

Acórdão: 23.397/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001171165-11
Impugnação: 40.010147257-11
Impugnante: Companhia Nacional de Cimento - CNC
IE: 001023154.00-78
Proc. S. Passivo: Simone Alves Monteiro França/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA – FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS. Constatada a falta do estorno de créditos por aquisições de energia elétrica proporcionalmente às saídas não tributadas, em razão de posição credora nas liquidações no âmbito do Mercado de Curto Prazo da CCEE. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, ambos da Lei nº 6.763/75. Contudo, os estornos não podem se estender aos créditos decorrentes de aquisições de energia fora do âmbito da CCEE. Assim, exclui-se da base de cálculo do estorno de crédito os valores relativos às aquisições de energia elétrica da empresa Cemig Distribuição S.A.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Falta de emissão de notas fiscais nas saídas interestaduais de energia elétrica, em razão de posição credora nas liquidações no âmbito do Mercado de Curto Prazo da CCEE. Correta a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, constatadas no período de 01/01/17 a 31/12/17:

- recolhimento a menor do ICMS pela falta de estorno de créditos relativos às aquisições de energia elétrica proporcionalmente às saídas não tributadas da mercadoria, em razão da posição credora nas liquidações no âmbito do Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE;

- falta de emissão das NF correspondentes às referidas operações de saída de energia elétrica.

Pela primeira irregularidade, exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (50% do valor do ICMS) e a Multa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, e § 2º, inciso II, da mesma lei (10% do valor da operação).

Pela segunda irregularidade, exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II e § 2º, inciso II, também da Lei nº 6.763/75 (10% do valor da operação).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 59/74, sob os seguintes argumentos:

- as aquisições de energia elétrica - EE no Ambiente de Contratação Livre - ACL têm natureza de contratos futuros (reserva de energia), importando em operações financeiras, e convertem-se em contratos efetivos quando do consumo efetivo ou permanecem meras posições financeiras credoras liquidadas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, com conseqüente conversão em pecúnia;

- os contratos têm por objeto o direito de adquirir a energia ou obter o valor não consumido pelo preço da data da liquidação;

- a multa isolada pela falta de emissão de notas fiscais (art. 55, inciso II), referente às consideradas saídas de energia, pela posição credora na CCEE, é desarrazoada e desproporcional, voltada a operações interestaduais que sequer ensejam o pagamento do ICMS, não tendo havido prejuízo à administração tributária;

- ainda que cabível, tal multa deveria ser limitada a 10% (dez por cento) do valor da operação, tratando-se de operações sem incidência do ICMS, nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75;

- o estorno de crédito não é cabível, porque as liquidações de posições credoras na CCEE, equiparadas a operações interestaduais de venda de EE, não são de fato operações isentas ou não tributadas pelo ICMS, mas sim operações tributadas exclusivamente no destino;

- por eventualidade, ainda que fosse devido o estorno, indevidas seriam as penalidades dos arts. 55, inciso XIII, e 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, aplicadas de forma cumulativa com base no mesmo suporte fático, já que a falta de recolhimento teria decorrido da falta de estorno proporcional do crédito;

- a quantificação do ICMS a estornar considerou não somente as aquisições de energia no Ambiente de Contratação Livre, gerenciadas pela CCEE, mas também as aquisições no Mercado Cativo, relativas às faturas da CEMIG, energia essa efetiva e integralmente consumida.

Ao final, pede a nulidade do lançamento, por imprecisão do seu conteúdo, associada à inclusão de aquisições de energia no mercado cativo, ou a sua improcedência, por seu equívoco conceitual, ou, subsidiariamente, sua procedência parcial, para considerar apenas uma penalidade, no caso, a do art. 56, inciso II da citada lei.

A Fiscalização apresenta Manifestação às fls. 112/126, na qual afirma que:

- a regra constitucional que prevê a não incidência nas operações interestaduais com energia elétrica não está dissociada da vedação ao crédito pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entrada da mercadoria alcançada pela não incidência, prevista no art. 155, § 2º, inciso II, alínea “a” e inciso X, alínea “b”, da Constituição Federal;

- conforme sistemática definida pelos arts. 53-E e 53-F do Anexo IX do RICMS/02, que trata das operações no mercado de curto prazo da CCEE, a saída de energia elétrica somente tem incidência do ICMS no caso de operação interna;

- nos termos do art. 66, inciso III, do RICMS/02, o crédito relativo a energia elétrica se limita à hipótese de seu uso ou consumo no estabelecimento;

- os procedimentos definidos pela Resolução SEF nº 4.956/16 foram corretamente observados no lançamento;

- o art. 3º, inciso I, da citada resolução determina a aplicação do índice de estorno sobre o crédito relativo às entradas de energia, sem fazer distinção quanto à sua origem, mesmo porque seria impossível separar a sua utilização no processo produtivo segundo sua origem;

- cada uma das multas foi aplicada por infrações distintas, relativas à obrigação principal ou acessória.

Pede a procedência do lançamento.

A Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fl. 130, para que a Impugnante apresente informações relacionadas com aquisições de energia elétrica junto à Cemig Distribuição S.A. e, às fls. 134/159, a Impugnante junta documentos correspondentes.

Às fls. 161/163, a Fiscalização volta a se manifestar, no sentido de que a documentação não prejudica o feito, pois a Resolução nº 4.956/16 determina a aplicação do índice de estorno sobre as entradas de energia no período, sem fazer distinção quanto à sua origem.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades, constatadas no período de 01/01/17 a 31/12/17:

- recolhimento a menor do ICMS pela falta de estorno de créditos relativos às aquisições de energia elétrica proporcionalmente às saídas não tributadas da mercadoria, em razão da posição credora nas liquidações no âmbito do Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE;

- falta de emissão das NF correspondentes às referidas operações de saída de energia elétrica.

Pela primeira irregularidade, exige-se o ICMS, a multa de revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (50% do valor do ICMS) e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, e § 2º, inciso II, da mesma lei (10% do valor da operação).

Pela segunda irregularidade, exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II e § 2º, inciso II, também da Lei nº 6.763/75 (10% do valor da operação).

A alegação de nulidade do lançamento tem por objeto questão de mérito e como tal será tratada nesta decisão.

O tratamento tributário às operações de liquidação no âmbito do Mercado de Curto Prazo da CCEE está minuciosamente definido na legislação estadual, especificamente no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, com respaldo no Convênio ICMS nº 15/07.

Não há como adotar a tese da Impugnante de que os contratos representam somente a reserva da possibilidade de aquisição da energia. É entendimento consolidado que a posição credora na liquidação da CCEE configura uma saída de energia elétrica, uma vez que representa um quantitativo do contrato de aquisição que não chegou a ser efetivamente consumido pela contratante, mas, ao ser disponibilizado no sistema pela contratada, foi consumido por outro contribuinte.

Também não há como acolher a argumentação de que as operações interestaduais de venda de energia não seriam operações isentas ou não tributadas pelo ICMS, mas sim operações tributadas exclusivamente no destino.

Na saída interestadual de mercadoria, por expressa disposição do art. 155, § 2º, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, não incide o imposto, ainda que o fato decorrente dessa saída, que é a entrada no estabelecimento de destino, esteja sujeita à incidência. Esse é um fato gerador totalmente distinto, especialmente quanto aos aspectos pessoal, que define o contribuinte do imposto (no caso, o destinatário/adquirente), o espacial, que define o sujeito ativo (no caso, a UF de destino), e o temporal, que define o momento da ocorrência do fato gerador (no caso, a entrada da energia no destinatário).

As multas aplicadas estão em consonância com a legislação. Não há que se falar em cumulatividade com o mesmo fato, porque cada uma tem como suporte uma situação específica.

A Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75 incidiu pelo descumprimento da obrigação acessória de emitir nota fiscal pela saída da energia elétrica dada a posição credora na CCEE. Originalmente, esta penalidade seria de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da operação, mas foi reduzida ao limite de 10% (dez por cento) sobre a mesma base de cálculo, em obediência ao disposto no § 2º, inciso II, do mesmo artigo.

A Multa Isolada do art. 55, inciso XIII, da mesma lei, foi aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória relacionada com utilização indevida de crédito decorrente de entrada de mercadoria com operação subsequente não tributada. Originalmente, esta multa seria de 50% (cinquenta por cento) do valor da operação, mas, nos termos do mesmo limitador, foi reduzida a 10% (dez por cento).

E a Multa de Revalidação do art. 56, inciso II, também da Lei nº 6.763/75, decorreu do descumprimento da obrigação principal de recolhimento do imposto, em razão do aproveitamento indevido de créditos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os procedimentos para o estorno de crédito estão definidos nos arts. 71 a 74-A, do RICMS/02, inclusive a regra para que ele seja feito no mesmo período em que ocorrer a saída não tributada:

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;

(...)

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.

Relativamente à quantificação do valor a estornar, a Fiscalização baseou-se nos critérios específicos para a situação, previstos pela Resolução 4.956, de 13 dezembro de 2016, que produziu efeitos a partir de 1º/01/17.

A partir da metodologia definida, foi apurado um índice a partir da relação entre o resultado positivo do balanço energético (que representa a “sobra” de energia em MWh) e a quantidade total de energia adquirida via CCEE. Em seguida, esse índice foi aplicado sobre os créditos pelas entradas de energia no período.

A forma de apuração está muito clara e objetivamente definida na resolução, inclusive com as fórmulas aplicáveis, e mostra-se apropriada, ao buscar dimensionar o estorno bem especificamente aos resultados das operações na CCEE.

A Impugnante contesta o fato de que o índice de estorno foi aplicado, não somente aos créditos por aquisições de energia na CCEE, mas também aqueles havidos por aquisições no ambiente regulado. Sobre isso, a Fiscalização sustenta seu procedimento na redação do inciso I do art. 3º da citada resolução, que fala em entradas de energia, sem especificar sua origem:

Art. 3º - Na hipótese do perfil de agente apresentar posição credora e o seu Balanço Energético apresentar valor positivo, caracterizando disponibilização de energia elétrica para o mercado, todos os estabelecimentos a ele associados deverão:

I - estornar o valor correspondente à aplicação do Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido, a que se refere o § 2º, sobre o crédito do imposto apropriado, relativo às entradas de energia elétrica no estabelecimento, no período de referência da liquidação financeira; (destacou-se)

Contudo, o inciso não pode ser interpretado dissociado do *caput*, cujo conteúdo trata do Balanço Energético, que, conforme definição do § 1º do mesmo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

artigo, é o resultado das operações com energia elétrica, evidentemente realizadas no âmbito da CCEE:

§ 1º - Para efeito do disposto neste artigo, considera-se Balanço Energético o resultado, em quantidade de energia elétrica, no período de referência da liquidação financeira, das operações de compra, venda, geração e consumo de energia elétrica do perfil de agente, cujo valor será apurado da seguinte forma: de compra, venda, geração e consumo de energia elétrica do perfil de agente, cujo valor será apurado da seguinte forma:

Ademais, a resolução como um todo trata especificamente das operações no âmbito da CCEE, como se infere de seu conteúdo e como bem resume sua ementa:

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 e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficit - MCS D.

Dessa forma, não seria razoável interpretar que a resolução que buscou estabelecer um critério específico para as operações na CCEE e definiu um indicador de estorno a partir de dados específicos dessas operações, determinasse sua aplicação sobre operações de aquisições de energia fora desse âmbito, que não têm nenhuma relação com as saídas sem incidência de ICMS que motivam o estorno de crédito.

Portanto, o índice de estorno apurado deve ser aplicado somente sobre os créditos de energia havidos em operações no âmbito da CCEE, devendo-se, por conseguinte, ser excluídas dos cálculos, em todos os períodos da autuação, as operações de fornecimento de energia pela Cemig Distribuição S.A.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir da base de cálculo do estorno de crédito os valores relativos às aquisições de energia elétrica da empresa Cemig Distribuição S.A. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmar Pieri Campos (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 12 de setembro de 2019.

Heldo Luiz Costa
Relator

Marco Túlio da Silva
Presidente

D

23.397/19/1ª