

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Acórdão: 24.408/22/3ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.001862472-55  
Impugnação: 40.010151500-71, 40.010153887-60 (Coob.), 40.010153899-10 (Coob.)  
Impugnante: Coteminas S.A.  
IE: 433390833.01-77  
Josué Christiano Gomes da Silva (Coob.)  
CPF: 493.795.776-72  
Pedro Garcia Bastos Neto (Coob.)  
CPF: 014.936.636-15  
Proc. S. Passivo: Gileno Ronaldo da Silva/Outro(s)  
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

**EMENTA**

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - ENERGIA ELÉTRICA. Acusação fiscal de fornecimento de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo específico, sem o estorno proporcional dos créditos de ICMS apropriados no momento da entrada dessa mesma mercadoria. Infração não caracterizada. Canceladas as exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.**

**Lançamento improcedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

Versa a presente autuação sobre a acusação fiscal, lastreada em levantamento quantitativo, de que a Autuada forneceu energia elétrica desacobertada de documentação fiscal, no período de 01/01/16 a 31/12/16, sem promover o estorno proporcional dos créditos apropriados no momento da entrada dessa mesma mercadoria, não utilizada no processo de industrialização.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Foram incluídos na sujeição passiva, na condição de Coobrigados, os administradores da empresa, Srs. Josué Christiano Gomes da Silva e Pedro Garcia Bastos Neto, com fulcro no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN c/c 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Portaria Secretaria da Receita Estadual (SER) nº 148/15.

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnações às págs. 24/60 (repetidas às págs. 217/253), cujos argumentos são refutados pelo Fisco às págs. 182/208 (ratificada às págs. 293/294).

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de págs. 295/296, gerando as seguintes ocorrências:

(I) esclarecimentos do Fisco - págs. 297/305;

(II) concessão de vista dos autos aos Sujeitos Passivos pelo prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 140 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Administrativos - RPTA – págs. 306;

(III) apesar de regularmente intimados, os Sujeitos Passivos não se pronunciaram sobre a medida em questão.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs 309/331, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito pela improcedência do lançamento.

---

## **DECISÃO**

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

### **Da Preliminar**

#### **1. Arguição de Nulidade do Lançamento – “Impossibilidade de Autuação de Período Já Fiscalizado”:**

Os Impugnantes alegam que “o Auto de Infração está eivado de nulidade, na medida em que o período objeto da autuação já foi fiscalizado. Conforme brevemente delineado nos fatos iniciais, a Fiscalização contactou a Impugnante, em meados de 2017, para verificar supostas irregularidades cometidas no período de 2012 a 2017, o qual compreende, inequivocamente, o período de janeiro a dezembro de 2016, objeto do auto ora impugnado”, acrescentando que “o objetivo do contato realizado em 2017 não foi outro senão a verificação do cumprimento de todas as obrigações tributárias, principal e acessória, pela Impugnante no que tange as operações com energia elétrica no mercado livre”.

Salientam que, “em decorrência da fiscalização realizada àquela época, a Impugnante formalizou os Termos de Autodenúncia, autuados sob os n.ºs 05.000282466-76 e 05.000282528-46 (vide Doc. 02), para o recolhimento do ICMS devido pela liquidação de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo, no período de 2012 a 2017, tanto para a posição credora (sobras de energia equiparadas equivocadamente como venda de energia elétrica no mercado, quanto para a posição devedora (déficits de energia)”.

Ressaltam que, “independentemente do resultado dos mencionados Processos Administrativos de Autodenúncia, fato é que o artigo 149 do Código Tributário Nacional somente permite a reabertura/revisão de períodos já fiscalizados e

objetos de lançamento, ainda que por autodenúncia, nas hipóteses em que restar comprovada a ocorrência de uma das situações previstas nos seus incisos”, isto é, “a revisão e do lançamento ou de autodenúncia somente é autorizada em situações em que a Fiscalização visualizar erro de fato no lançamento incorrido por ela própria ou se verificada a ocorrência de atos ou omissões do contribuinte”.

Enfatizam que “essa situação, sem qualquer dúvida, não é o caso do período de janeiro a dezembro de 2016, que, portanto, não poderia ter sido novamente fiscalizado. Isso quando considerado que o objetivo da fiscalização anterior foi justamente o cumprimento das obrigações principais e acessórias decorrentes das operações com energia elétrica realizadas pela Impugnante no âmbito do mercado livre e liquidadas no Mercado de Curto Prazo”.

Afirmam, nesse sentido, que, “quando da fiscalização realizada em 2017, a Autoridade Fiscal teve acesso a todos os livros, documentos fiscais e esclarecimentos da Impugnante, procedendo à verificação, de forma ampla e abrangente, de todas as operações com energia elétrica realizadas no período, de forma que era possível identificar eventuais irregularidades, não havendo razão para uma nova autuação”.

Reiteram que, “considerando que o presente caso não se enquadra em qualquer das hipóteses que autorizam a revisão do lançamento pela autoridade administrativa (previstas no art. 149 do CTN) e que houve formalização de Termos de Autodenúncia, a Fiscalização está legalmente vedada de efetuar lançamento de ofício no período já fiscalizado e que é objeto do presente Auto de Infração, qual seja de janeiro a dezembro de 2016”.

Concluem, nesses termos, que, “diante do vício insanável praticado pela Fiscalização, torna-se nulo o lançamento de novos créditos tributários relativamente ao período de janeiro a dezembro de 2016, objeto do presente Auto de Infração, vez que já fiscalizado anteriormente, devendo ser integralmente cancelado o presente auto de infração”.

No entanto, ao contrário da alegação dos Impugnantes, inexiste qualquer vício no presente lançamento, que possa acarretar a sua nulidade.

Na verdade, o que se verifica é que os Impugnantes, ao fazerem menção aos Termos de Autodenúncia n<sup>os</sup> 05.000282466-76 e 05.000282528-46, formalizados para regularizar “o recolhimento do ICMS devido pela liquidação de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo, no período de 2012 a 2017, tanto para a **posição credora** (sobras de energia equiparadas equivocadamente como venda de energia elétrica no mercado, quanto para a **posição devedora** (déficits de energia)”, confundem as operações de liquidações de sobras e déficits do Mercado de Curto Prazo no âmbito da CCEE (posições financeiras credoras ou devedoras) com o procedimento relativo a levantamentos quantitativos de energia elétrica.

Ressalte-se, nesse sentido, que o levantamento quantitativo referente ao presente lançamento foi realizado sob a égide do art. 53-E, § 2º do Anexo IX do RICMS/02, enquanto as exigências relativas aos Termos de Autodenúncia supracitados estão respaldadas em norma distinta (art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02), que disciplina fatos também distintos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em termos práticos, o levantamento quantitativo realizado no presente processo, tem por objetivo precípua verificar se as notas fiscais emitidas pelos fornecedores de energia estão de acordo com as quantidades de energia constantes nos respectivos contratos bilaterais de fornecimento da energia, nos termos previstos no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, bem como averiguar se o total de energia disponibilizada ao agente corresponde à utilizada (consumida, vendida ou sobras liquidadas na CCEE).

Por sua vez, os procedimentos fiscais baseados nas normas estabelecidas no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 têm por objetivo verificar se o estabelecimento autuado cumpriu as suas obrigações, principal e acessórias, em relação às suas posições financeiras devedoras e credoras, quanto às operações com energia elétrica no Mercado de Curto Prazo da CCEE (liquidação das diferenças – sobras e déficits).

Assim, a inexistência de identidade das irregularidades apuradas nos procedimentos acima pode ser resumida da seguinte forma:

a) Saídas desacobertadas (Levantamento Quantitativo x Operações na CCEE):

Em levantamentos quantitativos, eventuais saídas desacobertadas de energia elétrica somente são apuradas se houver contratos de vendas registrados na CCEE, sem a emissão, total ou parcial, da documentação fiscal correspondente.

Nas operações relativas ao Mercado de Curto Prazo, saídas desacobertadas são apuradas quando o contribuinte deixa de emitir as notas fiscais referentes à liquidação de suas posições financeiras credoras, equiparadas a saídas interestaduais de energia, por se tratar de ambiente multilateral, ou seja, todos os agentes compradores adquirem energia elétrica do conjunto dos vendedores, sem que haja uma relação direta entre comprador e vendedor.

b) Entradas desacobertadas (Levantamento Quantitativo x Operações na CCEE):

No levantamento quantitativo, apura-se ausência de notas fiscais ou notas fiscais de fornecedores consignando quantidade de energia inferior à efetivamente adquirida mediante contratos bilaterais (e energia autoproduzida – consórcios de energia, conforme o caso).

Nas operações relativas ao Mercado de Curto Prazo, as entradas desacobertadas apuradas referem-se às liquidações das posições financeiras devedoras, que representam entradas adicionais de energia elétrica (déficits de energia, em relação ao total contratado e autoproduzida).

c) Créditos Indevidos (Levantamento Quantitativo x Operações na CCEE):

Em levantamentos quantitativos, o estorno de créditos se restringe à parcela excedente de energia elétrica consignada nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores de energia, com relação ao montante contratado (e autoproduzida, conforme o caso – consórcios de energia).

Por outro lado, nas operações relativas ao Mercado de Curto Prazo, o estorno se refere à liquidação de posições financeiras credoras (sobras de energia) no Mercado de Curto Prazo da CCEE, equiparadas a saídas interestaduais de energia, fato que enseja a glosa proporcional dos créditos pelas entradas, por se tratar de saída subsequente da mesma mercadoria amparada pela não incidência do ICMS.

Verifica-se, portanto, como já afirmado, que os Impugnantes confundem as operações de liquidações de sobras e déficits do Mercado de Curto Prazo no âmbito da CCEE (posições financeiras credoras ou devedoras) com o procedimento relativo a levantamentos quantitativos de energia elétrica.

Não há que se falar, dessa forma, em revisão de lançamento, pois inexistente relação entre os dois procedimentos acima, por se tratar de matérias distintas, sujeitas a dispositivos legais também distintos.

Rejeita-se, portanto, a prefacial arguida.

## **Do Mérito**

### **2.1. Da Irregularidade Apurada**

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre a acusação fiscal, lastreada em levantamento quantitativo, de que a Autuada forneceu energia elétrica desacoberta de documentação fiscal, no período de 01/01/16 a 31/12/16, sem promover o estorno proporcional dos créditos apropriados no momento da entrada dessa mesma mercadoria, não utilizada no processo de industrialização.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, respectivamente

Assim como ocorreu na preliminar acima, no mérito os Impugnantes também confundem as operações de liquidações de sobras e déficits do Mercado de Curto Prazo no âmbito da CCEE (posições financeiras credoras ou devedoras) com o procedimento relativo a levantamentos quantitativos de energia elétrica, especialmente quando centram seus argumentos em conceitos inerentes à CCEE, nas regras estabelecidas no Convênio ICMS nº 15/07, art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 e Resolução 4.956/16, bem como quando defendem a *“desnecessidade de estorno de créditos para os períodos de janeiro, fevereiro e março de 2016 – posição devedora no Mercado de Curto Prazo”*.

No entanto, como já afirmado, as irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos de energia elétrica têm por objetivo precípuo verificar se as notas fiscais emitidas pelos fornecedores de energia estão de acordo com as quantidades de energia constantes nos respectivos contratos bilaterais de fornecimento da energia (e energia autoproduzida, mediante usinas consorciadas, se for o caso), nos termos previstos no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, não tendo nenhuma relação com a liquidação das posições devedoras ou credoras dos agentes da CCEE no Mercado de Curto Prazo, procedimento sujeito a dispositivo legal próprio, a saber: art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É o que se passa a demonstrar, tomando como exemplo um caso genérico, cujos dados se restrinjam ao consumo, à venda/revenda e aos contratos bilaterais de aquisições de energia, devendo-se destacar que nos demais casos o raciocínio é o mesmo, observadas as demais variáveis, se for o caso (energia gerada pelas usinas consorciadas, por exemplo, que representa outra fonte de energia disponibilizada ao agente da CCEE).

Para a realização do levantamento quantitativo de energia elétrica, são utilizados os seguintes pressupostos e/ou definições:

- A energia elétrica não pode ser armazenada/estocada, por se tratar de mercadoria intangível. Então o estoque inicial e o estoque final serão sempre iguais à zero;
- O balanço energético do perfil do agente é o resultado, em quantidade de energia elétrica (MWh), de todas as suas movimentações com energia (compra, venda/revenda, geração e consumo).

Um resultado positivo, caracteriza sobras de energia, enquanto um resultado negativo representa um déficit de energia do agente.

Essas sobras e déficits serão liquidadas no Mercado de Curto Prazo, no âmbito da CCEE, e são tratadas como “Ajustes” no levantamento quantitativo (acréscimo positivo dos déficits ou subtração das sobras), para se evitar qualquer duplicidade com as autuações envolvendo as contabilizações e liquidações das operações com energia elétrica realizadas no âmbito da CCEE;

- O total de energia disponível (contratada e autoproduzida – usinas consorciadas, se for o caso), incluindo o PRONINFA e eventuais déficits, deve ser igual à energia de alguma forma utilizada, seja sob a forma de consumo, revenda ou sobras liquidadas na CCEE;

De acordo com o disposto no art. 53-E, §§ 2º e 4º do Anexo IX do RICMS/02, os fornecedores de energia elétrica devem observar o seguinte:

- as notas fiscais devem ser emitidas de acordo com a distribuição de cargas prevista para os pontos de consumo de cada estabelecimento;
- a base de cálculo da operação é o preço total contratado (ao qual está integrado o montante do próprio imposto), observada a distribuição de cargas, no caso de dois ou mais pontos de consumo.

Efeitos de 26/01/2007 a 31/08/2018

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:

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/08/2018

I - emitir mensalmente nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e para cada estabelecimento destinatário;

Efeitos de 26/01/2007 a 31/08/2018

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - lançar e recolher o imposto devido, no caso de fornecimento a consumidor livre ou a autoprodutor.

§ 1º O agente localizado em outra unidade da Federação que assumir a posição de fornecedor de energia elétrica em relação a adquirente localizado em território mineiro deverá manter inscrição no Cadastro de Contribuintes deste Estado."

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/08/2018

§ 2º Em caso de contrato globalizado por submercado, o agente fornecedor emitirá Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, de acordo com a distribuição de cargas prevista para os pontos de consumo de cada estabelecimento, ainda que não identificada no contrato, devendo ser considerada qualquer redistribuição promovida pelo adquirente entre estabelecimentos de sua titularidade.

Efeitos de 26/01/2007 a 31/08/2018

§ 3º O adquirente informará ao fornecedor a sua real distribuição de cargas por estabelecimento bem como suas alterações.

Efeitos de 26/01/2007 a 31/08/2018

§ 4º Na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo 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. (Grifou-se)

Presumindo-se que todas as operações de aquisições e revendas de energia elétrica tenham sido efetuadas com o regular acobertamento fiscal (exceto as relativas ao PROINFA, para as quais não há obrigação de emissão de nota fiscal para acobertar a entrada no estabelecimento do consumidor livre), verifica-se que, diminuindo-se do total de energia disponível a quantidade de energia consumida, revendida e eventuais sobras deve-se obter um resultado igual a zero.

$$\text{Entradas C/NF + PROINFA + Déficits} - \text{Consumo} - \text{Vendas C/NF} - \text{Sobras} = 0$$

Assim, inexistindo diferenças positivas ou negativas na fórmula acima, conclui-se que todas as operações com energia elétrica foram feitas na forma estabelecida no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, ou seja, nesta situação **não** haveria qualquer infração à legislação.

Porém, se houver alguma diferença, positiva ou negativa, as conclusões que podem ser extraídas são as seguintes:

### 1ª) Diferenças negativas:

As diferenças negativas retratam entradas de energia elétrica desacobertas de documentação fiscal, no tocante à diferença, ou seja, as entradas de energia elétrica, em MWh (Mega watt-hora), consignadas nas notas fiscais de entradas, mais o PROINFA, foram inferiores ao consumo e à revenda de energia (observados os déficits

ou sobras de energia e o rateio de cargas, no caso de dois ou mais estabelecimentos consumidores associados ao perfil do agente).

2ª) Diferenças positivas:

Inexistindo saídas desacobertadas, as diferenças positivas permitem a conclusão de que as quantidades de energia elétrica consignadas nas notas fiscais de entradas, mais o PROINFA, observados os ajustes (sobras e déficits), são superiores aos montantes referentes aos contratos bilaterais (e energia autoproduzida, se for o caso), ou seja, o contribuinte tem documentação fiscal hábil, porém com quantidades superiores ao seu consumo/vendas (observados os ajustes e o rateio de cargas, conforme o caso), sendo necessário o estorno proporcional do crédito referente à parte excedente da energia elétrica consignada nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da Autuada.

Eventuais saídas desacobertadas de energia somente são apuradas se houver contratos de vendas registrados na CCEE, sem a emissão, total ou parcial, da documentação fiscal correspondente.

Saliente-se que podem ocorrer as duas situações simultaneamente, conforme exemplo a seguir:

- Diferença positiva apurado no levantamento quantitativo: 1.0000 MWh;
- Contratos de vendas registrados na CCEE: 600 MWh;
- Notas fiscais de vendas emitidas: 400 MWh;
- Saídas sem notas fiscais:  $600 - 400 = 200$  MWh;
- NFs de entradas com quantidade excedente de energia:  $1.000 - 200 = 800$  MWh

Grosso modo, o levantamento quantitativo apenas verifica se o total das entradas de energia elétrica com notas fiscais e PROINFA (incluindo os déficits, se for o caso) é equivalente às parcelas relativas ao consumo, às revendas e às sobras.

Verifica-se, portanto, que o levantamento quantitativo de energia elétrica **não** tem qualquer vínculo com a liquidação das diferenças das operações com energia elétrica no mercado de curto prazo no âmbito da CCEE.

Os dados relativos às quantidades de sobras ou déficits (MWh), informados pela CCEE, são utilizados no levantamento quantitativo apenas para verificação da energia efetivamente consumida pelo estabelecimento auditado, para fins de confrontação com a documentação fiscal emitida pelos fornecedores de energia elétrica, não importando, para efeito e no momento da realização do levantamento quantitativo, se o estabelecimento auditado cumpriu as suas obrigações principal e acessórias inerentes ao resultado da liquidação financeira das diferenças (posições financeiras credoras ou devedoras), nos termos estabelecidos em dispositivo legal próprio, a saber, art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02.

Em resumo:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- A glosa de créditos, quando ocorre, se limita à parcela excedente do imposto destacado nos respectivos documentos fiscais, em consequência de as notas fiscais indicarem quantidades de energia elétrica (MWh) superiores ao consumo, à revenda e às sobras (energia efetivamente disponível oriunda de contratos bilaterais e autoproduzida);
- A cobrança de ICMS, por entradas desacobertas, se refere aos casos em que os déficits de energia, em quantidade positiva, somados com entradas de energia com notas fiscais for inferior à quantidade total consumida e revendida.

A glosa de créditos efetuada em levantamentos quantitativos, realizada com fulcro no art. 70, inciso X do RICMS/02, restringe-se à parcela do imposto destacada a maior na documentação fiscal relativa à entrada de energia elétrica no estabelecimento, contrariando o disposto no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, já transcrito anteriormente, não tendo, pois, como já afirmado, qualquer vinculação com estornos inerentes às liquidações de diferenças das operações com energia elétrica no mercado de curto prazo, no âmbito da CCEE.

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

[...]

X - o valor do imposto estiver destacado a maior no documento fiscal, relativamente ao excesso;

No presente caso, não foram apuradas diferenças negativas, afastando a hipótese de ocorrência de entradas de energia desacobertas de documentação fiscal.

Feitos esses esclarecimentos, cabe lembrar que a acusação fiscal se refere a fornecimento de energia elétrica desacobrada de documentação fiscal, sem o estorno proporcional dos créditos apropriados no momento da entrada dessa mesma mercadoria, não utilizada no processo de industrialização.

A conclusão de que a acusação fiscal se refere a saídas de energia elétrica desacobrada de documentação fiscal é corroborada pelas seguintes afirmações do Fisco, constantes em sua manifestação:

### Manifestação Fiscal

“... Como já esclarecemos, o balanço energético é apenas a parcela denominada ‘Contabilização’ dentre os componentes da fórmula do levantamento quantitativo, sabendo-se que foi através desta fórmula que encontramos saídas de energia elétrica desacobradas cujas aquisições se deram com o crédito do ICMS, sendo necessário que se promova o estorno dos créditos de ICMS destas saídas que não foram tributadas, por constituírem-se estes créditos pelas entradas em créditos indevidos de energia elétrica não consumida no processo produtivo da autuada, sendo enriquecimento ilícito da autuada.

[...]

Assim, não foi sobre o resultado do Balanço Energético que o Fisco encontrou as diferenças desta exação, mas sim no confronto das entradas, saídas e consumo, e a partir daí foram aplicados os percentuais de entradas tributadas, além do índice estabelecido no laudo técnico, chegando-se ao saldo positivo da equação do levantamento quantitativo e que representa saída de energia elétrica desacobertada de documento fiscal e base de cálculo para estorno dos créditos de energia elétrica apropriados quando da aquisição.

[...]

Como já esclarecemos: em primeiro lugar o levantamento quantitativo não é o levantamento do balanço energético, mas o balanço energético é apenas uma parcela do levantamento quantitativo; em segundo lugar, o levantamento quantitativo apurou saldos credores que representam saídas desacobertadas e portanto, sujeitas ao estorno dos créditos de ICMS pelas entradas de energia elétrica; em terceiro lugar, apesar dos relatórios SUM 001 apresentarem saldo devedor, estes representam o saldo financeiro e não o saldo do balanço energético.

[...]

Por outro lado, o 'Percentual Limite de Estorno' adotado pelo Fisco visou tão somente verificar a existência de quantidade suficiente de aquisições de energia elétrica no período capaz de fazer frente ao estorno, evitando-se a exigência fiscal de estorno sobre entradas inexistentes. Assim, a quantidade de entradas de energia elétrica deve ser obrigatoriamente superior a quantidade de energia elétrica saída sem documentação fiscal, pois caso contrário não poderíamos exigir o estorno integral daquelas saídas desacobertadas. Portanto, o referido índice é utilizado tão somente para este fim, não tendo qualquer conexão com o 'Índice de Estorno e Recolhimento do Imposto Diferido' previsto na citada Resolução ..."

No entanto, como já afirmado, em levantamentos quantitativos, eventuais saídas desacobertadas de energia elétrica somente são apuradas se houver contratos de vendas registrados na CCEE, sem a emissão, total ou parcial, da documentação fiscal correspondente.

Assim, visando sanar qualquer hipótese de acusação fiscal em descompasso com as conclusões referentes ao procedimento fiscal, a Assessoria do CC/MG retornou os autos à origem, mediante a diligência de págs. 295/296, nos seguintes termos:

Diligência

"... No exercício da competência estatuída nos arts. 146 e 147, ambos do Regulamento do Processo e dos

Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, decide a Assessoria do CCMG retornar os autos à origem para que a Fiscalização diligencie no sentido de atender o seguinte:

1. Houve emissão de documentos fiscais relativos aos períodos objeto da presente autuação, para os quais o Perfil de Agente COTEMINAS SA, classe de perfil Autoprodutor, possuía contratos de venda de energia elétrica registrados na CCEE?

1.1. Caso seja negativa a resposta (no todo ou em parte) seria o caso de se restringir a acusação fiscal de “fornecimento” de energia desacoberta de documentação fiscal apenas para os períodos em que existiam contratos de venda registrados, porém sem a emissão da documentação correspondente?

1.2. Inexistindo, total ou parcialmente, falta de emissão de documentos fiscais relativos a contratos de venda registrados, se existentes, favor analisar eventual necessidade de retificação do relatório do Auto de Infração, excluindo a acusação fiscal de “fornecimento” de energia desacoberta de documentação fiscal, adequando-a ao código de ocorrência “Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido/Excesso de Crédito”.

1.3. Favor reanalisar a sujeição passiva atribuída aos Coobrigados, se for o caso.

1.4. Favor verificar, também, a necessidade de inserção do art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02 no campo próprio do Auto de Infração/Relatório Fiscal, relativo aos dispositivos tidos por infringidos;

2. Prestar outros esclarecimentos, se necessários forem.

Havendo a retificação do relatório do Auto de Infração, favor conceder ao Sujeito Passivo o prazo original de 30 (trinta) dias para aditamento ou apresentação de nova impugnação, bem como para pagamento/parcelamento do crédito tributário, com as reduções legalmente cabíveis.

Inexistindo a retificação, favor conceder vista dos autos ao Sujeito Passivo supra, por 5 cinco dias, nos termos do art. 140 do RPTA.”

Atendendo à solicitação, o Fisco assim se pronunciou (págs. 297/305):

Resposta do Fisco à Diligência.

“... Atendendo a Assessoria do CCMG, informamos que no período foram emitidas NFe de saídas para os contratos de venda registrados na CCEE.”

Em relação aos coobrigados, entendemos que o Subitem 1.8.8 do Anexo Único da Portaria S R E nº 148 de 16/10/2015 determina que os sócios gerentes sejam coobrigados nas exigências fiscais para o código de ocorrência 01.019.008 – Levantamento Quantitativo.

Em relação a inclusão da base legal do art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, entendemos tratar-se de excesso de zelo se considerados o ponto no qual se encontra o andamento da exação.

Em relação a acusação da falta de estorno dos créditos de ICMS pelo fornecimento de energia elétrica desacobertado de documentação fiscal ou “fornecimento de energia elétrica sem promover o estorno dos créditos de ICMS destas mercadorias não utilizadas no processo de industrialização”, passamos a esclarecer:

O ICMS incidirá quando a circulação gerar uma transferência de propriedade da mercadoria, não sendo suficiente apenas a saída física do bem móvel. Isto é, a circulação que enseja a incidência do ICMS é a movimentação econômica, assim, por exemplo, a remessa de produtos para uma exposição não ensejam a incidência do ICMS, pois, embora sejam mercadorias, não houve circulação do ponto de vista econômico.

Assim apenas a saída jurídica é capaz de constituir o fato gerador do ICMS.

Nasce o fato gerador tributário ao ocorrer concretamente fatos “com a consistência prevista na lei e revestido a forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata”, conforme leciona o autor ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 68.

De maneira simplificada, surgirá fato gerador da perfeita adaptação do fato ao modelo ou paradigma legal através da subsunção.

Para compreender o fato gerador do imposto e a essência tributária, em especial a materialidade da hipótese de incidência, os elementos integrantes da regra-matriz do ICMS devem ser analisados e aplicados de modo coerente e harmônico, existindo uma necessidade de restar claro o real sentido das palavras e expressões utilizadas pela Constituição Federal quando esta determina que a hipótese de incidência do ICMS sejam todas as operações relativas à circulação de mercadorias. Vejamos:

Circulação é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, devendo existir uma mudança de titularidade, isto é, uma movimentação com uma mudança de patrimônio. Relativamente à incidência de ICMS, não deve ter significado algum a circulação física dos bens (trânsito das mercadorias), nem mesmo a circulação econômica (alteração nas fases de produção, circulação e consumo), mas sim, exclusivamente, deverá ser relevante a circulação jurídica dos bens, a movimentação da titularidade.

Operações é a prática de ato jurídico, é o verdadeiro fato juridicizado. Em outras palavras, a operação é o real fato tributado do ICMS, sendo a circulação e as mercadorias adjetivos e consequências da operação. Conforme leciona o professor COELHO, Sacha Calmon Navarro em Curso de Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 480:

[...]

Todos os vocábulos devem se enquadrar em uma situação específica e serem analisados em conjunto, para que possam ocasionar o real nascimento do fato gerador do ICMS. Quer dizer, os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria” devem permanecer vinculados, “devendo os intérpretes e os destinatários do ICMS compreendê-los na sua concepção jurídica para o efeito de caracterização de sua incidência” conforme ensina o autor MELO, José Eduardo Soares de. ICMS: teoria e prática. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 19.

Percebe-se que nem toda a circulação de mercadorias será capaz de gerar o nascimento do fato gerador do tributo. Por exemplo, não poderá a mercadoria ter destinação para uso pessoal, bem como a circulação não poderá ser mera saída física do bem móvel, mas sim, deverá existir a mudança da titularidade.

Isto é, a saída física da mercadoria do estabelecimento comercial não é a hipótese de incidência do ICMS, esta previsão apenas integra o aspecto temporal da regra-matriz, é apenas o instante em que a lei considera ocorrida a hipótese de incidência do ICMS, conforme leciona o autor CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 53.

Podemos citar como exemplo, em que ocorrida saída física, mas ausente a incidência do tributo, caso de incêndio do estabelecimento comercial, para evitar a destruição das mercadorias, o comerciante, com a ajuda de seus empregados, leva os bens móveis para a rua, percebe-se que houve a saída física da

mercadoria, mas em momento algum houve mudança de titularidade.

Portanto, a saída física pode ser definida como a simples movimentação física da mercadoria, incorrendo qualquer operação mercantil, isto é, esta integra o aspecto temporal do antecedente da regramatrix, e terá importância se de fato concretizado fato gerador do tributo. Já a saída jurídica é a efetiva transferência de titularidade entre as partes que compõe o negócio de compra e venda, esta capaz de consumir o fato gerador, e fazer nascer a obrigação tributária.

Esta transferência da titularidade, para o Direito Civil, se concretiza com a imprescindível tradição do bem, a qual transforma direito pessoal em real. A entrega da mercadoria ao adquirente que produzirá a transferência do domínio e não a formalização de contrato de compra e venda. A tradição está prevista no artigo 1.267 do Código Civil, e prevê que a mudança de titularidade não depende apenas do negócio jurídico, mas sim da efetiva tradição do bem.

Para o autor CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 57: “A simples celebração do contrato de compra e venda de mercadorias não faz nascer o dever de pagar o ICMS. Tal dever só surgirá quando este contrato for executado, com a tradição, vale dizer, com a entrega efetiva das mercadorias”.

Deveria, portanto, a hipótese de incidência do tributo em questão ser a realização de operação mercantil, e não a saída física da mercadoria do estabelecimento comercial. Logo, só poderia o ICMS ser exigido após a operação mercantil ter sido efetivamente consumada, ou seja, trata-se de imposto sobre atos jurídicos.

Resta enquadrada situação da compra e venda de mercadorias na previsão do inciso II do artigo 116 do CTN, o qual impõe que a ocorrência do fato gerador das situações jurídicas se dá quando constituída definitivamente a situação. Portanto, reafirmamos que a concretização do fato gerador do ICMS se dá com a tradição dos bens móveis objetos do negócio jurídico.

Desta forma, o nascimento do dever de recolher o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias está ligado com o nascimento simultâneo dos seguintes pressupostos, conforme ensina o autor CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 60:

[...]

Não restam dúvidas que há consenso entre a doutrina e a jurisprudência no sentido de que necessária a circulação econômica e, primordialmente, a jurídica, que se perfazem somente quando ocorre alteração na titularidade da mercadoria ou serviço. Isto é, não é qualquer circulação de mercadorias que autoriza a cobrança do ICMS, mas apenas aquela em que ocorra a transferência onerosa da titularidade das mercadorias (circulação jurídica).

A energia elétrica apesar de bem intangível, é considerada mercadoria pelo Direito Civil, incidindo o ICMS.

No caso das aquisições de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Livre, é lavrado contrato de compra e venda entre as partes para fornecimento de energia elétrica, bem como a Nota Fiscal da energia elétrica contratada.

Importante salientar que a energia elétrica se encontra disponível na rede de transmissão e distribuição, sendo consumida ao longo do tempo, havendo medição deste consumo periodicamente. Portanto, a saída física é contínua e não em um só momento.

Há de se considerar ainda que no ACL a energia elétrica é transacionada livremente, ocorrendo o fornecimento de energia elétrica das UHE para os Comercializadores de energia elétrica que as revendem aos consumidores livres.

Portanto, na operação de venda com a transmissão da propriedade da energia elétrica da UHE-Usinas Hidrelétricas para os Comercializadores não haverá consumo pelo comprador, que irá revendê-la a terceiros consumidores livres, mas ainda assim ocorreu o fato gerador do ICMS com a emissão da nota fiscal relativa a esta operação.

Observa-se que mesmo não havendo a entrada física no estabelecimento da Comercializadora ocorreu o fato gerador do ICMS, eis que para fins tributários o documento fiscal garante a posse, e se assim não fosse, não haveria fato gerador nas vendas das UHE para os Comercializadores.

Desta forma, não há como se aplicar em sua íntegra as lições sobre saída física e saída jurídica para efeitos de verificação da ocorrência do fato gerador do ICMS na saída de energia elétrica.

Tem-se em primeiro lugar que houve a emissão de uma Nota Fiscal que definiu a negociação do contrato

de compra e venda, sendo está que documenta a tradição real do bem.

O parágrafo 4º do artigo 85 do RICMS dispôs que para efeito de pagamento do ICMS o fato gerador ocorrerá no momento da emissão da Nota Fiscal:

[...]

A Consulta de Contribuintes nº 132/2016 de 15/07/2016, no mesmo sentido, dispõe:

Consulta de Contribuintes nº 132/2016:

ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - FATO GERADOR - ALÍQUOTA - Para efeitos de recolhimento do ICMS pelo distribuidor de energia elétrica, relativamente aos fornecimentos desta mercadoria, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que ocorrer a emissão do respectivo documento fiscal, independentemente do momento da saída de fato da mercadoria, nos termos da alínea “e” do inciso I e § 4º, ambos do art. 85 do RICMS/2002. A Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica (NF/CEE) emitida para corrigir erros de documento anterior, nos termos do art. 53-I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/2002, deverá reportar-se à legislação da data de emissão do referido documento substituído. (Grifou-se).

No caso presente, a acusação é de falta de estorno dos créditos das aquisições de energia elétrica em razão das diferenças positivas encontradas na equação fundamental do levantamento quantitativo de energia.

Desta forma, a soma das Entradas com NF + Entradas do PROINFA + Resultado do Balanço Energético negativo, foi superior a soma das Saídas + Consumo + Balanço Energético Positivo:

(Entradas com NF + Entradas do PROINFA + Resultado do Balanço Energético negativo) > (Saídas + Consumo + Balanço Energético Positivo) = Diferenças Positivas.

Portanto, as diferenças positivas apuradas indicam que as operações de entradas de energia elétrica no período foram superiores as operações de saídas, indiciando o fornecimento de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal que tem presunção *juris tantum*.

A energia elétrica foi adquirida com a emissão de notas fiscais, contabilização do resultado negativo do Balanço energético junto ao MCP da CCEE, além das

aquisições das cotas do PROINFA, constituindo-se nas operações de entrada de energia elétrica no período.

Entretanto a soma das operações de saída de energia elétrica do período: consumo, cessões e a contabilização do resultado positivo do balanço energético junto ao MCP da CCEE, foi inferior as operações de entradas de energia elétrica do período.

Estando presentes todas as parcelas possíveis da equação, constitui-se a diferença em fornecimento de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal.

Contudo, considerando que houve entrada de energia elétrica tributada no período, o ICMS deverá ser estornado, sob pena de enriquecimento ilícito da autuada.

A propósito, o Acordão 24.088/22/3ª de 16 de março de 2022 no julgamento de situação idêntica convalida nosso entendimento:

Acordão 24.088/22/3ª de 16 de março de 2022

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. Evidenciado nos autos, o fornecimento de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal, sem promover o estorno dos créditos de ICMS destas mercadorias, não utilizadas no processo de industrialização, sendo exigido o ICMS estornado, a Multa de Revalidação (MR) nos termos do art. 56, inciso II e a Multa Isolada (MI) nos termos do art. 55, inciso XXVI, todos da Lei nº 6.763/75. ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA. Constatado, por meio de levantamento quantitativo, que a Autuada promoveu entrada de energia elétrica desacobertada de documentação fiscal, sendo exigido o ICMS, a Multa de Revalidação (MR) nos termos do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada (MI) nos termos do art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime. (Grifou-se).

#### CONCLUSÃO

Por todas as razões apresentadas, somos pela improcedência da impugnação, mantendo-se integralmente as exigências fiscais.

Atendendo a solicitação da Assessoria do CCMG, e nos termos do artigo 140 do RPTA – Decreto 44747 de 03/03/2008, solicitamos abertura de vistas ao autuado pelo prazo de 05 (cinco) dias.”

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se vê, apesar de ter informado que “no período foram emitidas NFe de saídas para os contratos de venda registrados na CCEE”, o Fisco continua a sustentar a tese de que as diferenças positivas apuradas no levantamento quantitativo caracterizam **fornecimento**, pela Autuada, de energia elétrica desacoberta de documentação fiscal.

No entanto, como já afirmado, inexistindo diferenças positivas ou negativas na fórmula abaixo, na qual o levantamento quantitativo se baseia, conclui-se que todas as operações com energia elétrica foram feitas na forma estabelecida no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02, ou seja, nesta situação **não** haveria qualquer infração à legislação.

$$\text{Entradas C/NF} + \text{PROINFA} + \text{Déficits} - \text{Consumo} - \text{Vendas C/NF} - \text{Sobras} = 0$$

Porém, se houver diferença positiva o que se presume é que as quantidades de energia elétrica consignadas nas notas fiscais de entradas, mais o PROINFA, observados os ajustes (sobras e déficits), são superiores aos montantes referentes aos contratos bilaterais (e energia autoproduzida – consórcios de energia, se for o caso) ou seja, o contribuinte tem documentação fiscal hábil, porém com quantidades superiores ao seu consumo/vendas (observados os ajustes e o rateio de cargas, conforme o caso), sendo necessário o estorno proporcional do crédito referente à parte excedente da energia elétrica consignada nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da Autuada.

Nesse sentido, necessárias se mostram as seguintes observações sobre as variáveis existentes na fórmula supracitada:

- PROINFA:

A quantidade de energia elétrica do PROINFA alocada para cada estabelecimento é uma informação fidedigna da CCEE.

Reitere-se que o PROINFA representa a energia elétrica proveniente de fontes alternativas (eólica, solar) e de pequenas centrais hidrelétricas (PCH), em operações centralizadas pela Eletrobrás, em relação às quais não há obrigação de emissão de nota fiscal para acobertar a entrada no estabelecimento do consumidor livre, nos termos da Cláusula Sexta do Ajuste SINIEF nº 03/09, que cuida das operações no âmbito do PROINFA.

Portanto, as diferenças positivas no levantamento não têm origem nessa variável.

- CONSUMO:

Trata-se também de informação fidedigna da CCEE, que indica o percentual de carga consumida por cada um dos estabelecimentos associados ao perfil do agente, para os casos em que há dois ou mais pontos de consumo. Existindo apenas um, o dado reflete o consumo efetivo de energia do estabelecimento único.

Para o consumo, não há obrigatoriedade de emissão de documento fiscal.

-SOBRAS E DÉFICITS (“Contabilização Carga”):

São duas outras variáveis lastreadas em documentação da CCEE, que indicam se houve déficits ou sobras nas movimentações de energia (balanço energético) do agente.

Como já afirmado, os dados relativos às quantidades de sobras ou déficits (MWh), informados pela CCEE, são utilizados no levantamento quantitativo apenas para verificação da energia efetivamente consumida pelo estabelecimento auditado, para fins de confrontação com a documentação fiscal emitida pelos fornecedores de energia elétrica, não importando, para efeito e no momento da realização do levantamento quantitativo, se o estabelecimento auditado cumpriu as suas obrigações principal e acessórias inerentes ao resultado da liquidação financeira das diferenças (posições financeiras credoras ou devedoras), nos termos estabelecidos no dispositivo legal próprio, a saber, art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02.

- VENDAS (COM NFs):

Havendo perfeita correspondência entre os contratos de venda registrados na CCEE e as notas fiscais emitidas, como ocorreu no caso dos autos, conforme informação do Fisco, conclui-se que não houve saída de energia desacoberta de documentação fiscal, vale dizer, a diferença positiva em análise não tem origem nessa variável.

- ENTRADAS COM NFs:

Inexistindo saída desacoberta e considerando-se que as demais variáveis acima não são a origem da diferença positiva apurada, conclui-se que nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da Autuada houve consignação de quantidades superiores ao consumo/venda da Autuada (observados os ajustes e o rateio de cargas, conforme o caso), contrariando o disposto no art. 53-E do Anexo IX do RICMS/02.

Destaque-se que a matéria ora analisada já foi enfrentada por este E. Conselho, mais especificamente no PTA nº 01.000725147-26, no qual também constava a acusação fiscal de saídas de energia elétrica desacobertas de documentação fiscal em situação análoga à do presente processo.

Na oportunidade, o Fisco exigia o encerramento do diferimento do ICMS, em relação à parcela da energia assim recebida, e o estorno proporcional dos créditos relativos às entradas tributadas.

Naquela oportunidade, foi feita diligência nos mesmos termos deste processo, conforme infratranscrito:

Diligência - PTA nº 01.000725147-26

“No exercício da competência estatuída nos arts. 146 e 147, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, decide a Assessoria do CC/MG retornar os autos à origem para que a Fiscalização diligencie no sentido de atender o seguinte:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**1.** Nos períodos objeto da presente autuação, o estabelecimento autuado/Agente Centralizador possuía contratos de venda de energia elétrica registrados na CCEE?

**1.1.** Caso positiva a resposta, favor apresentar documentação comprobatória nesse sentido, bem como comprovação da falta de emissão das notas fiscais inerentes aos referidos contratos;

**1.2.** Caso a resposta seja negativa, favor analisar a eventual necessidade de retificação do relatório do Auto de Infração, excluindo a acusação fiscal de saídas de energia desacobertas de documentação fiscal e a parcela das exigências vinculadas ao encerramento do diferimento do ICMS. (Grifou-se).

**2.** Prestar outros esclarecimentos, se necessários forem.

Havendo a retificação do relatório do Auto de Infração e do crédito tributário, favor conceder aos Sujeitos Passivo o prazo original de 30 (trinta) dias para aditamento ou apresentação de nova impugnação, bem como para pagamento/parcelamento do crédito tributário, com as reduções legalmente cabíveis.

Inexistindo a retificação, favor conceder vista dos autos aos Sujeitos Passivos supra, por 5 cinco dias, nos termos do art. 140 do RPTA.

Ocorrendo manifestação, favor replicar em seguida.”

Em atenção à medida, o Fisco excluiu a acusação de saída desacoberta, substituindo-a por aproveitamento indevido de créditos de energia elétrica (excesso de créditos em notas fiscais de entradas de energia).

No Acórdão nº 23.435/19/1ª, a D. 1ª Câmara de Julgamento relatou essa ocorrência e decidiu por considerar como não caracterizada a alegada saída desacoberta, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 23.435/19/1ª

PTA/AI: 01.000725147-26

IMPUGNANTE: NEXA RECURSOS MINERAIS S.A.

ORIGEM: DF/IPATINGA

EMENTA (PARCIAL):

“CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATADO QUE O CONTRIBUINTE APROPRIOU INDEVIDAMENTE CRÉDITO DE ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL COM INFORMAÇÃO DE QUANTIDADES DE ENERGIA ELÉTRICA SUPERIORES À CONTRATADA (OBSERVADO O RATEIO DE CARGAS), SENDO NECESSÁRIO O ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO REFERENTE À PARTE EXCEDENTE DA ENERGIA

ELÉTRICA CONSIGNADA NOS DOCUMENTOS FISCAIS. INFRAÇÃO APURADA POR MEIO DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIA, PREVISTO NO ART. 194, INCISO II, DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI, DA LEI Nº 6.763/75. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO RETIFICADO PELA CÂMARA DE JULGAMENTO, DE MODO A QUE SEJA CONSIDERADO, COMO ÍNDICE DE ESTORNO DE CRÉDITO, O PERCENTUAL EQUIVALENTE À DIVISÃO DA PARTE EXCEDENTE DA ENERGIA ELÉTRICA CONSIGNADA NOS DOCUMENTOS FISCAIS PELO TOTAL DE ENERGIA (MWh) INFORMADA NESSES MESMOS DOCUMENTOS.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - ENERGIA ELÉTRICA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. ACUSAÇÃO FISCAL DE SAÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL, APURADA POR MEIO DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIA, PREVISTO NO ART. 194, INCISO II, DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, POR ENCERRAMENTO DO DIFERIMENTO DO ICMS NAS ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA, E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75. EXIGÊNCIAS CANCELADAS PELO FISCO APÓS ANÁLISE DOS ARGUMENTOS E DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. (GRIFOU-SE)

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.”

RELATÓRIO:

“... NO LANÇAMENTO ORIGINALMENTE FORMALIZADO, A AUTUAÇÃO VERSAVA SOBRE A ACUSAÇÃO FISCAL DE REALIZAÇÃO DE SAÍDAS DE ENERGIA ELÉTRICA DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO REALIZADO NO PERÍODO DE OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2012.

EM FACE DE TAL IMPUTAÇÃO, AS EXIGÊNCIAS FORAM SEGREGADAS DA SEGUINTE FORMA:

A) SAÍDAS DESACOBERTADAS APURADAS EM DECORRÊNCIA DE ENTRADAS TRIBUTADAS DE ENERGIA ELÉTRICA (PROPORCIONALIDADE): AS EXIGÊNCIAS REFERIAM-SE AO VALOR DO ESTORNO DO ICMS INDEVIDAMENTE APROPRIADO, ACRESCIDO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, CAPITULADAS, RESPECTIVAMENTE, NO ART. 56, INCISO II E ART. 55, INCISO XXVI, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75;

B) SAÍDAS DESACOBERTADAS APURADAS EM DECORRÊNCIA DE ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA RECEBIDA COM DIFERIMENTO DO ICMS (PROPORCIONALIDADE): AS EXIGÊNCIAS REFERIAM-SE AO ICMS APURADO, EXIGIDO EM FUNÇÃO DO ENCERRAMENTO DO DIFERIMENTO DO IMPOSTO, ACRESCIDO DA MULTA DE

REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

[...]

A ASSESSORIA DO CC/MG EXARÁ O INTERLOCUTÓRIO DE PÁGS. 832/833, QUE GERA AS SEGUINTE OCORRÊNCIAS: (I) MANIFESTAÇÕES DA AUTUADA (PÁGS. 836/840 E 850/853), OPORTUNIDADE EM QUE ACOSTA AOS AUTOS A MÍDIA ELETRÔNICA DE FL. 848; (II) RÉPLICA FISCAL (PÁGS. 854/857); (III) DILIGÊNCIA (PÁGS. 859/860); (IV) RETIFICAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS TERMOS DOS DEMONSTRATIVOS DE PÁGS. 863/868; (V) REABERTURA DO PRAZO ORIGINAL DE 30 (TRINTA) DIAS AOS SUJEITOS PASSIVOS, PARA ADITAMENTO OU APRESENTAÇÃO DE NOVA IMPUGNAÇÃO OU PARA PAGAMENTO/PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, COM AS REDUÇÕES LEGALMENTE CABÍVEIS (FL. 869); (VI) NOVO PRONUNCIAMENTO DA AUTUADA (PÁGS. 874/911); (VII) TRÉPLICA FISCAL (PÁGS. 1.009/1.013).

COM A RETIFICAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, O PRESENTE LANÇAMENTO PASSOU A VERSAR, EXCLUSIVAMENTE, SOBRE APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS DE ENERGIA ELÉTRICA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA (CRÉDITOS DE ENERGIA EM VALOR SUPERIOR À ENERGIA EFETIVAMENTE CONTRATADA), NO PERÍODO DE OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2012.

AS EXIGÊNCIAS PASSARAM A SER EQUIVALENTES AO VALOR DO ICMS INDEVIDAMENTE APROPRIADO, ACRESCIDO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA CAPITULADAS, RESPECTIVAMENTE, NO ART. 56, INCISO II E ART. 55, INCISO XXVI, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.” (GRIFOU-SE)

Ressalte-se que o “fornecimento desacobertado” a que faz referência a acusação fiscal não se confunde com:

a) As liquidações das posições credoras no MCP da CCEE, equiparadas a saídas interestaduais de energia, amparadas pela não incidência do ICMS, fato que enseja a glosa proporcional dos créditos pelas entradas, por se tratar de saída subsequente não tributada da mesma mercadoria, nos termos do art. 71, inciso I do 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;

b) Os contratos bilaterais de vendas de energia registrados na CCEE, que podem ser relativos a operações internas, normalmente tributadas pelo ICMS, ou

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestaduais, amparadas pela não incidência do ICMS, de acordo com os respectivos destinatários.

Conclui-se, dessa forma, que o suposto fornecimento desacobertado relativo à acusação fiscal teria ocorrido fora do âmbito da CCEE, cujas saídas são presumidas como internas, nos termos do disposto no art. 33, § 7º da Lei nº 6.763/75 c/c art. 61, § 7º do RICMS/02.

### Lei nº 6.763/75

Art. 33. O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

[...]

§ 7º Presume-se interna a operação, quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro Estado ou ao Distrito Federal ou a sua efetiva exportação, salvo nos casos de venda à ordem ou remessa para depósito nos quais a mercadoria deva ser entregue a estabelecimento situado no Estado.

### RICMS/02

Art. 61. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

§ 7º Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro Estado ou ao Distrito Federal ou a sua efetiva exportação, salvo nos casos de venda à ordem ou remessa para depósito nos quais a mercadoria deva ser entregue a estabelecimento situado no Estado.

Tratando-se de operações internas, essas saídas são normalmente tributadas, uma vez que seriam referentes a uma nova etapa de circulação da mercadoria.

Logo, se prevalecesse a acusação fiscal, o correto seria exigir o imposto devido pela saída desacobertada, em lugar do estorno de créditos, e a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 e não a do inciso XXVI do mesmo dispositivo legal.

Porém, como já afirmado, a acusação fiscal está em descompasso com as conclusões do procedimento relativo a levantamentos quantitativos de energia elétrica, que deveria se referir a aproveitamento indevido de créditos, no tocante à parte excedente da energia consignada nos documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da Autuada.

Diante desse fato, verifica-se a improcedência do lançamento.

Por fim, resta acrescentar que os demais argumentos dos Impugnantes não serão analisados, especialmente os relativos à sujeição passiva, tendo em vista a conclusão supra, devendo-se reiterar que as defesas apresentadas confundem as operações de liquidação no Mercado de Curto Prazo da CCEE com os procedimentos relativos a levantamentos quantitativos, que não têm relação entre si, conforme já demonstrado.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante Coteminas S.A., sustentou oralmente o Dr. Edgar Junqueira Freire e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Gislana da Silva Carlos.

**Sala das Sessões, 29 de novembro de 2022.**

**Thiago Álvares Feital**  
**Relator**

**Cindy Andrade Moraes**  
**Presidente / Revisora**

CS/D