

Acórdão: 5.611/22/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002039505-83
Recurso de Revisão: 40.060154348-39
Recorrente: CSN Mineração S.A.
IE: 001043586.00-62
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Décio Flávio Gonçalves Torres Freire/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

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 à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, nos exercícios de 2017 a 2020:

1. Consignação em documentos fiscais de valores de bases de cálculo inferiores às estabelecidas na legislação, inerentes às liquidações com posições devedoras ou credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigências: MI: art. 55, inciso VII, “alínea c” da Lei nº 6.763/75 c/c § 2º, incisos I e II do mesmo dispositivo legal).

2. Falta de emissão de notas fiscais de entrada relativas às operações de aquisições de energia elétrica, inerentes às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigência: MI – art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75 c/c § 2º do mesmo dispositivo);

3. Falta de recolhimento do ICMS devido relativo às aquisições de energia elétrica nas operações relativas às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigências: ICMS e MR).

4. Falta de emissão de notas fiscais de saídas referentes às liquidações com posições credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigência: MI – art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c § 2º do mesmo dispositivo legal).

5. Falta de estorno do crédito de imposto apropriado na entrada de energia elétrica, na proporção das saídas de energia amparadas pela não incidência, relativas às liquidações com posições credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigências:

ICMS, MR e MI – art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 c/c § 2º do mesmo dispositivo legal).

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista nos art. 56, inciso II e das Multas Isoladas capituladas nos arts. 55, inciso XXVIII, 55, inciso II, 55, inciso XIII, alínea “b” e 55, inciso VII, alínea “c”, todos da Lei nº 6.763/75 (multas isoladas já adequadas aos limites estabelecidos no § 2º do art. 55 da mesma lei).

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.170/22/2ª, à unanimidade, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Erick de Paula Carmo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 874/930, acompanhado dos documentos de fls. 931/988.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão, indicado como paradigma: 22.328/19/2ª.

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

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de págs. 989/1.006, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão interposto. E, no mérito, pelo não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passar 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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Do Recurso da Autuada

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº 22.328/19/2ª. Ressalta-se que a decisão indicada como paradigma encontra-se apta para ser analisada quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foi disponibilizada no Diário Eletrônico em 06/12/19, portanto, há menos de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada no Diário Eletrônico em 24/06/22, sob o número 29/22), considerando-se a previsão constante no inciso I do art. 165 do RPTA.

Sustenta a Recorrente que “...o acórdão recorrido entendeu que a posição devedora e credora na CCEE somente se verifica pelas diferenças entre a demanda contratada nos contratos bilaterais, e a demanda efetivamente utilizada, após a indicação no relatório de liquidação financeira da CCEE por período de apuração.”

Acrescenta que, ao contrário do que ocorreu no acórdão indicado como paradigma, o acórdão recorrido “não fez qualquer menção ao fato de que os encargos setoriais, tais, como, por exemplo, o ESS, embora tenha prevalecido o entendimento de que integram a base de cálculo do preço da energia elétrica adquirida no ACL da CCEE, são considerados também para os fins de se aferir a posição devedora ou credora no MCP da CCEE, vez que oneram, financeiramente, o agente da CCEE (no caso, o consumidor livre) e, por vezes, essa posição (credora ou devedora) seria imputada ao contribuinte tão somente pelo fato de estar em posição, vantajosa ou desvantajosa, financeira, frente à CCEE, no instante da liquidação financeira dos débitos e créditos entre os consumidores livres”.

Conclui que, no acórdão indicado como paradigma, “...se reconheceu a aferição da posição devedora e credora no MCP da CCEE, não só pela diferença entre a demanda contratada e a demanda utilizada de energia elétrica, mas também pela assunção de encargos e ajustes que oneram o consumidor livre, no momento de elaboração da Pré-Fatura da CCEE”, o que demonstraria a divergência entre as decisões recorrida e paradigma.

Alega ainda a Recorrente que houve divergência também em relação ao critério adotado para se identificar o percentual de estorno dos créditos relativos à entrada de energia elétrica, quando em posição credora na CCEE.

Afirma que “o r. acórdão recorrido é omissivo, quanto ao seu critério de cálculo, sendo que o Acórdão Paradigma adotou critério mais benéfico... ..de se tomar o percentual equivalente à divisão entre as saídas não tributadas de energia pelas saídas totais do estabelecimento (saídas totais de mercadorias do estabelecimento) sobre o montante dos créditos apropriados”.

São transcritos pela Recorrente os seguintes excertos do Acórdão indicado como paradigma, de nº 22.328/19/2ª:

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE A CONSTATAÇÃO DAS SEGUINTE IRREGULARIDADES, NO PERÍODO DE 01/08/13 A 31/05/16:

1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO NAS AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA NAS OPERAÇÕES RELATIVAS ÀS LIQUIDAÇÕES COM POSIÇÕES DEVEDORAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE (EXIGÊNCIAS: ICMS E MR).

2. FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO DE IMPOSTO APROPRIADO NA ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA, NA PROPORÇÃO DAS SAÍDAS DE ENERGIA AMPARADAS PELA NÃO INCIDÊNCIA, RELATIVAS ÀS LIQUIDAÇÕES COM POSIÇÕES CREDORAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE (EXIGÊNCIAS: ICMS, MR E MI – ART. 55, INCISO XIII, ALÍNEA “B” DA LEI Nº 6.763/75).

3. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA RELATIVA ÀS LIQUIDAÇÕES COM POSIÇÕES DEVEDORAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE (EXIGÊNCIA: MI – ART. 55, INCISO XXVIII DA LEI Nº 6.763/75).

EXIGE-SE O ICMS APURADO, ACRESCIDO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NOS ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 E DAS MULTAS ISOLADAS CAPITULADAS NOS ARTS. 55, INCISO XIII, ALÍNEA “B” E 55, INCISO XXVIII DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

(...)

A POSIÇÃO FINAL DO AGENTE NO MÊS DE REFERÊNCIA (CREDORA OU DEVEDORA – **POSIÇÃO FINANCEIRA**), ORIUNDA DO CONFRONTO ENTRE O TOTAL DE DÉBITOS E CRÉDITOS, É INFORMADA NA COLUNA “VALOR A LIQUIDAR PELO PERFIL DE AGENTE” (FLS. 650/660). UM RESULTADO NEGATIVO NESSA COLUNA INDICA UMA POSIÇÃO DEVEDORA, ENQUANTO UM VALOR POSITIVO EQUIVALE A UMA POSIÇÃO CREDORA.

ESCLAREÇA-SE QUE A APURAÇÃO DA POSIÇÃO CREDORA OU DEVEDORA NO ÂMBITO DA CCEE **NÃO SE RESTRINGE À VERIFICAÇÃO SE A EMPRESA CONSUMIU MAIS OU MENOS ENERGIA DO QUE CONTRATOU (CRITÉRIO FÍSICO)**, POIS HÁ OUTROS ENCARGOS E AJUSTES QUE ONERAM AS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA (PARCELAS QUE REPRESENTAM REMUNERAÇÃO PELA ENERGIA ELÉTRICA) E QUE SÃO INSERIDOS NA LIQUIDAÇÃO (PRÉ-FATURA), INFLUENCIANDO NA POSIÇÃO FINAL (**POSIÇÃO FINANCEIRA**) CREDORA OU DEVEDORA DO AGENTE NO ÂMBITO DA CCEE.

CONFORME INFORMAÇÃO CONTIDA NO SÍTIO ELETRÔNICO DA PRÓPRIA CCEE “A CONTABILIZAÇÃO ENVOLVE O CÁLCULO DA DIFERENÇA ENTRE A ENERGIA MEDIDA E A CONTRATADA POR AGENTE, VALORADA AO PREÇO DE LIQUIDAÇÃO DAS DIFERENÇAS (PLD) PARA EFEITO DE LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA NA CCEE. ESTA ETAPA É REALIZADA COM BASE NAS REGRAS DE COMERCIALIZAÇÃO, LEVANDO EM CONTA AS EXPOSIÇÕES NO MERCADO DE CURTO PRAZO, O RECEBIMENTO/PAGAMENTO DE **ENCARGOS DE SERVIÇO DE SISTEMA (ESS)**, O MECANISMO DE REALOCAÇÃO DE ENERGIA (MRE) E A CONSOLIDAÇÃO DOS RESULTADOS FINANCEIROS A SEREM LIQUIDADOS, INCLUINDO EVENTUAIS AJUSTES FINANCEIROS.”

(...)

NO SEU ENTENDER, “O ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA SOMENTE PODE SER CALCULADO A PARTIR DA COMPARAÇÃO ENTRE (I) SAÍDAS DE ENERGIA ELÉTRICA TRIBUTADAS E (II) AS SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS DE ENERGIA ELÉTRICA. JAMAIS SE PODERIA TER UTILIZADO COMO CRITÉRIO O TOTAL DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO”.

SUSTENTA, NESSES TERMOS, QUE HOUE UM ERRO NO CRITÉRIO JURÍDICO DO CÁLCULO DO ICMS A SER ESTORNADO E REQUER, CASO NÃO SEJA ACOLHIDA A ILEGALIDADE DO REFERIDO ESTORNO, QUE SEJA DETERMINADO O REFAZIMENTO DO ESTORNO EM QUESTÃO.

(...)

OCORRE, PORÉM, QUE O REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL, APESAR DE DETERMINAR O ESTORNO DO RESPECTIVO CRÉDITO RELATIVO ÀS EVENTUAIS POSIÇÕES CREDORAS NA CCEE, NÃO ESTIPULA UM MÉTODO OBJETIVO PARA O CÁLCULO DO MONTANTE DA GLOSA A SER EFETUADA.

EM CASOS DA ESPÉCIE, A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PERMITE A UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA, NOS TERMOS PREVISTOS NO ART. 108, INCISO I E § 1º DO CTN, DESDE QUE NÃO RESULTE NA EXIGÊNCIA DE TRIBUTO NÃO PREVISTO EM LEI.

(...)

EM RELAÇÃO À HIPÓTESE EM APREÇO, A SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO DESTE ESTADO (SUTRI/SEF/MG), MEDIANTE A SOLUÇÃO DADA À CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 317/14, REPUTOU COMO CRITÉRIO TÉCNICAMENTE IDÔNEO, PARA FINS DO ESTORNO DO CRÉDITO, A UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL EQUIVALENTE AO RESULTADO DA DIVISÃO ENTRE O VALOR DAS SAÍDAS DE ENERGIA NÃO TRIBUTADAS SOBRE AS SAÍDAS TOTAIS DO ESTABELECIMENTO, INCLUSIVE DE ENERGIA ELÉTRICA, APLICADO SOBRE O TOTAL DE CRÉDITOS DE ICMS RELATIVOS ÀS ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO MESMO PERÍODO DE APURAÇÃO EM QUE SE REALIZA O CÁLCULO DO ESTORNO, *IN VERBIS*:

(...)

HÁ OUTRAS TÉCNICAS TAMBÉM IDÔNEAS QUE PODERIAM SER UTILIZADAS PARA O CÁLCULO DO ESTORNO DO CRÉDITO, PODENDO SER CITADO, A TÍTULO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO, O SEGUINTE MÉTODO ALTERNATIVO, COM OS SEUS RESPECTIVOS PASSOS: **(i)** CALCULA-SE O RESULTADO DA DIVISÃO DA POSIÇÃO CREDORA (CONTABILIZAÇÃO DE CARGA) PELO PLD MÉDIO DO MÊS DE REFERÊNCIA, APURANDO-SE A QUANTIDADE APROXIMADA DE ENERGIA ELÉTRICA, EM MWH, SAÍDA COM NÃO INCIDÊNCIA; **(ii)** CALCULA-SE O PERCENTUAL EQUIVALENTE À DIVISÃO DA QUANTIA ASSIM OBTIDA (EM MWH) PELA QUANTIDADE TOTAL ENERGIA CONTRATADA, VINCULADA AOS CRÉDITOS APROPRIADOS E **(iii)** APLICA-SE ESSE ÚLTIMO PERCENTUAL SOBRE O MONTANTE DO CRÉDITO DO MÊS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REFERÊNCIA, PARA FINS DE APURAÇÃO DO VALOR A SER ESTORNADO.

NO ENTANTO, O MÉTODO UTILIZADO PELO FISCO, DEFENDIDO PELA SEF/MG ATÉ O MOMENTO E RESPALDADO NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, AFIGURA-SE MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, POIS A GLOSA É CALCULADA MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL EQUIVALENTE À DIVISÃO ENTRE AS SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS DE ENERGIA PELAS **SAÍDAS TOTAIS DO ESTABELECIMENTO** (SAÍDAS TOTAIS DE MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO) SOBRE O MONTANTE DOS CRÉDITOS APROPRIADOS.

ESSE CRITÉRIO É MAIS BENÉFICO AO CONTRIBUINTE PORQUE, MANTENDO-SE O VALOR DO NUMERADOR FIXO (SAÍDAS DE ENERGIA NÃO TRIBUTADAS), O ESTORNO SERÁ PROPORCIONALMENTE MENOR À MEDIDA EM QUE O DENOMINADOR ADOTADO SEJA MAIOR (SAÍDAS TOTAIS DE MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO).

CONSIDERANDO-SE QUE A SAÍDA TOTAL DE ENERGIA, EM TERMOS FINANCEIROS, É MENOR QUE AS SAÍDAS TOTAIS DE MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO (INCLUSIVE DE ENERGIA ELÉTRICA), PODE-SE CONCLUIR FACILMENTE QUE A DIVISÃO DAS SAÍDAS DE ENERGIA NÃO TRIBUTADAS SOBRE AS SAÍDAS TOTAIS DE MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO (INCLUSIVE DE ENERGIA) É MENOR QUE O RESULTADO DO QUOCIENTE ENTRE SAÍDAS DE ENERGIA NÃO TRIBUTADAS E AS SAÍDAS TOTAIS DE ENERGIA ELÉTRICA, OU SEJA, COMO AFIRMADO, O CRITÉRIO ADOTADO PELO FISCO, ALÉM DE TECNICAMENTE IDÔNEO, É FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, POIS DIMINUI O PERCENTUAL DO ESTORNO DE CRÉDITOS.

POR FIM, RESTA ACRESCENTAR QUE, OBSERVADAS AS RETIFICAÇÕES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, O FEITO FISCAL AFIGURA-SE CORRETO, SENDO LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS, CONSTITUÍDAS PELO ICMS APURADO, ACRESCIDO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NOS ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 E DAS MULTAS ISOLADAS CAPITULADAS NOS ARTS. 55, INCISO XIII, ALÍNEA "B" E 55, INCISO XXVIII DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

No entanto, analisando de forma detida e aprofundada a decisão recorrida e a decisão apontada como paradigma, verifica-se a inexistência das divergências apontadas, pelos motivos que se passa a expor.

No que tange à suposta divergência de entendimentos na forma de se apurar a posição devedora, importante transcrever alguns dos trechos do acórdão recorrido utilizados pela Recorrente em seus questionamentos:

(...)

JÁ FOI ESCLARECIDO, TAMBÉM, QUE, DE ACORDO COM O ART. 53-F, § 1º DO ANEXO IX DO RICMS/02, NAS LIQUIDAÇÕES JUNTO À CCEE, PARA DETERMINAÇÃO DE POSIÇÃO CREDORA OU DEVEDORA, **DEVEM SER EXCLUÍDAS** (DA NOTA DE

LIQUIDAÇÃO OU DA CORRESPONDENTE PRÉ-FATURA) **SOMENTE AS PARCELAS QUE NÃO POSSAM SER CARACTERIZADAS COMO PARTE DA REMUNERAÇÃO PELA ENERGIA ELÉTRICA E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO**, COMO AS MULTAS POR INADIMPLEMENTO E JUROS BANCÁRIOS, POR EXEMPLO, E PARCELAS QUE JÁ TENHAM SIDO TRIBUTADAS EM LIQUIDAÇÕES ANTERIORES.

(...)

NÃO RESTA QUALQUER DÚVIDA QUE **OS ENCARGOS DE SERVIÇOS DO SISTEMA (ESS) ENTRAM NA COMPOSIÇÃO DA TARIFA DE ENERGIA, SENDO PARTE INTEGRANTE DA BASE DE CÁLCULO PARA APURAÇÃO DO ICMS EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA, O MESMO ACONTECENDO COM OS ENCARGOS DE SEGURANÇA ENERGÉTICA (ESE).**

(...)

EM RESUMO, COMO BEM ESCLARECE O FISCO, EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO, FORAM CONSIDERADOS EM SEUS CÁLCULOS COMO RESULTADO DA CONTABILIZAÇÃO DO AGENTE SOMENTE OS VALORES CONSTANTES NA COLUNA RESULTADO DO ANEXO 1.1 (PRÉ-FATURA DA CCEE), ISTO É, REITERE-SE, ANTES DE SEREM SOMADOS OS VALORES DOS AJUSTES (COLUNA AJUSTES TAMBÉM DO ANEXO 1.1), QUE SE REFEREM ÀS PARCELAS SOBRE AS QUAIS NÃO INCIDE O IMPOSTO E ÀQUELAS QUE JÁ FORAM TRIBUTADAS EM LIQUIDAÇÕES ANTERIORES, NAS QUAIS OS AJUSTES DE INADIMPLÊNCIA SE ENQUADRARIAM, QUE **NÃO** FORAM INCLUÍDAS NO FEITO FISCAL.

(DESTACOU-SE)

De início, importante destacar que o procedimento de liquidação dos valores referentes às operações com energia elétrica dos consumidores livres no Mercado de Curto Prazo (MCP) é uma competência exclusiva da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nos termos do art. 28 da Lei nº 10.438/02 c/c art. 2º, inciso VI, do Decreto nº 5.177/04:

Lei nº 10.438/02

Art. 28. A parcela de energia elétrica que não for comercializada nas formas previstas no art. 27 desta Lei **poderá ser liquidada no mercado de curto prazo do CCEE.**

Decreto nº 5.177/04

Art. 2º A CCEE terá, dentre outras, as seguintes atribuições:

(...)

VI - **efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;**

(Destacou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, há uma impropriedade técnica na afirmação da Recorrente de que “...o **acórdão recorrido entendeu que a posição devedora e credora na CCEE somente se verifica pelas diferenças entre a demanda contratada nos contratos bilaterais, e a demanda efetivamente utilizada...**”.

A definição sobre quais parcelas integram ou não a liquidação do Contribuinte para fins de se determinar a posição credora ou devedora relativa à liquidação no MCP é de caráter normativa e está contida no art. 53-F, § 1º, do Anexo IX do RICMS/02, não decorrendo de entendimento do CCMG:

Art. 53-F - Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do MCS D, o agente emitirá nota fiscal, modelo 55, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da nota de liquidação financeira ou, na hipótese de dispensa da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, deverá requerer a emissão de nota fiscal avulsa, relativamente às diferenças apuradas:

(...)

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCS D, deve ser observado o valor final da contabilização da CCEE por perfil do agente e excluídas as parcelas relativas aos ajustes de inadimplência, já tributados em liquidações anteriores, bem como os respectivos juros e multa moratórios lançados no processo de contabilização e liquidação financeira.

(Destacou-se)

Trata-se de uma repetição literal da Cláusula Segunda, inciso I, do Convênio ICMS nº 15/07:

Cláusula segunda Na hipótese do inciso II da cláusula primeira:

I - para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCS D, deve ser observado o valor final da contabilização da CCEE por perfil do agente e excluídas as parcelas relativas aos ajustes de inadimplência, já tributados em liquidações anteriores, bem como os respectivos juros e multa moratórios lançados no processo de contabilização e liquidação financeira;

(Destacou-se) .

De fato, da leitura dos acórdãos é possível concluir que eles possuem conclusões convergentes, modificando-se apenas a sua forma de apresentação: enquanto o acórdão recorrido diz que **as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica devem ser excluídas** do valor da liquidação para fins de se apurar a posição devedora ou credora, o acórdão paradigma afirma que a apuração da

posição devedora ou credora deve **considerar outras encargos e ajustes que representam remuneração pela energia elétrica** e que são liquidados na CCEE.

Realmente, para fins de se determinar a posição devedora ou credora para os fins do art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, supratranscrito, as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica devem ser excluídas, assim como as parcelas que representam remuneração pela energia devem ser incluídas no cálculo.

Como pode ser visto na aba “Anexo 1-1 – Pré-Fatura EE CCEE” da planilha Excel “Operações no MCP da CCEE” (incluídas nos autos do e-PTA), que contém as colunas de interesse para o presente Auto de Infração da Pré-Fatura da Recorrente, uma liquidação na CCEE envolve dezenas de rubricas diferentes.

No entanto, em um resumo muito sucinto, pode-se dizer que uma liquidação da CCEE envolve os seguintes 7 (sete) passos:

1. apurar as quantidades de energia elétrica (em MWh) adquiridas e que entraram, saíram ou foram consumidas no(s) estabelecimento(s) do Agente (colunas “K” a “N”);
2. multiplicar essa quantidade física líquida de energia elétrica obtida (sobra ou déficit) pelo valor (R\$) do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), encontrando-se o “Total Mensal do Resultado no Mercado de Curto Prazo” (coluna “P”), apurado a partir do critério físico (quantidades de energia);
3. apurar o valor dos encargos setoriais incidentes sobre toda a energia adquirida pelo Agente (tanto em contratos bilaterais quanto via liquidação na CCEE, no caso de déficit de energia elétrica), encontrando-se o “Total de Encargos Consolidados - ENCARGOS” (coluna “R”);
4. apurar os demais encargos e ajustes que representam remuneração pela energia elétrica (colunas “S” a “AC”);
5. somar todos os valores anteriores para encontrar o “Resultado Final – RESULTADO” (coluna “AE”);
6. identificar o resultado de todos os demais “Ajustes” (coluna “AF”), os quais, em geral, são formados por parcelas relativas a inadimplência, liquidações anteriores e juros/multas, que não representam remuneração pela energia.
7. somar o valor do “Resultado Final – RESULTADO” com o valor dos “Ajustes”, para encontrar o “Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente” (coluna “AG”), que é o valor que efetivamente deve ser pago (posição devedora) ou recebido (posição credora) pelo Agente, **em termos financeiros**.

Importante destacar que essa posição financeira obtida no “Passo 7” nem sempre representa a base de cálculo do ICMS relativa às operações com energia elétrica, na medida em que os ajustes relativos a inadimplência, liquidações anteriores e

juros/multas (identificados no “Passo 6”) não compõem o preço da energia relativa ao período.

Esse é o motivo pelo qual o art. 53-F, § 1º, do Anexo IX do RICMS/02, com fulcro na Cláusula Segunda, inciso I, do Convênio ICMS nº 15/07, determina a exclusão desses ajustes do “Valor a Liquidar pelo Perfil do Agente”, para fins de se determinar o valor da posição devedora ou credora que será inserido nos documentos fiscais e que servirá de base para o cálculo do ICMS.

Feitas essas considerações, num raciocínio abstrato que permitirá melhor visualizar a congruência entre as duas decisões, observa-se que o acórdão recorrido afirma que a posição devedora ou credora será apurada partindo-se do Ponto 7 (“Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente”), subtraindo-se o Ponto 6 (“Ajustes”), de forma a se apurar o Ponto 5 (“Resultado Final”), que em regra, representa o resultado das operações com energia elétrica do período. Observe-se:

ACÓRDÃO RECORRIDO

“...PARA DETERMINAÇÃO DA POSIÇÃO CREDORA OU DEVEDORA, DEVEM SER EXCLUÍDOS (DA NOTA DE LIQUIDAÇÃO OU DA CORRESPONDENTE PRÉ-FATURA) SOMENTE AS PARCELAS QUE NÃO POSSAM SER CARACTERIZADAS COMO PARTE DA REMUNERAÇÃO PELA ENERGIA ELÉTRICA E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO, COMO AS MULTAS POR INADIMPLEMENTO E JUROS BANCÁRIOS...”

(...)

“NÃO RESTA QUALQUER DÚVIDA DE QUE OS ENCARGOS DE SERVIÇOS DO SISTEMA (ESS) ENTRAM NA COMPOSIÇÃO DA TARIFA DE ENERGIA, SENDO PARTE INTEGRANTE DA BASE DE CÁLCULO PARA APURAÇÃO DO ICMS EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA, O MESMO ACONTECENDO COM OS ENCARGOS DE SEGURANÇA ENERGÉTICA (ESE)”.

(...)

FORAM CONSIDERADOS EM SEUS CÁLCULOS COMO RESULTADO DA CONTABILIZAÇÃO DO AGENTE SOMENTE OS VALORES CONSTANTES NA COLUNA RESULTADO DO ANEXO 1.1 (PRÉ-FATURA DA CCÉE), ISTO É, REITERE-SE, ANTES DE SEREM SOMADOS OS VALORES DOS AJUSTES (COLUNA AJUSTES TAMBÉM DO ANEXO 1.1), QUE SE REFEREM ÀS PARCELAS SOBRE AS QUAIS NÃO INCIDE O IMPOSTO E ÀQUELAS QUE JÁ FORAM TRIBUTADAS EM LIQUIDAÇÕES ANTERIORES, NAS QUAIS OS AJUSTES DE INADIMPLÊNCIA SE ENQUADRARIAM, QUE NÃO FORAM INCLUÍDAS NO FEITO FISCAL.

(DESTACOU-SE)

Já o acórdão paradigma afirma que, partindo-se do Ponto 2 (“Total Mensal do Resultado no Mercado de Curto Prazo” – critério físico), deve-se somar o Ponto 3 (“Total de Encargos Consolidados”) e o Ponto 4 (todos os demais encargos que representam remuneração pela energia elétrica), para se chegar ao Ponto 5 (“Resultado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Final”), que em regra, representa o resultado das operações com energia elétrica do período. Observe-se:

ACÓRDÃO PARADIGMA

ESCLAREÇA-SE QUE A APURAÇÃO DA POSIÇÃO CREDORA OU DEVEDORA NO ÂMBITO DA CCEE NÃO SE RESTRINGE À VERIFICAÇÃO SE A EMPRESA CONSUMIU MAIS OU MENOS ENERGIA DO QUE CONTRATOU (CRITÉRIO FÍSICO), POIS **HÁ OUTROS ENCARGOS E AJUSTES QUE ONERAM AS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA (PARCELAS QUE REPRESENTAM REMUNERAÇÃO PELA ENERGIA ELÉTRICA) E QUE SÃO INSERIDOS NA LIQUIDAÇÃO (PRÉ-FATURA)**, INFLUENCIANDO NA POSIÇÃO FINAL (**POSIÇÃO FINANCEIRA**) CREDORA OU DEVEDORA DO AGENTE NO ÂMBITO DA CCEE.

(DESTACOU-SE)

Vê-se, portanto, que não há incongruência ou divergência entre os dois acórdãos. Ambos traçam metodologias para se apurar aquilo que foi denominado como Ponto 5 (“Resultado Final”), representado pelo valor da posição devedora ou credora para fins de emissão de documentos fiscais e recolhimento do ICMS.

A diferença é que o acórdão recorrido analisa a Pré-Fatura por um critério “regressivo” (do fim para o início – 7-6-5), ao passo que o acórdão paradigma faz a análise por um critério “progressivo” (do início para o fim – 2-3-4-5).

Mas ambos chegam exatamente à mesma conclusão: que a posição devedora ou credora deve ser determinada considerando-se os resultados das operações com energia, incluídos os encargos setoriais e demais encargos e ajustes que representam remuneração pela energia elétrica do período e, por outro lado, desconsiderando-se os ajustes que não representem remuneração pela energia (inadimplência, liquidações anteriores e juros/multas).

Num segundo questionamento, a Recorrente afirma que existe divergência também em relação ao critério de apuração do percentual a ser utilizado para o estorno do crédito apropriado pelas entradas de energia elétrica.

Aduz que, enquanto o acórdão recorrido é omissivo quanto ao critério de cálculo utilizado, o acórdão paradigma adotou critério mais benéfico, de tomar o percentual equivalente à divisão entre as saídas não tributadas de energia pelas saídas totais do estabelecimento, multiplicando-se esse percentual pelo montante de créditos apropriados.

Entretanto, razão não lhe assiste.

De início, importante destacar que o acórdão recorrido não é omissivo quanto ao critério de estorno utilizado, como se afirma. Está claramente registrado na decisão que o Fisco utilizou o “Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido”, previsto na Resolução nº 4.956/16, como se pode ver no seguinte trecho:

ACÓRDÃO RECORRIDO

(...)

É POSSÍVEL VERIFICAR NO ANEXO 1.5 – PERCENTUAL ESTORNO (FLS. 16) O **CÁLCULO DO ÍNDICE DE ESTORNO E RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DIFERIDO (PARA CADA MÊS DE COMPETÊNCIA) EFETUADO PELO FISCO, QUE NADA MAIS É QUE O PERCENTUAL DE ESTORNO A SER APLICADO SOBRE O CRÉDITO DO IMPOSTO APROPRIADO, RELATIVO ÀS ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTABELECIMENTO. O CRÉDITO DE ICMS A ESTORNAR PARA CADA MÊS DE COMPETÊNCIA, APURADO CONFORME A METODOLOGIA DESCRITA ACIMA, PODE SER VISUALIZADO NO ANEXO 1.6 - SOBRES E DÉFICITS (FLS. 16).**

MEDIANTE ANÁLISE DAS PLANILHAS DO ARQUIVO '13 - EE_LIQUIDACAO MCP_CCEE_CO.XLSX' (FLS. 463), SEPARADAS POR ANO, FICA CLARO QUE A IMPUGNANTE, POR SEU TURNO, REALIZOU CÁLCULO DIVERSO DO QUE ESTABELECEU A **RESOLUÇÃO Nº 4.956/16.**

(...) (DESTACOU-SE)

Saliente-se que o acórdão recorrido refere-se ao período de 01/01/17 a 31/12/20, ao passo que o acórdão indicado como paradigma diz respeito ao período de 01/08/13 a 31/05/16. Tal informação é primordial para se compreender que a diferença entre os dois acórdãos decorre de mudança na legislação e não de decisão do CCMG, como se verá adiante.

O art. 71, inciso I, do RICMS/02 prevê o estorno do imposto creditado sempre que a mercadoria vier a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta:

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;

(...) (Destacou-se)

A IN SUTRI nº 03/09, que *“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”*, regulava esse estorno em seu art. 3º, parágrafo único:

IN SUTRI nº 03/09

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(Destacou-se)

No entanto, o critério a ser utilizado no estorno de créditos de que trata o seu art. 3º, parágrafo único, não se encontrava explicitado na legislação tributária estadual.

Diante da ausência de norma específica prevendo a forma de se apurar o percentual de estorno de crédito, até 31/12/16 os consumidores livres vinham realizando o estorno com base na metodologia descrita nas Consultas de Contribuinte nºs 250/11 e 317/14, que é exatamente a mesma do Acórdão nº 22.328/19/2ª, indicado como paradigma. Observe-se:

Consulta de Contribuinte nº 317/2014

(...)

RESPOSTA:

O critério de apuração do estorno de créditos de ICMS de que trata o parágrafo único do art. 3º da Instrução Normativa SUTRI nº 03/2009 não se encontra explicitado na legislação tributária estadual.

Na ausência de disposição expressa na legislação tributária estadual, os princípios de Direito Público da proporcionalidade e razoabilidade autorizam a aplicação de critérios com bases racionais para que se efetivem os comandos normativos.

Para esse fim, o Código Tributário Nacional, no § 1º do seu art. 108, autoriza o emprego da analogia, desde que não resulte na exigência de tributo não previsto em lei.

Em relação à hipótese em comento, reputa-se como critério idôneo a seguinte metodologia: **o percentual resultante da divisão entre o valor total do campo “saída não tributada” do mês (excluídas as simples remessas e as saídas com manutenção de crédito) apresentado na DAPI e o valor total do campo “total de saídas” do mês apresentado na DAPI (excluídos os retornos de simples remessas) deve ser aplicado sobre o total de créditos de ICMS relativos às entradas de energia elétrica no estabelecimento, no mesmo período de apuração em que se realiza o cálculo do estorno.**

(Destacou-se)

Consulta de Contribuinte nº 250/11

(...)

Resposta

(...)

Na hipótese de posição credora, também se faz necessário emitir, por estabelecimento, nota fiscal para efeitos de estorno de crédito, tendo em vista que a saída da energia elétrica em questão é caracterizada como operação interestadual. Para tanto, deve ser observado o disposto no parágrafo único do art. 3º da citada Instrução Normativa e no inciso I do art. 71, no “caput” do art. 73 e no art. 74, todos do RICMS/02 (Parte Geral).

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

Cabe ressaltar que, para efeitos tributários, do valor informado pela CCEE, a ser rateado, devem ser excluídos valores devidos correspondentes a eventual inadimplência, como atualização monetária e juros, caso não tenham sido anteriormente excluídos.

(Destacou-se)

Apesar das citadas consultas obrigarem apenas os seus Consulentes, os demais contribuintes adotavam critério semelhante de estorno, em razão da inexistência de qualquer outra norma na legislação tributária prevendo metodologia diferente.

Assim, os estornos de créditos de energia elétrica decorrentes de posição credora na CCEE eram realizados por um critério de apuração semelhante àquele adotado no estorno de crédito do ativo imobilizado, em interpretação analógica da legislação tributária, fundamentada no art. 108, inciso I, § 1º, do CTN:

CTN

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

(...)

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

(Destacou-se)

Entretanto, em 13 de dezembro de 2016 foi publicada a Resolução nº 4.956/16, vigente a partir de 01/01/17, que revogou a IN SUTRI nº 03/09. O art. 3º,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso I, §§ 1º e 2º, dessa resolução passou a prever uma metodologia específica para o estorno dos créditos de ICMS referentes à parcela da energia elétrica não consumida no estabelecimento e que tenha sido liquidada no MCP/CCEE (posição credora):

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;

II - recolher o valor correspondente à aplicação do Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido, a que se refere o § 2º, sobre o valor do imposto diferido na operação anterior, relativo às entradas de energia elétrica no estabelecimento, no período de referência da liquidação financeira.

§ 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:**

$$BE = TGG + MRE - TGGC - TRC - CVT + CCT$$

onde:

I - BE é o Balanço Energético;

II - TGG é a geração total;

III - MRE é a consolidação do Mecanismo de Realocação de Energia;

IV - TGGC é o consumo da geração;

V - TRC é o consumo total;

VI - CVT são os contratos de venda total;

VII - CCT são os contratos de compra total.

(1) § 2º - Para efeito do disposto neste artigo, considera-se Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido o resultado positivo da divisão do valor obtido no Balanço Energético pela quantidade total de energia elétrica adquirida mediante contratos registrados na CCEE pelo perfil de agente no período.

Efeitos de 1º/01/2017 a 03/03/2020 - Redação original:

“§ 2º - Para efeito do disposto neste artigo, considera-se Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido o resultado positivo da divisão do valor obtido no Balanço Energético pela quantidade total de energia elétrica adquirida mediante contratos bilaterais registrados na CCEE pelo perfil de agente no período.”

(...) (Destacou-se)

Assim, a partir de 01/01/17, com revogação da IN SUTRI nº 03/09 pela Resolução nº 4.956/16, passou a existir na legislação a previsão da metodologia para se apurar o percentual a ser utilizado no estorno dos créditos de energia elétrica adquirida em contratos bilaterais e posteriormente liquidada na CCEE.

Por essa razão, em observância à nova legislação e não em razão decisão do CCMG, o acórdão recorrido, referente ao período de janeiro de 2017 a dezembro de 2020, adotou exatamente a metodologia prevista no art. 3º da Resolução nº 4.956/16.

Da mesma forma, em razão da inexistência de metodologia específica na legislação até dezembro de 2016, o acórdão indicado como paradigma, que trata do período de 01/08/13 a 31/05/16, trouxe como correta a utilização da metodologia descrita nas Consultas de Contribuintes nºs 250/11 e 317/14, aquela que foi designada pela Recorrente como “mais benéfica”.

Assim, resto claro que não há divergência entre decisões do CCMG quanto à aplicação da legislação tributária, mas sim alteração da legislação entre os períodos atuados nos acórdãos recorrido e paradigma.

Registre-se que, com a publicação da Resolução nº 4.956/16, mesmo para os Consulentes dessas duas consultas as respostas deixaram de produzir efeitos, por força do disposto no art. 47 do RPTA:

Art. 47. A resposta à consulta fica **revogada com a superveniência de norma de legislação tributária naquilo que esta com aquela conflitar**, independentemente de comunicação ao consulente.

(Destacou-se)

Assim, após análise dos autos e inteiro teor do acórdão indicado como divergente, verifica-se não assistir razão à Recorrente, pois a decisão nele consubstanciada não difere da recorrida quanto à aplicação da legislação tributária.

Ao contrário, no caso da forma de apuração da posição devedora ou credora do Agente, os fundamentos dessas decisões são convergentes em relação à matéria abordada no recurso, pois em ambos os julgados constou o entendimento de que a posição devedora ou credora do Agente na liquidação da CCEE deve ser apurada mediante inclusão de todas as parcelas que representam remuneração pela energia elétrica e exclusão das parcelas que não representam remuneração por essa mesma energia.

Ademais, no caso do critério adotado para apurar o percentual de estorno dos créditos relativos à entrada de energia elétrica, observa-se que não houve decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, mas sim modificação da própria

legislação em razão da publicação da Resolução nº 4.956/16, que revogou a IN SUTRI nº 03/09 e passou a prever um critério específico para se apurar o percentual de estorno a ser aplicado nas operações com energia elétrica na CCEE.

No caso em tela, o pressuposto para reapreciação do julgamento é a caracterização de divergência entre a decisão recorrida e a paradigma quanto à aplicação da legislação tributária, o que a Recorrente não logrou êxito em comprovar.

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 apresentado pela Recorrente.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora), Cindy Andrade Moraes, Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 09 de setembro de 2022.

**Antônio César Ribeiro
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

w/D