanto, qualquer relação, direta ou indireta, com operações com energia elétrica no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que estão submetidas a normas específicas da legislação mineira.

Observe-se que o acórdão paradigma, em momento algum, apregoa qualquer possibilidade de manutenção do crédito em casos envolvendo saída interestadual de energia elétrica amparada pela não incidência do ICMS, mesmo porque, o caso analisado na decisão paradigmática se refere a situação em sentido inverso, ou seja, entrada de energia elétrica em estabelecimento mineiro, e não de saída de energia para outro estado.

Por outro lado, a decisão recorrida não se amparou, exclusivamente, no fato de as operações de venda de excedente de energia elétrica, no âmbito da CCEE, estarem sujeitas à não incidência do ICMS, para respaldar a glosa dos créditos efetuada pelo Fisco, pois a Câmara *a quo* externou claramente em sua decisão que os créditos glosados referiam-se à parcela da energia elétrica não consumida pelo estabelecimento da Recorrente, não gerando, pois, direito a créditos do imposto, uma vez que, por consequência, não foi utilizada em seu processo produtivo, *verbis*:

DECISÃO RECORRIDA (ACÓRDÃO Nº 21.981/16/3ª)

“... CONFORME RELATADO, A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA VIA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CCEE DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, ALÉM DE APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO IMPOSTO EM RAZÃO DE NÃO UTILIZAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA NO

ESTABELECIMENTO. AS INFRAÇÕES OCORRERAM EM DIVERSAS COMPETÊNCIAS DOS EXERCÍCIOS DE 2009 A 2014.

[...]

APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO IMPOSTO

A IMPUGNANTE É CLASSIFICADA COMO CONSUMIDOR LIVRE, PODENDO ADQUIRIR A ENERGIA ELÉTRICA A SER UTILIZADA EM SEU ESTABELECIMENTO LIVREMENTE NO MERCADO. NO ENTANTO, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE SE PREVER COM EXATIDÃO, NO MOMENTO DA AQUISIÇÃO, QUAL SERÁ A QUANTIDADE DE ENERGIA EFETIVAMENTE CONSUMIDA, **OS CONTRATOS BILATERAIS PODEM APRESENTAR QUANTIDADES DE ENERGIA ELÉTRICA SUPERIORES OU INFERIORES AO CONSUMO EFETIVO DO ADQUIRENTE.**

AS DIFERENÇAS DEVEM SER COBERTAS POR CONTRATOS BILATERAIS SUPLEMENTARES OU LIQUIDADAS VIA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE, DE ACORDO COM O PLD VIGENTE PARA O PERÍODO.

NOS MESES EM QUE O CONSUMO É INFERIOR AO MONTANTE CONTRATADO, A IMPUGNANTE DÁ SAÍDA EM ENERGIA ELÉTRICA POR MEIO DA CCEE (POSIÇÃO CREDORA), EM OPERAÇÕES SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, NOS TERMOS DO § 2º, INCISO I DO ART. 53-F DO ANEXO IX DO RICMS/02:

[...]

NO CASO DOS AUTOS, A ENERGIA ELÉTRICA FOI COMERCIALIZADA VIA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE, AO ABRIGO DE UMA NÃO INCIDÊNCIA QUE EM MUITO SE ASSEMELHA AO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DAS SAÍDAS INTERESTADUAIS DE ENERGIA ELÉTRICA.

ESSE É O ENTENDIMENTO JÁ EXTERNADO PELA SEF/MG EM RESPOSTA À CONSULTA DE CONTRIBUINTES N.º 158/07, FORMULADA PELA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – FIEMG, QUANDO AFIRMA QUE “... O CONVÊNIO ICMS 15/2007, AO DISCIPLINAR AS OPERAÇÕES REFERENTES ÀS LIQUIDAÇÕES NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE, PROCUROU SE ABSTRAIR DO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO ORDINARIAMENTE APLICADO À HIPÓTESE, ADOTANDO UM REGIME PECULIAR. O TRATAMENTO DISPENSADO POR ESTE CONVÊNIO EQUIPAROU AS SAÍDAS E AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA RELATIVAMENTE ÀS LIQUIDAÇÕES NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EM RELAÇÃO A DETERMINADOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS.” (GRIFOU-SE).

POR FORÇA DO ART. 155, § 2º, INCISO X DA CF/88, AS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ENERGIA ELÉTRICA NÃO SE SUJEITAM À INCIDÊNCIA DO TRIBUTO:

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96, EM SEUS ARTS. 3º, 20 E 21, APRESENTA DISPOSIÇÕES SEMELHANTES NO QUE SE REFERE À NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ENERGIA ELÉTRICA E TAMBÉM NO QUE TANGE À VEDAÇÃO AO CRÉDITO DE ICMS PARA AS MERCADORIAS OBJETO DE SAÍDAS POSTERIORES NÃO TRIBUTADAS:

[...]

POR OCASIÃO DAS SAÍDAS DE ENERGIA ELÉTRICA PROMOVIDAS POR CONSUMIDORES LIVRES OU AUTOPRODUTORES NO ÂMBITO DO MERCADO DE CURTO PRAZO - MCP DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE, EM VIRTUDE DA INDETERMINAÇÃO EM TORNO DA QUALIFICAÇÃO DESSAS OPERAÇÕES COMO INTERNAS OU INTERESTADUAIS, NÃO SERÁ EXIGIDO O ICMS, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 53-F, § 2º, INCISO I DA PARTE 1 DO ANEXO IX DO RICMS/02:

[...]

NO MESMO SENTIDO, O ART. 66, INCISO III DO RICMS/02 LIMITA O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO IMPOSTO PELA ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA ÀS SITUAÇÕES EM QUE ELA É USADA OU CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO:

ART. 66. OBSERVADAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES DESTE TÍTULO, SERÁ ABATIDO, SOB A FORMA DE CRÉDITO, DO IMPOSTO INCIDENTE NAS OPERAÇÕES OU NAS PRESTAÇÕES REALIZADAS NO PERÍODO, DESDE QUE A ELAS VINCULADO, O VALOR DO ICMS CORRESPONDENTE:

.....

III - À ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA USADA OU CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO, OBSERVADO O DISPOSTO NO § 4º DESTE ARTIGO;

.....(GRIFOU-SE)

VÊ-SE QUE HÁ UM AMPLO ARCABOUÇO LEGAL, TRANSITANDO DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ATÉ AS NORMAS REGULAMENTARES INTERNAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS A AUTORIZAR O ESTORNO DE ICMS NA HIPÓTESE DOS AUTOS...”

Em resumo: a alegada divergência jurisprudencial somente se caracterizaria se a Recorrente apresentasse eventual decisão deste E. Conselho que admitisse a manutenção dos créditos de ICMS em operações que destinassem energia elétrica a outros estados ao amparo da não incidência do ICMS, o que não ocorreu no caso presente.

Quanto ao Acórdão nº 22.082/16/1ª:

De acordo com a Recorrente, “a segunda divergência se refere à interpretação da legislação no tocante ao critério adotado pelo Fisco para concluir pela existência de entradas desacobertas de energia”.

A Recorrente relata, nesse sentido, que, *“baseando-se em sua interpretação do artigo 53-E do Anexo IX do RICMS, conclui o acórdão recorrido, no tocante à metodologia do levantamento quantitativo, que deveriam ser comparados o volume de consumo, por cada ponto de consumo dentro do perfil do agente junto à CCEE, e o montante adquirido, mediante multiplicação do percentual de carga (consumo) de cada estabelecimento do perfil pelo total de contratos de fornecimento daquele (agente), a fim de verificar se há notas fiscais acobertando todas as operações”*.

Porém, segundo a Recorrente, outro critério foi considerado por este E. Conselho, no julgamento que culminou no Acórdão nº 22.082/16/1ª, *“segundo o qual há a necessidade de se considerar, para aferir os montantes adquiridos e consumidos, o volume constante da contabilização da própria CCEE, que indica, individualmente, volumes contratados e consumidos por estabelecimento (sem o rateio percentual)”*.

A seu ver, a divergência é cristalina, pois, nesse *decisum*, o Conselho *“confirma que os relatórios da CCEE trazem o valor individual, por estabelecimento, do montante consumido e contratado, os quais devem ser cotejados diretamente, evitando que não se considerem ‘os reais fatos geradores da base de cálculo do tributo quando devido”*

No entanto, ao contrário do alegado pela Recorrente, mais uma vez não se mostra caracterizada a alegada divergência jurisprudencial.

Ressalte-se, inicialmente, que o feito fiscal analisado pelo acórdão paradigmático, diferentemente da decisão recorrida, versava, exclusivamente, sobre saídas de energia elétrica desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo, irregularidade inexistente no presente processo, que se limitou, no que concerne às sobras de energia não consumida pelo estabelecimento autuado, a promover o estorno dos respectivos créditos.

De acordo com o Fisco (no acórdão paradigma) o Sujeito Passivo (*estabelecimento da “White Martins”, CNPJ nº 35.820.448/0155-91*) teria deixado de emitir documento fiscal de saída que acobertasse a parcela da energia elétrica adquirida, mas não utilizada, uma vez que não restou comprovada a sua comercialização por meio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (*o “agente centralizador” das operações na CCEE era o estabelecimento da “White Martins”, com o CNPJ nº 35.820.448/0001-36, que englobava nesse CNPJ seus diversos pontos de consumo, dentre eles, o estabelecimento autuado*).

Em função disso, foi exigido o ICMS relativo às saídas desacobertadas, com os respectivos acréscimos legais (multa de revalidação e multa isolada por saída desacobertada – art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75).

Feito esse esclarecimento, mostra-se necessário destacar os pontos principais do acórdão nº 22.082/16/1ª (paradigma), que o distinguem da decisão recorrida e que demonstram a inexistência da alegada divergência jurisprudencial:

a) em sua própria ementa consta a informação de que as normas contidas nos arts. 53-E e 53-F do Anexo IX do RICMS/02, bem como no Convênio ICMS nº 15/07, que disciplinam a matéria em apreço, haviam sido integralmente cumpridas pelo Sujeito Passivo, o que não ocorreu no processo examinado pela Câmara *a quo*, 4.642/16/CE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tanto é que, neste último caso, foram constatadas entradas de energia elétrica desacobertadas de documentação fiscal, exatamente pela inobservância dos referidos dispositivos legais.

ACÓRDÃO Nº 22.082/16/1ª (PARADIGMA)

EMENTA:

“... MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – IMPUTAÇÃO FISCAL DE QUE A CONTRIBUINTE PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, O QUE FOI APURADO POR MEIO DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS, PREVISTO NO ART. 194, INCISO II DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA DO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75, ESTA ÚLTIMA MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO) EM RAZÃO DE DUPLA REINCIDÊNCIA, NOS TERMOS DO ART. 53, §§ 6º E 7º DO CITADO DIPLOMA LEGAL. NO ENTANTO, DEMONSTROU-SE CORRETO O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS POR PARTE DA AUTUADA, EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NOS ARTS. 53-E E 53-F DO ANEXO IX DO RICMS/02 E NA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO ICMS Nº 15/07. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

(GRIFOU-SE)

b) assim como aconteceu no caso examinado pela Câmara *a quo*, o acórdão indicado como paradigma reconheceu a legitimidade da técnica do levantamento quantitativo elaborado pelo Fisco, cujo critério, ao contrário do alegado pela Recorrente, foi idêntico ao do presente processo (decisão recorrida). A decisão pela improcedência do lançamento se deu por motivo outro, não vinculado à técnica propriamente dita, o que será explicado no item seguinte:

Acórdão nº 22.082/16/1ª (Paradigma)

“... A FISCALIZAÇÃO UTILIZOU COMO PROCEDIMENTO FISCAL O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ROTEIRO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO MINEIRA, TÉCNICAMENTE IDÔNEO, IMPLICANDO EM SIMPLES CÁLCULOS ARITMÉTICOS APLICADOS A PARTIR DE INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES DO CONTRIBUINTE, CONFORME ART. 194, INCISO II DO RICMS/02:

[...]

A FISCALIZAÇÃO EFETUOU, PREVIAMENTE AO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, O AJUSTE DA QUANTIDADE DE ENERGIA CONTABILIZADA NA CCEE EM MWH, COMO CONSTA DA PLANILHA DE FLS. 11. DESSA FORMA, TEM-SE QUE O AJUSTE DE CONTABILIZAÇÃO FOI OBTIDO PELA DIFERENÇA ENTRE O MONTANTE CONTRATADO (COLUNA “CONTRATADO AGENTE”) E O MONTANTE CONSUMIDO (COLUNA “CONSUMO AGENTE”) COM RATEIO PERCENTUAL DE CONSUMO DA CARGA; CHEGANDO-SE, ENTÃO, À CONTABILIZAÇÃO DA CARGA MWH, OU SEJA, A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

QUANTIDADE REAL DE ENERGIA ELÉTRICA DISPONIBILIZADA PELA AUTUADA NO ÂMBITO DA CCEE.

A APURAÇÃO DAS DIFERENÇAS ENTRE AS QUANTIDADES DE ENERGIA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA E O CONSUMO REGISTRADO ESTÁ DEMONSTRADA NA PLANILHA DE FLS. 13.

VERIFICA-SE, SEM GRANDE ESFORÇO, QUE A APURAÇÃO REALIZADA PELA FISCALIZAÇÃO ENCONTRA-SE CORRETA E ESPELHA A REALIDADE DAS OPERAÇÕES REALIZADAS, ESPECIALMENTE NO QUE TANGE AO MONTANTE DE ENERGIA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA, DECORRENTE DOS CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, BEM COMO NO QUE SE REFERE AOS DADOS DE MEDIÇÃO DE CONSUMO DE ENERGIA NOS PERÍODOS FISCALIZADOS, REFLETIDOS NOS RELATÓRIOS DA CCEE...” (GRIFOU-SE).

c) a legislação que rege a matéria referente às operações com energia elétrica no âmbito da CCEE adotou o critério financeiro para fins de verificação da posição devedora ou credora do “Agente”, assim entendido o confronto entre os totais de créditos e débitos (em moeda nacional – R\$) relativos a valores devidos ou recebidos a título de comercialização de energia elétrica, incluídos os encargos do sistema e outras rubricas.

Por essa razão, é possível que em alguns meses, apesar de o consumo de energia do “Agente” ser inferior à quantidade contratada (o que, em tese, configuraria uma posição credora), a liquidação da CCEE apure para ele uma posição devedora. Consequentemente, apesar de ter sobrado energia elétrica, será emitida nota fiscal de entrada de energia (e não de saída, com nota fiscal da energia não consumida, como seria de se esperar).

A decisão recorrida cita, como exemplo, o mês de julho de 2008 no qual o “Agente Centralizador” (“White Martins”, CNPJ nº 35.820.448/0001-36) consumiu energia em quantidade inferior à contratada (coluna “1” – crédito referente comercialização de excedentes de energia), mas, ao final, teve uma posição devedora em função dos débitos relativos às rubricas indicadas no quadro abaixo:

Razão Social do Agente	Pagamento do Distribuidor a CCEE por energia (R\$) (Número positivo representa valor a receber)	Pagamento do Distribuidor a CCEE por Encargo de Serviço do Sistema (R\$)	Ajuste Mensal de Disputas do Distribuidor (R\$)	ESS-Razão Segurança Energética e CAR do Distribuidor (R\$)	Ajuste do Distribuidor devido a Liminares (R\$)	Ajuste do Distribuidor devido Despacho nº 2002/2008 - ANEEL (R\$)	Pagamento / Recebimento Total do Agente (R\$)
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)=(1)+(2)+(3)+(4)+(5)+(6)
WHITE MARTINS GASES	198.064,80	-90.716,82	-3.083,71	-601.287,13	-20.085,95	69.055,46	-448.053,35

Os VALORES POSITIVOS referem-se aos créditos do "Agente", enquanto que os NEGATIVOS são relativos aos débitos a ele imputados

Assim, de acordo com o art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, o “Agente” deveria emitir uma nota fiscal de entrada de energia, rateando para seus

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimentos, de forma proporcional ao consumo de cada um deles, o valor total de sua posição devedora (R\$ 448.053,35).

Portanto, ao contrário da acusação fiscal, haveria uma nota fiscal de entrada de energia, e não, uma nota fiscal de saída, sendo este o fator principal que culminou em uma decisão pela improcedência do lançamento.

Segue abaixo, o restante do acórdão paradigma com mais detalhes sobre o acima exposto, que enfatiza, ainda, a impossibilidade de o Sujeito Passivo ter dado saída a energia elétrica desacobertada de documentação fiscal, pelos motivos que explana:

ACÓRDÃO Nº 22.082/16/1ª (PARADIGMA)

“É DE SE NOTAR QUE A LEGISLAÇÃO ADOTOU O CRITÉRIO FINANCEIRO (CONFRONTO ENTRE O VALOR DA ENERGIA CONTRATADA E O VALOR DA ENERGIA CONSUMIDA OU DISPONIBILIZADA), EM DETRIMENTO DO CRITÉRIO FÍSICO (CONFRONTO ENTRE A QUANTIDADE DE ENERGIA CONTRATADA E A QUANTIDADE DE ENERGIA CONSUMIDA OU DISPONIBILIZADA), NO MOMENTO DE APURAR A POSIÇÃO CREDORA OU DEVEDORA DO AGENTE.

POR ESSA RAZÃO, É POSSÍVEL QUE EM ALGUNS MESES, APESAR DE O CONSUMO DE ENERGIA DO AGENTE SER INFERIOR À QUANTIDADE CONTRATADA (O QUE, EM TESE, CONFIGURARIA UMA POSIÇÃO CREDORA), A LIQUIDAÇÃO DA CCEE APURE PARA ELE UMA POSIÇÃO DEVEDORA. CONSEQUENTEMENTE, APESAR DE TER SOBRADE ENERGIA ELÉTRICA, SERÁ EMITIDA NOTA FISCAL DE ENTRADA DE ENERGIA (E NÃO DE SAÍDA DA ENERGIA NÃO CONSUMIDA, COMO SERIA DE SE ESPERAR).

[...]

OUTRO FATOR DETERMINANTE SE DEVE AO FATO DE QUE O AGENTE “WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA.”, PESSOA JURÍDICA PROPRIETÁRIA DE DIVERSOS ESTABELECIMENTOS INDUSTRIAIS, SER CONSUMIDOR LIVRE REGISTRADO JUNTO À CCEE COM O CNPJ 35.820.448/0001-36, E ENGLOBAL NESSE CNPJ SEUS DIVERSOS PONTOS DE CONSUMOS, DENTRE ELES, O ESTABELECIMENTO DA AUTUADA E, PELA METODOLOGIA ADOTADA NA CONTABILIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES, APESAR DESSES ESTABELECIMENTOS SEREM AUTÔNOMOS E POSSUÍREM CNPJS PRÓPRIOS, DIVERSOS DO DA MATRIZ, TODOS ELES SÃO TRATADOS COMO UM ÚNICO AGENTE PARA FINS DE LIQUIDAÇÃO, IDENTIFICADOS, DE FORMA CONJUNTA, PELO CNPJ DA MATRIZ.

[...]

COMO SE VÊ ACIMA, É POSSÍVEL QUE UM AGENTE CONSUMA MENOS ENERGIA DO QUE CONTRATOU, O QUE EM TESE GERARIA UMA POSIÇÃO CREDORA, MAS, AO FINAL DA LIQUIDAÇÃO PROMOVIDA PELA CCEE, OBTENHA UMA POSIÇÃO DEVEDORA, EM RAZÃO DA CONTABILIZAÇÃO DOS DEMAIS ENCARGOS QUE ONERAM O PREÇO DE TODA A ENERGIA CONSUMIDA. TAIS ENCARGOS NÃO SÃO ESPECIFICADOS NO CONTRATO BILATERAL

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FIRMADO COM FORNECEDOR, NA MEDIDA EM QUE SÓ PODEM SER CONHECIDOS NO MOMENTO DA GERAÇÃO/CONSUMO DA ENERGIA.

[...]

COMO JÁ VISTO, NO MÊS DE JULHO DE 2008, APESAR DE TER HAVIDO UMA SOBRA DE ENERGIA ELÉTRICA, A POSIÇÃO FINAL DO AGENTE FOI DEVEDORA EM R\$ 448.053,35 (QUATROCENTOS E QUARENTA E OITO MIL, CINQUENTA E TRÊS REAIS E TRINTA E CINCO CENTAVOS), O QUE DEMANDA A EMISSÃO DE NOTA FISCAL PELA ENTRADA DE ENERGIA, NOS TERMOS PREVISTOS NO ART. 53-F DO ANEXO IX DO RICMS/02:

[...]

É DE SE OBSERVAR QUE O VALOR DO ICMS A SER RECOLHIDO POR CADA ESTABELECIMENTO EM RAZÃO DESSA POSIÇÃO DEVEDORA, CONFORME INCISO II DO ART. 53-F DO ANEXO IX DO RICMS/02 E ARTS. 1º E 2º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI Nº 03/09 SERÁ ESSE VALOR "GLOBAL" SUBMETIDO A RATEIO PROPORCIONAL RELATIVO À CARGA MEDIDA NO PERÍODO EM CADA UNIDADE DE CONSUMO.

[...]

NO EXEMPLO CITADO, SEGUNDO AS NORMAS TRANSCRITAS, A POSIÇÃO DEVEDORA DO AGENTE (-R\$ 448.053,35) DEVE SER DISTRIBUÍDA ENTRE OS ESTABELECIMENTOS (PONTOS DE CONSUMO), NA PROPORÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA POR CADA UM DELES NO PERÍODO DE APURAÇÃO.

[...]

OUTRO PONTO A DESTACAR, É QUE A AUTUADA ESTÁ CONECTADA A UMA REDE DE DISTRIBUIÇÃO. ASSIM, DIFERENTEMENTE DE QUALQUER OUTRA MERCADORIA, A ENERGIA A ELA DESTINADA PASSA NECESSARIAMENTE POR ESSA REDE, AO PASSO QUE A ENERGIA NÃO CONSUMIDA E DISPONIBILIZADA PARA O SISTEMA ELÉTRICO INTERLIGADO OU, SE FOSSE POSSÍVEL, PARA OUTRO CONTRIBUINTE, TAMBÉM, NECESSARIAMENTE, PERCORRERIA A REDE DO MESMO SISTEMA.

A WHITE MARTINS, CONFORME RESSALTA EM SUA DEFESA, O QUE NÃO É CONTESTADO PELA FISCALIZAÇÃO, NÃO É COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA E, NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR LIVRE NÃO PODERIA, À ÉPOCA DO PERÍODO FISCALIZADO, CELEBRAR CONTRATO BILATERAL DE VENDA DA ENERGIA EXCEDENTE, NÃO CONSUMIDA, PARA OUTRO CONTRIBUINTE. DESSA FORMA, É OBRIGADA A LIQUIDAR TODO O SEU EXCEDENTE DE ENERGIA VIA CCEE.

[...]

POR OUTRA VIA, CONSIDERANDO QUE A LEGISLAÇÃO DETERMINA EXPRESSAMENTE QUE A NOTA FISCAL PELA SAÍDA (OU PELA ENTRADA) DE ENERGIA ELÉTRICA A SER EMITIDA POR CADA ESTABELECIMENTO É O RESULTADO DA LIQUIDAÇÃO PROMOVIDA

PELA CCEE MULTIPLICADO PELO PERCENTUAL DE CARGA DO ESTABELECIMENTO, NÃO HÁ QUE COMO NÃO CONSIDERAR QUE A AUTUADA CUMPRIU SUAS OBRIGAÇÕES, CONFORME DEMONSTRA OS DOCUMENTOS POR ELA ANEXADOS ÀS FLS.725/775.

[...]

UMA VEZ QUE, NECESSARIAMENTE, COMO DEMONSTRADO, A ENERGIA ADQUIRIDA E NÃO CONSUMIDA PELA AUTUADA, INDEPENDENTEMENTE DO MONTANTE DA DIFERENÇA, É DISPONIBILIZADA PARA O SISTEMA E LIQUIDADA VIA CCEE, NÃO SE PODE AFIRMAR QUE A ENERGIA ELÉTRICA QUE EFETIVAMENTE ENTROU NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA, TEVE SUA POSTERIOR SAÍDA DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

DIANTE DESTA CONSTATAÇÃO, RELEVANTE DESTACAR O SEGUINTE CONSIDERANDO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI Nº 03/09:

“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;” (DESTACOU-SE)

LOGO, NÃO HÁ TAMBÉM, NA HIPÓTESE, EM QUE SE FALAR EM EXIGÊNCIA DE ICMS.

EMBORA O LEVANTAMENTO EFETUADO PELA FISCALIZAÇÃO TENHA SIDO REALIZADO DE FORMA CORRETA, O ART. 53-F, INCISOS I E II DO ANEXO IX DO RICMS/02 DETERMINA QUAL É O DOCUMENTO FISCAL A SER EMITIDO PELA AUTUADA EM DECORRÊNCIA DE LIQUIDAÇÃO NA CCEE NA HIPÓTESE EM COMENTO, O QUE FOI POR ELA OBSERVADO CONFORME DEMONSTRA OS DOCUMENTOS POR ELA ANEXADOS ÀS FLS.725/775, NÃO CABENDO AO FISCO EXIGIR DO CONTRIBUINTE OBRIGAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO...”

(GRIFOU-SE).

Verifica-se, pois, como já afirmado, que não se trata de divergência jurisprudencial, como afirmado pela Recorrente, e sim, de decisões distintas em razão de circunstâncias fático-legais também distintas.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Carlos Alberto Moreira Alves, Marcelo Nogueira de Moraes e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 26 de agosto de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Cindy Andrade Moraes
Relatora

CL