

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.493/23/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002258059-00
Impugnação: 40.010153740-76
Impugnante: Nexa Recursos Minerais S.A.
IE: 367219883.03-70
Proc. S. Passivo: DIEGO AUBIN MIGUITA/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – CONSIGNADA A MENOR – DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO – ENERGIA ELÉTRICA - CCEE. Consignação em documentos fiscais de bases de cálculo inferiores às estabelecidas na legislação, inerentes às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos da Impugnante. Correta a exigência remanescente da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. Constatada a falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS sobre entrada de energia elétrica proveniente do Mercado de Curto Prazo, quando em posição devedora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando as exigências do art. 53-F, § 2º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02 c/c Resolução nº 4.956/16. Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos da Impugnante. Corretas as exigências remanescentes do ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE. Infração caracterizada nos termos do art. 53-F, inciso II do Anexo IX do RICMS/02. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos da Impugnante. Correta a exigência remanescente da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII e § 2º da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE SAÍDA – VALOR DA OPERAÇÃO – CONSIGNAÇÃO A MENOR. Acusação fiscal de emissão de documentos fiscais consignando valores de operações inferiores aos estabelecidos na legislação, inerentes às liquidações com posições credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE. Cancelada a Multa Isolada aplicada, capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, uma vez que inaplicável ao caso dos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades, no exercício de 2017:

- 1.** Falta de emissão de notas fiscais de entradas e de recolhimento do ICMS devido relativo às operações de aquisições de energia elétrica, inerentes às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (*Exigência: ICMS, multa de revalidação – MR e multa isolada – MI – art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75*);
- 2.** Consignação em documentos fiscais de bases de cálculo inferiores às estabelecidas na legislação e recolhimento a menor do ICMS devido, inerente às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (*exigências: diferença de ICMS, MR e MI: art. 55, VII, “c” da Lei nº 6.763/75*);
- 3.** Consignação em documentos fiscais de importâncias inferiores aos efetivos valores das operações estabelecidos na legislação, inerentes às liquidações com posições credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (*exigências: MI - art. 55, VII, “c” da Lei nº 6.763/75*).

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 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).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 24/53, cujos argumentos são refutados pelo Fisco às págs. 196/212.

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de págs. 213/214, que gera as seguintes ocorrências: (i) Intimação Fiscal – págs. 215/216; (ii) Manifestação da Impugnante – págs. 218/224; (iii) Retificação do Crédito Tributário, conforme Termo de Reformulação de págs. 227/229; Aditamento à Impugnação - págs. 235/264 e (iv) Réplica Fiscal (págs. 265/287).

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 288/340, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial 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.

Da Preliminar

Da Arguição de “Impossibilidade de Majoração do Lançamento Tributário Referente a dezembro de 2017”

A Impugnante alega, preliminarmente, que “*é necessário reconhecer que o reajuste referente às exigências fiscais de dezembro de 2017 padece de vício insanável, porquanto realizadas em violação aos artigos 145 e 146 do CTN*”.

Narra, nesse sentido, que “*ao reconhecer a procedência parcial dos argumentos da Impugnante, a autoridade lançadora alterou o valor das supostas divergências apontadas no auto de infração. Essa alteração implicou redução das exigências fiscais nos períodos compreendidos entre janeiro e novembro de 2017. Especificamente no mês de dezembro de 2017, todavia, houve majoração do valor do ICMS exigido. Certamente, essa prática não pode ser admitida*”.

Pondera que “*a impugnação do sujeito passivo permite a alteração do lançamento tributário em seu benefício, isto é, com cancelamento de exigências fiscais. Nunca, todavia, em seu prejuízo, com majoração da cobrança. De outra forma, haveria o ‘reformatio in pejus’, em que o pleito do contribuinte pode acabar agravando sua situação*”, acrescentando que “*nenhuma hipótese do artigo 149 do CTN está presente no caso, não sendo admitida a alteração do lançamento por iniciativa de ofício da autoridade lançadora*”.

Pontua, nessa linha, que “*a autoridade fiscal não indicou qual das hipóteses do artigo 149 do CTN autorizaria a revisão do lançamento anterior, nos termos do que prevê o artigo 145, inciso III, do CTN*”.

Salienta que “*é exatamente o que se observa no caso: a autoridade lançadora tinha conhecimento tanto do “Resultado Final” quanto do “Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente”. Optou por adotar o primeiro como ponto de partida para as exigências fiscais. Não há fato novo, mas apenas a mudança de opinião: agora, decidiu tomar como base o segundo valor. Essa mudança não pode implicar um lançamento complementar, observado justamente com o aumento da exigência de ICMS no mês de dezembro de 2017*”.

Destaca que “*a alteração de critério jurídico pelas autoridades fiscais não pode alcançar períodos que lhe sejam antecedentes, nos termos do artigo 146 do CTN*”.

Conclui, nesses termos, que deve ser determinado “*o afastamento das exigências fiscais majoradas pelo termo de reformulação relativamente ao período de apuração de dezembro de 2017*”.

No entanto, ao contrário da afirmação da Impugnante, **não houve alteração do critério jurídico** no presente caso, pois a retificação do crédito tributário foi efetivada pelo Fisco com fulcro no art. 145, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN).

Explica-se: no caso do presente processo, o Fisco partiu do pressuposto de que os valores indicados na coluna “Resultado Final” das Pré-Faturas emitidas pela CCEE poderiam ser considerados como correspondentes às posições devedoras ou credoras do agente, conforme abaixo indicado:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APURAÇÃO DAS POSIÇÕES DEVEDORAS OU CREDORAS DO AGENTE - LANÇAMENTO ORIGINAL - ADOÇÃO DOS VALORES DA COLUNA "RESULTADO FINAL"

Ano/Mês	Compensação do MRE (R\$)	Total Mensal do Resultado no Mercado de Curto Prazo (R\$)	Total de Ajustes de Exposições Financeiras (R\$)	Total de Encargos Consolidados (R\$)	Total de Ajustes referente ao Alívio Retroativo (R\$)	Ajuste Decorrente de Recontabilizações (R\$)	Resultado Referente ao Excedente Financeiro da Energia de Reserva (R\$)	Efeito dos Custos devido ao descolamento entre PLD e CMO (R\$)	Resultado Final (R\$)	Ajustes (R\$)	Valor a liquidar pelo perfil de agente (R\$)
201701	-50.224,48	-2.421.603,77	-18.621,34	-304.578,94	0,00	-1.954,67	0,00	-3.114,46	-2.800.097,66	106.511,82	-2.693.585,84
201702	-85.319,72	-2.110.730,39	18.621,34	-116.810,35	0,00	-65.303,81	0,00	0,00	-2.359.542,93	37.283,28	-2.322.259,65
201703	-20.637,82	-4.279.035,51	0,00	-76.301,22	919.387,89	2.482,10	917.036,38	-4.086,65	-2.541.154,83	247.239,45	-2.293.915,38
201704	-126.767,58	-9.770.579,10	503,16	-5.537,41	669.889,05	5.776,21	0,00	0,00	-9.226.715,68	495.987,81	-8.730.727,87
201705	-231.155,97	-4.815.044,51	0,00	-170.322,58	0,00	-1.441,29	0,00	0,00	-5.217.964,36	-28.193,87	-5.246.158,23
201706	-285.162,53	-1.663.829,03	16.025,45	-424.731,30	0,00	-78.432,53	0,00	0,00	-2.436.129,95	743.354,62	-1.692.775,33
201707	-108.813,14	-3.877.787,90	0,00	-299.920,56	0,00	-7.468,88	496.891,70	0,00	-3.797.098,79	111.883,05	-3.685.215,74
201708	5.802,47	-8.810.740,15	0,00	-222.680,09	0,00	5.049,05	1.049.048,79	-4,67	-7.973.524,62	9.817,40	-7.963.707,22
201709	97.383,03	-6.646.419,00	0,00	-160.185,93	0,00	-44.875,82	2.393.905,17	-14.853,45	-4.375.046,01	-8.649,67	-4.383.695,68
201710	196.095,74	-6.684.693,69	0,00	-180.443,96	0,00	-13.438,78	1.217.002,07	-141.037,17	-5.606.515,80	52.003,60	-5.554.512,20
201711	113.015,98	-5.071.260,89	-5,77	-261.052,51	0,00	20.951,94	488.926,28	-15.440,14	-4.724.865,12	312.720,70	-4.412.144,42
201712	19.908,33	745.697,48	5,77	-339.185,88	0,00	-12.949,42	0,00	0,00	413.476,28	572.457,74	985.934,02

A apuração do crédito tributário original foi efetuada de acordo com esse método, conforme quadro abaixo, no qual estão indicadas apenas as posições devedoras ou credoras apuradas (vide aba “I – Análise da Contabilização” – planilha “PS_3672198830370”):

APURAÇÃO DA CONTABILIZAÇÃO DA CARGA (ESTABELECIMENTO CONSUMIDOR) - RATEIO DE CARGAS

MÊS	LIQUIDAÇÃO	DADOS DO AGENTE			CONSUMO			Posição	
		CNPJ	Classe	Perfil	CNPJ da Carga	Participação	Contabilização do Agente		Contabilização da Carga
						(A)	(B)		(C=BxA)
201701	201703	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	52,85%	-2.800.097,66	-1.479.744,41	D
201702	201704	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	52,57%	-2.359.542,93	-1.240.403,36	D
201703	201705	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	52,56%	-2.541.154,83	-1.335.583,70	D
201704	201706	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	52,06%	-9.226.715,68	-4.803.150,73	D
201705	201707	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	52,49%	-5.217.964,36	-2.739.139,41	D
201706	201708	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	54,57%	-2.436.129,95	-1.329.516,51	D
201707	201709	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	53,32%	-3.797.098,79	-2.024.455,74	D
201708	201710	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	52,88%	-7.973.524,62	-4.216.623,45	D
201709	201711	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	53,13%	-4.375.046,01	-2.324.481,57	D
201710	201712	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	51,51%	-5.606.515,80	-2.887.788,70	D
201711	201801	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	51,98%	-4.724.865,12	-2.455.794,32	D
201712	201802	42416651000107	Autoprodutor	VMZ	42416651000107	50,36%	413.476,28	208.235,23	C

No entanto, em função da arguição da Impugnante no sentido de que tal procedimento contrariava as disposições contidas na Resolução nº 4.956/16, a Assessoria do CC/MG determinou a realização da diligência de págs. 213/214.

Em atenção à medida, o Fisco intimou a Autuada, págs. 215/216, a especificar quais parcelas deveriam ser excluídas dos valores mensais inerentes ao “Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente”, para fins de apuração das posições devedoras ou credoras na CCEE, nos termos estabelecidos no art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º da Resolução 4.956/16, bem como aquelas que deveriam ser mantidas no montante mensal a liquidar, caso se referissem a parcelas remuneratórias de energia, não tributadas em liquidações anteriores, apresentando as devidas justificativas.

Em sua resposta, a Impugnante limitou-se a reiterar os argumentos contidos em sua peça defensiva, sustentando o entendimento contido em sua defesa, no sentido de que o “cálculo que deveria levar em consideração os três perfis existentes. Significa dizer que, para fins da determinação do valor a liquidar e, portanto, para aplicação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resolução nº 4.956/2016, não há dúvida de que todos os perfis de autoprodução devem ser considerados em conjunto” e que “a diferença entre o procedimento adotado pela Impugnante e o cálculo adotado pela fiscalização resume-se à análise dos perfis mantidos perante a CCEE”, questão que se confunde com o mérito, que será analisada oportunamente.

Por outro lado, a Impugnante afirma que, para apuração das posições devedoras ou credoras do agente, devem ser considerados os valores indicados na coluna “Valor a liquidar pelo perfil de agente - (R\$)”, consideradas as quantias indicadas na coluna “Ajustes”.

Diante disso e tendo em vista que a Impugnante não especificou nenhuma rubrica cujos valores deveriam ser excluídos do “Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente” (parcelas eventualmente não correspondentes à remuneração da energia), o Fisco retificou o crédito tributário, adotando como posições devedoras ou credoras do agente os valores indicados na referida coluna “Valor a Liquidar pelo Perfil do Agente”, conforme Termo de Reformulação acostado às págs. 227/229.

Assim, exceção feita ao mês de dezembro de 2017, questionado pela Impugnante, a retificação promovida pelo Fisco resultou em diminuição ou manutenção das bases de cálculo das infrações inicialmente apuradas, conforme demonstrativo abaixo, cujos dados foram extraídos das planilhas elaboradas pelo Fisco, devendo-se destacar que, **ao contrário da alegação da Impugnante**, no referido mês não há exigência de ICMS, mas somente da Multa Isolada capitulada no 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75:

APURAÇÃO ORIGINAL						APURAÇÃO REFORMULADA			
MÊS	LIQUIDAÇÃO	Participação	Contabilização do Agente	Contabilização da Carga	Posição	Participação	Contabilização do Agente	Contabilização da Carga	Posição
		(A)	(B)	(C=BxA)		(A)	(B)	(C=BxA)	
201701	201703	52,85%	-2.800.097,66	-1.479.744,41	D	52,85%	-2.693.585,84	-1.423.457,00	D
201702	201704	52,57%	-2.359.542,93	-1.240.403,36	D	52,57%	-2.322.259,65	-1.220.803,67	D
201703	201705	52,56%	-2.541.154,83	-1.335.583,70	D	52,56%	-2.293.915,38	-1.205.639,24	D
201704	201706	52,06%	-9.226.715,68	-4.803.150,73	D	52,06%	-8.730.727,87	-4.544.954,39	D
201705	201707	52,49%	-5.217.964,36	-2.739.139,41	D	52,49%	-5.217.964,36	-2.739.139,41	D
201706	201708	54,57%	-2.436.129,95	-1.329.516,51	D	54,57%	-1.692.775,33	-923.831,16	D
201707	201709	53,32%	-3.797.098,79	-2.024.455,74	D	53,32%	-3.685.215,74	-1.964.804,33	D
201708	201710	52,88%	-7.973.524,62	-4.216.623,45	D	52,88%	-7.963.707,22	-4.211.431,73	D
201709	201711	53,13%	-4.375.046,01	-2.324.481,57	D	53,13%	-4.375.046,01	-2.324.481,57	D
201710	201712	51,51%	-5.606.515,80	-2.887.788,70	D	51,51%	-5.554.512,20	-2.861.002,83	D
201711	201801	51,98%	-4.724.865,12	-2.455.794,32	D	51,98%	-4.412.144,42	-2.293.254,71	D
201712	201802	50,36%	413.476,28	208.235,23	C	50,36%	985.934,02	496.536,81	C

Como já afirmado, no presente caso, a retificação do crédito tributário foi efetivada pelo Fisco com fulcro no art. 145, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*:

CTN

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

- I - impugnação do sujeito passivo;
- II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Aliás, a própria Impugnante reconhece tal fato, ao afirmar, no aditamento de sua impugnação, que “*após comparação entre os novos anexos do auto de infração, é possível identificar o ajuste pontual adotado. Originalmente, a autoridade lançadora identificou posições devedoras ou credoras de liquidação no MCP tomando como base o ‘Resultado Final’ (coluna ‘AE’ da aba ‘II-Pré-fatura EE CCEE’ do anexo do auto de infração). Todavia, conforme previsão expressa do artigo 1º da Resolução nº 4.956/2016, o correto seria considerar o ‘Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente’ (coluna ‘AG’ da aba ‘II-Pré-fatura EE CCEE’ do anexo do auto de infração)*”, acrescentando que “*a autoridade lançadora reconheceu o acerto da argumentação de defesa e implementou essa correção*”.

Não se trata, portanto, de retificação por força de “*recurso de ofício*” ou de “*iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149*”, mas exclusivamente em razão dos argumentos da Impugnante.

Além disso, o crédito tributário global, uno e indivisível, não sofreu majoração, e sim redução em seu valor.

Alterações de valores exigidos em determinados períodos, em função de correções de eventuais erros no levantamento fiscal, especialmente por acatamento de questões e valores impugnados, não acarretam a nulidade da peça fiscal, pois é dever do Fisco sanar qualquer erro existente no lançamento no decorrer da tramitação processual.

Não há que se falar, também, em ofensa ao art. 146 do CTN, pois a acusação fiscal, os dispositivos tidos por infringidos e as penalidades aplicadas não sofreram qualquer alteração no Termo de Reformulação do lançamento.

Rejeita-se, portanto, a prefacial arguida pela Impugnante.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades, no exercício de 2017:

- 1.** Falta de emissão de notas fiscais de entradas e de recolhimento do ICMS devido relativo às operações de aquisições de energia elétrica, inerentes às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (*Exigência: ICMS, MR e MI – art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75*);
- 2.** Consignação em documentos fiscais de bases de cálculo inferiores às estabelecidas na legislação e recolhimento a menor do ICMS devido, inerente às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (*exigências: diferença de ICMS, MR e MI: art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75*);
- 3.** Consignação em documentos fiscais de importâncias inferiores aos efetivos valores das operações estabelecidos na legislação, inerentes às liquidações com posições

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (*exigências: MI - art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75*).

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 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).

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

[...]

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

[...]

XXVIII - por deixar de emitir nota fiscal referente a entrada de mercadoria, no prazo e nas hipóteses previstos na legislação tributária - 10% (dez por cento) do valor da operação.

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

[...]

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação.

As posições credoras ou devedoras mensais do estabelecimento autuado, relativas ao exercício de 2017, observado o rateio de cargas, estão indicadas na aba “I – Análise da Contabilização” da planilha denominada “PS_3672198830370” (reformulada), cujos dados foram extraídos das Pré-Faturas disponibilizadas à SEF/MG pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

A Pré-Fatura traz o detalhamento dos débitos e créditos do agente nas operações com energia elétrica junto à CCEE. Valores positivos representam créditos, enquanto os valores negativos identificam os débitos do agente em relação às suas operações no Mercado de Curto Prazo (MCP) da CCEE.

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 que oneram as operações com energia elétrica (parcelas que representam remuneração pela energia elétrica) e que são

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inseridos na liquidação (Pré-Fatura), influenciando na posição final (posição financeira) credora ou devedora do agente no âmbito da CCEE.

O art. 53-F, § 1º do Anexo IX do RICMS/02 estabelece que, 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.

RICMS/02 - ANEXO IX

Efeitos a partir de 01/09/18

Art. 53-F. - Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do MCSD, 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:

Efeitos de 04/04/08 a 31/08/18

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

[...]

Efeitos a partir de 01/09/18

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCSD, 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.

Efeitos de 03/08/07 a 31/08/18

§ 1º **Para determinação da posição credora ou devedora, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.** (Grifou-se)

Com relação às posições devedoras no Mercado de Curto Prazo, caberia à Impugnante emitir as notas fiscais de entrada de energia e recolher o ICMS devido ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estado de Minas Gerais, nos termos estabelecidos no art. 53-F, inciso II, §§ 2º a § 4º do Anexo IX do RICMS/02, conforme o período, normas estas não observadas pela Impugnante.

RICMS/02 - Anexo IX

Efeitos de 1º/04/08 a 31/08/18

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

Efeitos de 03/08/07 a 31/08/18

[...]

II - pela entrada de energia elétrica, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, ou de empresa distribuidora suprida pelo MCSD.

[...]

Efeitos de 24/07/2009 a 31/08/2018

§ 2º Relativamente às diferenças apuradas, o agente emitirá a nota fiscal até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da nota de liquidação financeira, na entrada ou na saída, conforme o caso, que deverá conter:

Efeitos de 17/09/14 a 31/08/18

I - o destaque do ICMS, quando for emitida por consumidor livre ou por autoprodutor enquadrado na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

Efeitos de 03/08/07 a 31/08/18

II - as seguintes indicações:

a) no quadro "Destinatário/Remetente", as inscrições no CNPJ e no Cadastro de Contribuintes do ICMS do emitente e a expressão "Relativa à liquidação no Mercado de Curto Prazo", ou "Relativa à apuração e liquidação do MCSD", conforme o caso;

b) no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", os dados da liquidação na CCEE ou da apuração e liquidação do MCSD.

Efeitos de 26/01/07 a 31/08/18

§ 3º Todas as vias das notas fiscais emitidas na forma deste artigo juntamente com as pré-faturas emitidas pela CCEE que lhes tenha dado origem deverão ser arquivadas pelos prazos previstos no § 1º do art. 96 deste Regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 4º Cada estabelecimento de consumidor livre ou de autoprodutor que se enquadrar na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo é responsável pelo pagamento do imposto e deverá, ao emitir a nota fiscal relativa à entrada:

I - fazer constar, como base de cálculo da operação, o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, considerada a regra prevista § 1º deste artigo, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

II - para a apuração da base de cálculo, em caso de haver mais de um ponto de consumo, observar o rateio proporcional do resultado da liquidação, segundo as medições verificadas, na hipótese de a liquidação ser relativa a mais de um estabelecimento;

III - para destaque do imposto, aplicar à base de cálculo apurada na forma das alíneas anteriores a alíquota interna prevista para a operação.

Por outro lado, com relação às posições credoras no Mercado de Curto Prazo, caberia à Impugnante emitir nota fiscal de saída e estornar proporcionalmente os créditos de energia elétrica, nos termos estabelecidos no art. 53-F, inciso I do Anexo IX do RICMS/02 c/c art. 3º da Resolução nº 4.956/16, **o que também não ocorreu no presente caso.**

RICMS/02 - Anexo IX

Efeitos de 04/04/08 a 31/08/18

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCS D) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

Efeitos de 03/08/07 a 31/08/18

I - pela saída de energia elétrica, em caso de posição credora no Mercado de Curto Prazo, ou de fornecedora relativo ao MCS D. (Grifou-se)

Esclareça-se que, no presente processo, não há exigência de falta de estorno de créditos, mas somente de multa isolada, em função de emissão de notas fiscais de saídas consignando valores das operações inferiores às estabelecidas no dispositivo legal acima.

Ressalte-se que as obrigações principal e acessórias a serem observadas pelos agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nas liquidações no Mercado de Curto Prazo de energia elétrica, tanto em relação às posições devedoras, quanto às posições credoras, foram detalhadamente disciplinadas pela SEF/MG, por meio da Resolução nº 4.956/16, que revogou a Instrução Normativa SUTRI nº 03/09, nos seguintes termos:

Resolução nº 4.956/16

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 1º - Para determinação da posição devedora ou credora do perfil de agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo e às apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits (MCSD), deverá ser considerado o Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente informado pela CCEE.

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora a que se refere o caput, excluem-se do Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente as parcelas que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores, bem como as cobradas a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, os juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação.

§ 2º - As parcelas excluídas na forma do § 1º deverão ter respaldo nos relatórios emitidos pela CCEE.

Art. 2º - Os estabelecimentos do Agente da CCEE emitirão, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da liquidação financeira:

I - quando o perfil de agente ao qual esteja associado apresentar posição devedora, nota fiscal pela entrada de energia elétrica, com destaque do ICMS, no caso de perfil de autoprodutor ou de consumidor livre, observado o disposto no art. 49 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

II - quando o perfil de agente ao qual esteja associado apresentar posição credora, nota fiscal pela saída de energia elétrica, sem destaque do ICMS.

§ 1º - O Valor a Liquidar pelo Perfil do Agente, observado o disposto no § 1º do art. 1º, será distribuído entre os estabelecimentos associados ao perfil de agente da seguinte forma:

I - havendo estabelecimentos consumidores de energia elétrica associados ao mesmo perfil de agente, o valor será distribuído apenas entre esses estabelecimentos e será atribuído a cada um deles na proporção entre a sua carga e o somatório das cargas de todos os estabelecimentos consumidores do perfil no período;

II - havendo exclusivamente estabelecimentos geradores associados a um mesmo perfil de agente, o valor será atribuído a cada um desses estabelecimentos na proporção entre a sua geração de energia elétrica e o somatório das gerações de todos os estabelecimentos do perfil no período;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - nos demais casos, o valor será atribuído a cada um dos estabelecimentos do perfil de agente na proporção entre suas operações de saída de energia elétrica e o somatório das operações de saída de energia elétrica de todos os estabelecimentos do perfil no período.

§ 2º - O valor atribuído a cada estabelecimento nos termos do § 1º, somado ao valor do ICMS, se for o caso, será informado como valor da operação e como base de cálculo do imposto, quando houver incidência.

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.

§ 2º - Para efeito do disposto neste artigo, considera-se Índice de Estorno e Recolhimento de Imposto Diferido o resultado positivo da divisão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

§ 3º - Para efetivação do estorno, o contribuinte observará o disposto no art. 73 do RICMS e consignará na nota fiscal nele prevista, além dos demais requisitos:

I - no quadro “Destinatário/Remetente”, o nome, o endereço e os números de inscrição estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do próprio contribuinte;

II - no quadro “Dados Adicionais”, no campo “Informações Complementares”, o período de referência da liquidação financeira, a quantidade de energia elétrica adquirida, o resultado do balanço energético e o total de créditos apropriados relativos às operações de entrada de energia elétrica;

III - como natureza da operação: “Estorno de Crédito”;

IV - no campo “CFOP”, o código “5.949”;

V - no quadro “Dados do Produto”, a expressão “Estorno de crédito - Energia Elétrica”.

§ 4º - Para recolhimento do imposto diferido na operação anterior, o contribuinte deverá observar o disposto no art. 15 e no art. 49-A do Anexo IX, ambos do RICMS, consignando na nota fiscal prevista no inciso I do § 1º do art. 15 do RICMS, além dos demais requisitos:

I - no quadro “Destinatário/Remetente”, o nome, o endereço e os números de inscrição estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do próprio contribuinte;

II - no quadro “Dados Adicionais”, no campo “Informações Complementares”, o período de referência da liquidação financeira, a quantidade de energia elétrica adquirida, o resultado do balanço energético e o valor total do imposto diferido relativo às operações de entrada de energia elétrica;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - como natureza da operação: "Recolhimento de imposto diferido na operação anterior";

IV - no campo "CFOP", o código "5.949";

V - no quadro "Dados do Produto", a expressão "Recolhimento de imposto diferido na operação anterior - Energia Elétrica".

Art. 4º - Fica revogada a Instrução Normativa SUTRI nº 03, de 4 de maio de 2009.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2017. (Grifou-se)

Saliente-se que, com a entrada em vigor da Resolução nº 4.956/16, o estorno de créditos passou a se restringir aos casos em que o perfil do agente apresentar posição financeira credora e o seu Balanço Energético apresentar valor positivo (em MW – critério físico), isto é, somente quando houver efetiva disponibilização de energia elétrica para o mercado, conforme art. 3º, caput e inciso I da mencionada resolução, condições cumulativas que não se aplicam ao caso dos autos (mês de dezembro de 2017)

O "Balanço Energético" representa o resultado, em quantidade de energia elétrica (MWh), no período de referência da liquidação financeira, das operações de compra, venda, geração e consumo de energia elétrica do perfil de agente, nos termos da definição contida no art. 3º, § 1º, inciso I da Resolução nº 4.956/16.

Contraopondo-se ao feito fiscal, a Impugnante centra sua defesa, em sua peça aditada, nos seguintes tópicos, que serão analisados na ordem em que relatados:

• **Alegações quanto aos "Itens 'A' e 'B' do AI: não Houve Falta de Recolhimento ou Recolhimento a Menor de ICMS no Caso de Apuração de 'Saldo Devedor' no MCP"**

A Autuada relata que "*a autoridade lançadora acusa a Impugnante de: (a) não emitir nota fiscal e não recolher ICMS na aquisição de energia no MCP, relativamente aos meses de março, maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2017; e (b) emitir nota fiscal com valor inferior ao devido e recolher ICMS a menor na aquisição de energia no MCP relativamente aos meses de janeiro, fevereiro, abril, julho e agosto de 2017*".

Narra que, "*para compreender o racional da autoridade lançadora, cabe referência ao 'relatório complementar do auto de infração'. O seu tópico '7.3. Técnica Fiscal de Auditoria' descreve a utilização dos 'Relatórios CONFAZ', referentes às informações fornecidas pela CCEE para a SEF/MG sobre as liquidações no MCP, para identificação da posição credora ou devedora da Impugnante*", conforme abaixo:

A partir dos "Relatórios CONFAZ", identificamos a posição credora ou devedora no MCP do perfil de agente VMZ, CNPJ 42416651000107, da classe de Autoprodutor, além do percentual de participação da carga do autuado na contabilização do perfil de agente, conforme quadros "DADOS DO AGENTE" e "CONSUMO".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Comenta que, “como é possível notar, a autoridade lançadora faz referência ao ‘perfil de agente VMZ, CNPJ 42416651000107’. Cabe esclarecer que ‘VMZ’ diz respeito à razão social anterior da Impugnante (Votorantim Metais Zinco S.A.) e que o CNPJ em questão corresponde ao seu estabelecimento matriz”.

Acrescenta que, “mesmo os autos de infração envolvendo estabelecimentos filiais da Impugnante fazem referência a esse mesmo perfil de agente e CNPJ. Isso porque, perante a CCEE, todos os registros da Impugnante remetem ao seu estabelecimento matriz, ainda que também ocorra consumo de energia elétrica em diferentes estabelecimentos filiais. Em síntese, um mesmo perfil de agente corresponde a diversos estabelecimentos”.

Salienta que, “para fins tributários, não existe qualquer irregularidade nisso: o Convênio nº 15/2007, responsável disciplinar ‘o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE’, trata dos casos em que um perfil junto à CCEE abrange mais de um estabelecimento”, conforme estabelece a sua cláusula terceira, inciso I, alínea “b”, complementando que, “no âmbito da legislação mineira, previsão semelhante consta do artigo 2º, parágrafo 1º, da Resolução nº 4.956/2016. Inclusive, a autoridade lançadora observou o ‘rateio da base de cálculo proporcional’ ao consumo de cada estabelecimento vinculado ao perfil de autoprodutor denominado ‘VMZ’, conforme planilha preparada pela autoridade lançadora para suportar as exigências fiscais, por exemplo, voltadas ao estabelecimento matriz da Impugnante (‘Análise da Contabilização dos Ajustes da CCEE - exercício de 2017’):”

CNPJ da Carga	o	Contabilização do Agente (B)	Contabilização da Carga (C=BxA)
4241665100010	52,95%	-2.800.097,66	-1.479.744,41
4241665100010	52,57%	-2.359.542,93	-1.240.403,36
4241665100010	52,56%	-2.541.154,83	-1.335.583,70
4241665100010	52,06%	-9.226.715,68	-4.803.150,73
4241665100010	52,49%	-6.217.964,36	-2.739.139,41
4241665100010	54,57%	-2.436.129,96	-1.329.516,51
4241665100010	53,32%	-3.797.098,79	-2.024.455,74
4241665100010	52,98%	-7.973.524,62	-4.216.623,45
4241665100010	53,13%	-4.375.046,01	-2.324.481,57

Percentual de rateio das diferenças apuradas no MCP para cada estabelecimento

Expõe que, “em linha com o exemplo acima, cabe analisar a situação específica do estabelecimento matriz da Impugnante (‘Três Marias’), de modo a verificar o confirmar dos procedimentos adotados. Ainda assim, vale a ressalva de que já foram juntados, aos respectivos processos, documentos e explicações acerca dos procedimentos adotados por cada estabelecimento autuado”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta, nesse sentido, que, “se, de um lado, a autoridade lançadora observou o rateio entre diferentes estabelecimentos vinculados a um mesmo perfil, cometeu, de outro, erro grave quanto à análise das informações fornecidas pela CCEE. Isso porque, conforme verificado no relatório que acompanha o auto de infração, a autoridade lançadora considerou apenas o perfil ‘VMZ’ ao verificar a conformidade dos procedimentos adotados pela Impugnante”.

Argumenta, porém, que “mantinha junto à CCEE outros perfis classificados sob o mesmo tipo (autoprodutor), todos ignorados pela fiscalização”, complementando que, “consultando o ‘Relatório CONFAZ’, trazido aos autos pela autoridade lançadora, é possível verificar que, entre janeiro e dezembro de 2017, a Impugnante possuía três perfis de autoprodução com movimentação”, conforme abaixo:

CFZ003 - Informações para Secretaria de Estado da Fazenda - Detalhamento da Pré-fatura

Mês/Ano	Evento	Sigla do Agente	CNPJ Agente	Perfil de Agente	Classe do Perfil
2017/01	2017_01 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ	Autoprodutor
2017/01	2017_01 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I0	Autoprodutor
2017/01	2017_01 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I5	Autoprodutor
2017/02	2017_02 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ	Autoprodutor
2017/02	2017_02 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I0	Autoprodutor
2017/02	2017_02 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I5	Autoprodutor
2017/03	2017_03 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ	Autoprodutor
2017/03	2017_03 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I0	Autoprodutor
2017/03	2017_03 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I5	Autoprodutor
2017/04	2017_04 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ	Autoprodutor
2017/04	2017_04 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I0	Autoprodutor
2017/04	2017_04 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	42416651000107	VMZ I5	Autoprodutor

Alega que, “diferentemente de outras situações já analisadas por este E. Conselho, todos os perfis indicados acima correspondem à mesma classe (autoprodutor) e estão vinculados ao mesmo estabelecimento (matriz da Impugnante, conforme CNPJ indicado na tabela acima)”, ademais “todos esses perfis (VMZ, VMZ I0 e VMZ I5) abrangem mais de um estabelecimento da Impugnante, a saber: Três Marias (CNPJ final 0001-07), Vazante (CNPJ final 0010-06), Morro Agudo (CNPJ final 0014-21) e Juiz de Fora (CNPJ final 0008-83). Trata-se exatamente dos estabelecimentos autuados pela autoridade lançadora”.

Destaca que “não existe equivalência entre os perfis perante a CCEE, mantidos para fins exclusivamente regulatórios, e os estabelecimentos da Impugnante, esses, sim, relevantes para fins da apuração do ICMS”, acrescentando que, “no caso, considerando que cada estabelecimento da Impugnante diz respeito a mais de um perfil de autoprodutor, o cumprimento de obrigações tributárias relacionadas ao ICMS levou em consideração o somatório das posições parciais (devedoras ou credoras) apuradas”.

Cita, como exemplo, o mês de janeiro de 2017, no qual “apurou saldo devedor na liquidação referente ao MCP, no valor de R\$ 297.567,63”, da seguinte forma:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Perfil	Classe	Valor a Liquidar (R\$)	Saldo
VMZ	Autoprodutor	2.693.585,84	Devedor
VMZ IO	Autoprodutor	2.396.018,21	Credor
Total		297.567,63	Devedor

Pontua que “essa informação é respaldada pelas informações emitidas pela própria CCEE, conforme o campo ‘valor a liquidar pelo agente’ do arquivo ‘SUM001 – Sumário’ (doc. 3 da impugnação original)”:

Quadro 4 - SUM001

Agente: VMZ
CNPJ do Agente: 42416651000107
Evento: 2017_01 - CONTABILIZAÇÃO

Valor a liquidar pelo agente - V_TOT_LIQU a,m - (R\$)	
	-297.567,63

Page 1
2:44:13 PM - 10/27/2021

No seu entender, “é necessário insistir: considerando que a própria CCEE considera os perfis da classe “autoprodução” para determinar o ‘valor a liquidar pelo agente’. Como se verá, essa informação é relevante para avaliar a correção do procedimento adotado pela Impugnante e, por consequência, o equívoco da acusação fiscal. Por ora, cabe apenas ressaltar que a aba ‘CFZ001 - Liquidação no MCP’ do ‘Relatório CONFAZ’, apresentado pela autoridade lançadora, confirma que o ‘valor a liquidar’ considerado pela CCEE consolida todos os perfis de autoprodutor da Impugnante”:

CFZ002 - Informações para Secretaria de Estado da Fazenda - Valor a Liquidar na CCEE

Ano/Mês	Evento	Sigla do Agente	Valor a liquidar pelo agente V_TOT_LIQU a,m - (R\$)
2017/01	2017_01 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	-297.567,63
2017/02	2017_02 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	-25.857,39
2017/03	2017_03 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	1.883.568,53
2017/04	2017_04 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	-2.836.947,03
2017/05	2017_05 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	1.210.668,69
2017/06	2017_06 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	162.882,20
2017/07	2017_07 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	-37.911,17
2017/08	2017_08 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	-1.529.513,09
2017/09	2017_09 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	2.114.218,29
2017/10	2017_10 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	1.526.466,72
2017/11	2017_11 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	1.227.599,53
2017/12	2017_12 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	249.401,97

Reportando-se novamente ao exemplo relativo ao mês de janeiro de 2017, a Impugnante frisa que, “tendo sido apurado se de saldo devedor, tanto o Convênio ICMS 15/2007 como a Resolução nº 4.956/2016 partem da premissa de que houve ‘entrada’ de energia nos estabelecimentos da Impugnante, cabendo-lhe o recolhimento do ICMS correspondente, a ser apurado conforme o rateio mencionado anteriormente”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, segundo sua informação, por cautela, “realizou a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, com base na seguinte fórmula”:



$$\text{Base de cálculo} = \text{valor da liquidação} / (1 - \text{alíquota})$$

Apurou, dessa forma, “base de cálculo de R\$ 362.887,35, correspondente a todos os estabelecimentos abrangidos pelos perfis VMZ e VMZ IO. Na sequência, e em linha com as previsões regulamentares mencionadas acima, esse valor foi rateado para cada um dos estabelecimentos da Impugnante. No caso do estabelecimento matriz, por exemplo, houve alocação de aproximadamente 52% desse valor, com a consequente emissão de nota fiscal de entrada e recolhimento de ICMS”.

Pondera que “é exatamente o que consta da planilha ‘Análise da Contabilização dos Ajustes da CCEE - exercício de 2017’, na qual a autoridade lançadora indica a emissão de nota fiscal no valor de R\$ 191.785,44 (aproximadamente 52% de R\$ 362.887,35), referente à suposta entrada energia elétrica no estabelecimento matriz da Impugnante”, conforme abaixo indicado:

NF EMITIDA				
o	S	Data	Valor (F)	ICMS Destacado (G)
78591	E	24/03/2017	191.785,44	34.521,38
79443	E	24/04/2017	16.576,75	2.983,82

Afirma que, “durante o procedimento de fiscalização, a Impugnante apresentou o DANFE correspondente, bem como o comprovante de recolhimento do ICMS em todos os períodos em que houve apuração de saldo devedor (doc. 4 da impugnação original)” e apresenta o seguinte exemplo:

Banco Itaú - Comprovante de Pagamento
Tributos Estaduais com código de barras

Identificação no extrato: SISPAG TRIBUTOS

Dados da conta debitada:
Nome: VOTORANTIM METAIS ZINCO SA
Agência: 0910 Conta: 08514 - 1

Dados do pagamento:
Código de barras: 856500003459 213802131705 324120005719 614619807777
Controle: 708300851411 48
Valor do documento: R\$ 34.521,38

Informações fornecidas pelo pagador:

Operação efetuada em 24/03/2017 às 12:50:09 via Sispag, CTRL 831062169000010.
Autenticação:
F136F5617E6E5D32C6DC521BCBFAB19C1925C52E

Enfatiza que “a diferença entre o procedimento adotado pela Impugnante e o cálculo adotado pela fiscalização resume-se à análise dos perfis mantidos perante a CCEE. A Impugnante considerou a peculiaridade de existirem três perfis. A autoridade lançadora, por outro lado, ignorou por completo a existência dos perfis ‘VMZ IO’ e ‘VMZ I5’”, vale dizer, “em razão disso, houve deturpação, inclusive, dos saldos informados pela CCEE, conforme ilustrado abaixo”:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Período	Informações consideradas pela fiscalização		Informações corretas, cf. relatórios da CCEE e apuração da Impugnante	
	Saldo	Contabilização do agente (R\$)	Saldo	Valor de liquidação (R\$)
Janeiro/2017	Devedor	-2.800.097,66	Devedor	-297.567,63
Fevereiro/2017	Devedor	-2.359.542,93	Devedor	-25.857,39
Março/2017	Devedor	-2.541.154,83	Credor	1.883.568,53
Abril/2017	Devedor	-2.800.097,66	Devedor	-2.836.947,03
Maio/2017	Devedor	-2.359.542,93	Credor	1.210.668,69
Junho/2017	Devedor	-2.436.129,95	Credor	162.882,20
Julho/2017	Devedor	-3.797.098,79	Devedor	-37.911,17
Agosto/2017	Devedor	-7.973.524,62	Devedor	-1.529.513,09
Setembro/2017	Devedor	-4.375.046,01	Credor	2.114.218,29
Outubro/2017	Devedor	-5.606.515,80	Credor	1.526.466,72
Novembro/2017	Devedor	-4.724.865,12	Credor	1.227.599,53
Dezembro/2017	Credor	413.476,28	Credor	249.401,97

A seguir, a Impugnante reafirma que “as informações apresentadas pela CCEE (‘Relatório CONFAZ’, anexo ao próprio auto de infração) sinalizam que o ‘valor a liquidar pelo agente’ congrega as relacionadas aos perfis ‘VMZ’, ‘VMZ I0’ e ‘VMZ I5’” e volta a citar o exemplo de janeiro de 2017:

Mês/Ano	Perfil de Agente	Classe do Perfil	Valor a liquidar pelo perfil de agente - (R\$)
2017/01	VMZ	Autoprodutor	-2.693.585,84
2017/01	VMZ I0	Autoprodutor	2.396.018,21
2017/01	VMZ I5	Autoprodutor	0,00

→ - 2.693.585,84
 → + 2.396.018,21
 = - 297.567,63

Ano/Mês	Evento	Sigla do Agente	Valor a liquidar pelo agente V_TOT_LIQU a,m - (R\$)
2017/01	2017_01 - CONTABILIZAÇÃO	VMZ	-297.567,63

Insiste em sua tese de que “para fins da determinação do valor a liquidar e, portanto, para aplicação da Resolução nº 4.956/2016, não há dúvida de que todos os perfis de autoprodução devem ser considerados em conjunto. Esse é exatamente o procedimento adotado pela Impugnante, que, como vimos, realizou o rateio do saldo devedor acima entre os seus quatro estabelecimentos associados aos perfis de autoprodutor, para fins da emissão de nota fiscal e recolhimento de ICMS”.

Transcreve o disposto no art. 2º da Resolução nº 4.956/16 e afirma que, “como se nota, ‘os estabelecimentos do Agente’ devem emitir nota fiscal de entrada ‘quando o perfil de agente ao qual esteja associado apresentar posição devedora’. Apesar de existirem previsões específicas tratando dos casos em que um perfil abrange vários estabelecimentos, a regulamentação mineira parece partir da premissa de que cada estabelecimento estará sempre vinculado a, no máximo, um perfil de agente. Afinal, os incisos do artigo 2º utilizam o singular ao se referir à associação entre estabelecimento e perfil de agente (‘o perfil de agente ao qual [o estabelecimento] esteja associado’)”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz que, “na prática, como vimos, é possível que um estabelecimento compreenda diversos perfis. A falta de clareza sobre essa hipótese, por certo, não justifica a adoção de tratamento ilógico, no qual um mesmo estabelecimento poderá ser considerado credor e devedor ao mesmo tempo. Fala-se de tratamento ilógico porque, seguindo essa abordagem simplista, o estabelecimento terá, simultaneamente, déficit e sobra de energia. Não é possível ‘ter’ e ‘não ter’ a um só tempo. Por consequência, o exame conjunto dos perfis de mesma categoria é a medida que se impõe”.

Conclui, nesses termos, que “as acusações fiscais ‘a’ e ‘b’ são improcedentes, devendo haver o cancelamento do lançamento tributário correspondente, quer em relação à exigência de ICMS, quer das penalidades aplicadas”.

Como se vê, apesar de sua extensa argumentação, a Impugnante pleiteia, em apertada síntese, que as posições devedoras ou credoras do estabelecimento autuado sejam apuradas considerando-se todos os perfis de agente de forma conjunta (perfis “VMZ”, “VMZ I0” e “VMZ I5”).

No entanto, essa argumentação não encontra respaldo na legislação vigente.

Inicialmente é preciso esclarecer que a Autuada realizou suas operações na CCEE através do Agente Centralizador com CNPJ nº 42.416.651.0001/07, com a sigla VMZ.

O seu Agente Centralizador possuía três Perfis de Agente distintos, a saber: VMZ, VMZIO e VMZI5, todos com a Classe de Perfil de Autoprodutor.

Porém, ao contrário da afirmação da Impugnante, o estabelecimento consumidor autuado, estava associado, única e exclusivamente, ao Perfil de Agente VMZ.

Os Perfis de Agente VMZIO (janeiro de 2017) e VMZI5 (a partir de fevereiro de 2017) referiam-se à movimentação da usina “Picada” (geração de energia), CNPJ nº 04.432.851/0001-64, conforme relatório CFZ006 da CCEE, cujos dados encontram-se abaixo reproduzidos:



CFZ006 - Informações para Secretaria de Estado da Fazenda - Geração

Evento	CNPJ Agente	Ano/Mês	Razão Social do Agente Proprietário	Sigla do Agente	Classe	% de Propriedade	Código da Parcela de Usina	CNPJ da Usina	Nome da Usina	Localização
2017_01 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/01	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I0	Autoprodutor	100%	8156	04432851000164	PICADA	MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS



CFZ006 - Informações para Secretaria de Estado da Fazenda - Geração

Evento	CNPJ Agente	Ano/Mês	Razão Social do Agente Proprietário	Sigla do Agente	Classe	% de Propriedade	Código da Parcela de Usina	CNPJ da Usina	Nome da Usina	Localização
2017_02 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/02	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_03 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/03	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_04 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/04	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_05 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/05	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_06 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/06	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_07 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/07	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_08 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/08	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_09 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/09	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_10 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/10	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_11 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/11	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG
2017_12 - CONTABILIZAÇÃO	42416651000107	2017/12	VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.	VMZ I5	Autoprodutor	100%	8156	42416651000707	PICADA	MG

Resta claro, portanto, que o estabelecimento autuado, contrariamente à afirmação da Impugnante, não está associado aos Perfis de Agente VMZI0 e VMZI5.

O fato de os três perfis terem a mesma “Classe” de autoprodutor, como será visto nas linhas que se seguem, não tem nenhuma repercussão sobre o feito fiscal, pois a legislação que rege a matéria elegeu o critério do “Perfil de Agente” e dos estabelecimentos a ele associados, não fazendo menção, em momento algum, que a classe de perfil, quando idêntica, tenha qualquer interferência sobre a apuração das posições devedoras ou credoras dos estabelecimentos consumidores associados a cada perfil.

Quanto ao relatório “CFZ002” emitido pela CCEE e mencionado pela Impugnante (totalização geral do Agente Centralizador), sua razão de ser é bastante simples, qual seja, para o Agente Centralizador, do ponto de vista estritamente financeiro, o que interessa é o resultado global, isto é, qual é a quantia que tem direito a receber ou a aquela que tem o dever de pagar à CCEE, porém, do ponto de vista tributário, deve-se examinar o resultado do perfil de agente e cada um dos estabelecimentos a ele associados (havendo dois ou mais – observado o rateio de cargas), por força das disposições contidas no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 e em consonância como o princípio da autonomia dos estabelecimentos, devendo-se reiterar que a contabilização na CCEE é feita por perfil de agente.

O próprio dispositivo citado e reproduzido pela Impugnante, relativo ao Convênio ICMS nº 15/07, deixa claro que deve ser observado o critério de utilização do Perfil de Agente e dos estabelecimentos a ele associados. Confira-se:

Cláusula terceira **Cada estabelecimento** ou domicílio do agente que se enquadrar no caso do inciso II, 'b', da cláusula primeira, quando for responsável pelo pagamento do imposto deverá:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - ao emitir a nota fiscal relativa à entrada, ou solicitar sua emissão: (...)

b) **em caso de haver mais de um estabelecimento por perfil, observar o rateio da base de cálculo proporcional ao consumo verificado em cada ponto de consumo associado ao perfil.** (Grifou-se)

Esse critério é taxativamente reproduzido, como não poderia deixar de ser, no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, observadas as regras específicas estabelecidas no art. 53-E do mesmo Anexo IX, bem como na Resolução nº 4.956/16.

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.

[...]

b) **em caso de haver mais de um estabelecimento por perfil, observar o rateio da base de cálculo proporcional ao consumo verificado em cada ponto de consumo associado ao perfil.** (Grifou-se)

RICMS/02 - ANEXO IX

Efeitos a partir de 01/09/18

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:

Efeitos de 04/04/08 a 31/08/18

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e 'Déficits' (MCS D) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos a partir de 01/09/18

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo ou liquidações do MCSD, **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. (Grifou-se)

Resolução nº 4.956/16

Art. 1º - Para determinação da posição devedora ou credora do perfil de agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo e às apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficit (MCSD), deverá ser considerado o Valor a Liquidar pelo **Perfil de Agente** informado pela CCEE.

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora a que se refere o caput, excluem-se do Valor a Liquidar **pelo Perfil de Agente** as parcelas que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores, bem como as cobradas a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, os juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação.

§ 2º - As parcelas excluídas na forma do § 1º deverão ter respaldo nos relatórios emitidos pela CCEE.

Art. 2º - Os estabelecimentos do Agente da CCEE emitirão, até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da liquidação financeira:

I - **quando o perfil de agente** ao qual esteja associado apresentar posição devedora, nota fiscal pela entrada de energia elétrica, com destaque do ICMS, no caso de **perfil** de autoprodutor ou de consumidor livre, observado o disposto no art. 49 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, vedado o destaque do imposto nos demais casos;

II - quando o **perfil de agente** ao qual esteja associado apresentar posição credora, nota fiscal pela saída de energia elétrica, sem destaque do ICMS.

§ 1º - O Valor a Liquidar **pelo Perfil do Agente**, observado o disposto no § 1º do art. 1º, **será**

distribuído entre os estabelecimentos associados ao perfil de agente da seguinte forma:

I - havendo estabelecimentos consumidores de energia elétrica associados ao mesmo perfil de agente, o valor será distribuído apenas entre esses estabelecimentos e será atribuído a cada um deles na proporção entre a sua carga e o somatório das cargas de todos os estabelecimentos consumidores do perfil no período;

II - havendo exclusivamente estabelecimentos geradores associados a um mesmo perfil de agente, o valor será atribuído a cada um desses estabelecimentos na proporção entre a sua geração de energia elétrica e o somatório das gerações de todos os estabelecimentos do perfil no período;

III - nos demais casos, o valor será atribuído a cada um dos estabelecimentos do perfil de agente na proporção entre suas operações de saída de energia elétrica e o somatório das operações de saída de energia elétrica de todos os estabelecimentos do perfil no período.

§ 2º - O valor atribuído a cada estabelecimento nos termos do § 1º, somado ao valor do ICMS, se for o caso, será informado como valor da operação e como base de cálculo do imposto, quando houver incidência.

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:

[...]

onde:

[...]

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.

..." (Grifou-se)

Portanto, tanto o Convênio ICMS nº 15/07, quanto o art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02, bem como a Resolução nº 4.956/16 determinam, de forma expressa e taxativa, a utilização do critério do “perfil de agente”.

Esse critério está em perfeita sintonia com a metodologia de cálculo estabelecida pela CCEE para apuração das diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado de energia elétrica pelos Agentes.

Nesse sentido, segue abaixo trecho extraído da Regra de Comercialização (<https://www.ccee.org.br/en/web/guest/mercado/regras-de-comercializacao>) relativo ao cálculo do Balanço Energético:

Balanço Energético

1. Introdução

Uma das principais atribuições da CCEE, conforme estabelecido no inciso VI do Artigo 2º do Decreto nº 5.177/2004, é realizar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados no Sistema Interligado Nacional - SIN, bem como promover a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo (MCP).

Este módulo envolve:

- ✓ Todos os agentes da CCEE.

A CCEE contabiliza as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado, mediante consideração dos contratos e dos dados de medição registrados. As diferenças positivas ou negativas apuradas para cada agente da CCEE são valoradas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), determinado por período de comercialização e para cada submercado, tendo como base o custo marginal de operação do sistema¹, limitado por um preço mínimo e por um preço máximo homologados pela ANEEL, e observado o disposto no art. 57 do Decreto nº 5.163/2004.

Com base nessas duas informações (volumes contratados e volumes medidos), é processado o cálculo da contabilização e são computadas as quantidades negociadas no MCP. Dessa forma, pode-se dizer que o MCP corresponde à diferença apurada no balanço energético de cada agente da CCEE, conforme ilustrado na Figura 1.

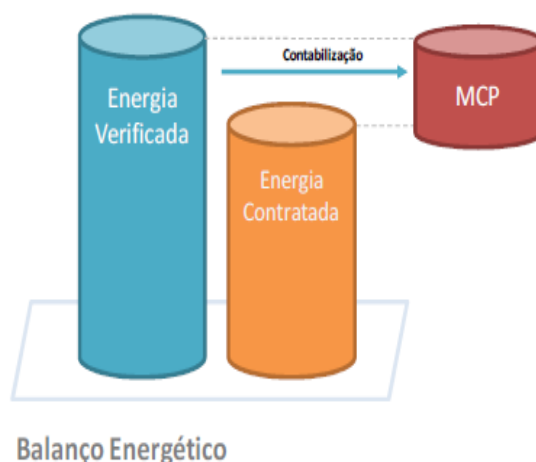


Figura 1: Energia Comercializada no MCP

No mesmo documento, a CCEE define a equação para cálculo do balanço energético da seguinte forma:

2.1. Cálculo do Balanço Energético

Objetivo:

Apurar as diferenças entre os volumes medidos e contratados de cada agente da CCEE, por período de comercialização e submercado.

Contexto:

A apuração das diferenças corresponde à etapa central do processo de contabilização e é uma das principais atividades da CCEE. O cálculo do balanço energético é a única etapa encontrada nesse módulo. A Figura 7 relaciona esta etapa em relação ao módulo completo:

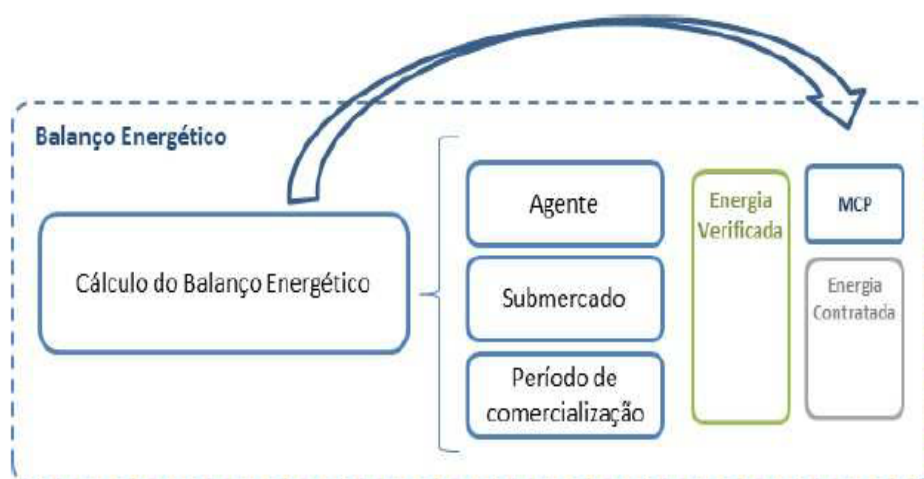


Figura 7: Esquema Geral do Módulo de Regras: "Balanço Energético"

O processo de cálculo do balanço energético é composto pelo seguinte comando e expressão:

1. O Balanço Energético do agente corresponde às diferenças entre a energia verificada total consolidada de ativos de geração (incluindo as eventuais alocações originárias do MRE) e consumo, e a posição contratual líquida apurada por submercado e período de comercialização, sendo calculado conforme expressão a seguir:

$$NET_{a,s,j} = (TGG_{a,s,j} + MRE_{a,s,j} - TGGC_{a,s,j}) - (TRC_{a,s,j}) - (PCL_{a,s,j})$$

Onde:

$NET_{a,s,j}$ é o Balanço Energético do perfil de agente "a" no submercado "s" para o período de comercialização "j"

$TGG_{a,s,j}$ é a Geração Total do perfil de agente "a" no submercado "s" para o período de comercialização "j" $MRE_{a,s,j}$ representa a Consolidação do Resultado do MRE do perfil de agente "a" no submercado "s" para o período de comercialização "j"

$TGGC_{a,s,j}$ é o Consumo de Geração Total do perfil de agente "a" no submercado "s" para o período de comercialização "j"

$TRC_{a,s,j}$ é o Consumo Total do perfil de agente "a" no submercado "s" para o período de comercialização "j" $PCL_{a,s,j}$ é a Posição Contratual Líquida por perfil de agente "a", por submercado "s", por período de comercialização "j" Representação Gráfica:

A quantidade NET na fórmula identificada acima corresponde ao balanço energético, que é calculado por perfil de Agente, como se depreende do texto acima, isto é, a própria CCEE disponibiliza ao Fisco a Pré-fatura, que considera o balanço energético na consolidação da contabilização no MCP, cujos resultados em cada mês de competência são disponibilizados por perfil de Agente.

Inexiste qualquer ilogicidade nesse critério, como afirmado pela Impugnante, ou qualquer hipótese de ocorrência simultânea de déficits e sobras de energia em cada estabelecimento.

Com efeito, conforme estabelece o § 1º do art. 2º da Resolução nº 4.956/16, o Valor a Liquidar pelo Perfil do Agente, observado o disposto no § 1º do art. 1º, será distribuído entre os estabelecimentos associados ao perfil de agente.

Por sua vez, o inciso I do mencionado parágrafo, estabelece que, havendo estabelecimentos consumidores de energia elétrica associados ao mesmo perfil de agente, o valor será distribuído apenas entre esses estabelecimentos e será atribuído a cada um deles na proporção entre a sua carga e o somatório das cargas de todos os estabelecimentos consumidores do perfil no período (critério do rateio de cargas).

Portanto, as posições devedoras ou credoras do perfil de agente serão distribuídas entre os estabelecimentos a ele associados, de acordo com o consumo de cada estabelecimento (carga) em relação ao consumo total, conforme o critério do rateio estabelecido no dispositivo supracitado.

Considerando-se que um único perfil não apresenta posições devedoras e credoras, simultaneamente, é completamente nula a possibilidade de que tal hipótese aconteça com os estabelecimentos a ele associados.

Por oportuno, a Assessoria do CCMG ratificou as contrarrazões expressas pela Fiscalização em sua Manifestação Fiscal de págs. 276 e seguintes.

Não há que se falar, portanto, em cálculo das posições devedoras ou credoras considerando-se conjuntamente os perfis VMZ, VMZIO e VMZI5, como pleiteia a Impugnante, uma vez que, por força do princípio da autonomia dos estabelecimentos e das normas legais supracitadas, havendo mais de um estabelecimento por perfil, deve ser observado o rateio do consumo verificado em cada carga a ele associada, para fins de verificação do cumprimento das obrigações principal e acessórias, por estabelecimento associado ao respectivo perfil.

Correto, portanto, o procedimento fiscal, uma vez que expressamente previsto na legislação que rege a matéria.

• Alegações quanto ao “Item ‘C’ do AI: Regularidade na Emissão de Nota Fiscal de Saída em dezembro de 2017”

A Impugnante relata que *“dezembro de 2017 foi o único período para o qual a autoridade lançadora reconheceu a apuração de saldo credor nas liquidações do MCP. Sendo assim, não houve exigência de ICMS em relação a esse período, sendo exigido dos estabelecimentos da Impugnante apenas a emissão de nota fiscal de saída, sem destaque do imposto”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta que “procedeu com a emissão dessa nota fiscal, conforme reconhece a autoridade lançadora na planilha ‘Análise da Contabilização dos Ajustes da CCEE - exercício de 2017’”, conforme quadro abaixo:

		EXERCÍCIO DE 2017					
		Contribuinte: NEXA RE			CNPJ: 42.416651/0		
MÊS	LIQUIDAÇÃO	DADOS		NF EMITIDA			
		CNPJ	O	S	Data	Valor (F)	ICMS Destacado (G)
201711	201801	4241665100010					
			88181	S	23/01/2018	331.335,57	0,00
201712	201802	4241665100010	89155	S	21/02/2018	21.213,55	0,00

Sustenta, porém, que “em virtude do erro cometido pela autoridade lançadora ao ignorar os demais perfis de autoprodução associados aos estabelecimentos da Impugnante, houve divergência quanto ao valor do saldo credor a ser considerado no preenchimento da nota fiscal de saída. Assim, a autoridade lançadora aplicou multa isolada de 10% do valor da diferença apurada”.

Afirma, assim como ocorreu no tópico anterior, que “havendo a análise integral das operações envolvendo cada estabelecimento da Impugnante, é evidente que a nota fiscal de saída emitida em dezembro de 2017 reflete o valor correto. Isto é, a nota fiscal de saída corresponde ao saldo credor apurado por cada estabelecimento, considerando todos os perfis de autoprodução existentes”.

Requer, dessa forma, o cancelamento da multa isolada aplicada.

Como a própria Impugnante reconhece, o seu pleito está baseado nos mesmos argumentos já analisados e rechaçados no tópico anterior, onde se concluiu que a apuração das posições devedoras ou credoras considerando-se conjuntamente os perfis VMZ, VMZI0 e VMZI5 não encontra respaldo na legislação vigente.

Logo, a princípio, a exigência fiscal estaria correta, pois a Impugnante, apesar de ter emitido documento fiscal relativo à sua posição credora, relativa ao mês de dezembro de 2017, consignou nesse documento fiscal valor da operação inferior ao estabelecido na legislação.

Porém, para essa irregularidade, o Fisco aplicou incorretamente a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, quando o correto seria a exigência da penalidade estabelecida na alínea “a” do mesmo dispositivo.

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

[...]

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada; (Grifou-se)

Tal entendimento é corroborado pelo Acórdão nº 24.127/22/1ª, que analisou matéria idêntica e decidiu pelo cancelamento dessa mesma penalidade, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 24.127/22/1ª

EMENTA (PARCIAL):

“... OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - BASE DE CÁLCULO – DESTAQUE A MENOR. ACUSAÇÃO FISCAL DE CONSIGNAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO MENOR DO QUE A PREVISTA NA LEGISLAÇÃO EM DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS PELA SAÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA, REFERENTES A POSIÇÃO CREDORA EM LIQUIDAÇÕES NO MCP DA CCEE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. **EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA DO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”, DA LEI Nº 6.763/75, LIMITADA A 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DA OPERAÇÃO, NOS TERMOS DO § 2º, INCISO II, DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. ENTRETANTO, POR SE TRATAR DE OPERAÇÕES DE SAÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA REALIZADAS AO ABRIGO DA NÃO INCIDÊNCIA, A PENALIDADE ISOLADA DEVE SER EXCLUÍDA POR SER INAPLICÁVEL À ESPÉCIE.**

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.” (GRIFOU-SE)

DECISÃO:

“... DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA COM VALORES DIVERGENTES DA LIQUIDAÇÃO NA CCEE

[...]

ENTRETANTO, HÁ UM REPARO A SE FAZER QUANTO À MULTA ISOLADA EXIGIDA PARA ESSA INFRAÇÃO, QUAL SEJA, A DO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”, DA LEI Nº 6.763/75:

[...]

COMO JÁ VISTO, AS OPERAÇÕES DE SAÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA DECORRENTES DA CONSTATAÇÃO DE POSIÇÃO CREDORA NA LIQUIDAÇÃO DO MCP DA CCEE OCORREM AO ABRIGO DA NÃO INCIDÊNCIA, ENSEJANDO, INCLUSIVE, O

ESTORNO DOS CRÉDITOS APROVEITADOS QUANDO DA ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO.

POR ESSA RAZÃO, INEXISTE “VALOR DA BASE DE CÁLCULO” DO IMPOSTO A SER CONSIGNADA NOS DOCUMENTOS FISCAIS EM QUESTÃO, O QUE INVIABILIZA MATERIALMENTE A PRÁTICA DA INFRAÇÃO DE “CONSIGNAR BASE DE CÁLCULO MENOR DO QUE A PREVISTA NA LEGISLAÇÃO”, DESCRITA NA ALÍNEA “C” DO INCISO VII DO ART. 55.

DESSA FORMA, **FORÇOSO CONCLUIR QUE AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA AUTUADA O FORAM COM IMPORTÂNCIA DIVERSA DO EFETIVO VALOR DA OPERAÇÃO (E NÃO DA BASE DE CÁLCULO)**, RAZÃO PELA QUAL A PENALIDADE CORRETA SERIA AQUELA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “A”, DA LEI Nº 6.763/75, QUE É ESPECÍFICA PARA ESSA SITUAÇÃO:

[...]

ENTRETANTO, SENDO O CCMG UM ÓRGÃO REVISOR DO LANÇAMENTO, SEM COMPETÊNCIA PARA INCLUSÃO OU SUBSTITUIÇÃO DE EXIGÊNCIAS NO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, RESTA POSSÍVEL APENAS EXCLUIR A MULTA ISOLADA DO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”, DA LEI Nº 6.763/75, POR SER INAPLICÁVEL À ESPÉCIE ...” (GRIFOU-SE)

Assim, apesar de estar devidamente caracterizada a infração narrada pelo Fisco, decide-se pelo cancelamento da exigência fiscal relativa ao item 03 do Auto de Infração, por se tratar de penalidade inaplicável ao caso dos autos.

Ressalte-se que, com essa exclusão, a preliminar arguida pela Impugnante, quanto à impossibilidade de majoração da exigência relativa ao mês de dezembro de 2017, fica integralmente prejudicada, por perda de seu objeto.

• **Alegações Subsidiárias quanto aos Itens 01 e 02 do AI - “Ilegalidade na Cobrança de ICMS na Aquisição de Energia Elétrica no MCP”**

A Impugnante relata que “o STF ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar 87/1996 (‘Lei Kandir’) que preveem a ocorrência de fato gerador do ICMS na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, fixou a seguinte tese: ‘não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia’” e mencionada jurisprudência do STJ nesse mesmo sentido.

Assim, a seu ver, “qualquer outro valor que não decorra de uma operação relativa à circulação - jurídica - de mercadorias, não poderá ser submetido à incidência do ICMS”.

Salienta que “tais considerações são relevantes considerando as características do MCP. Como mencionado, o MCP é mecanismo mantido pela CCEE para liquidação financeira de posições credoras e devedoras relativas, respectivamente, a sobras ou a déficits de energia elétrica. Tais liquidações não

implicam circulação de mercadorias (energia elétrica), considerando que a energia foi injetada na rede elétrica e, inclusive, consumida em momento anterior à liquidação financeira”, ou seja, “por ocasião da liquidação das posições credoras ou devedoras, não ocorre qualquer ‘saída’ ou ‘entrada’ de mercadoria no estabelecimento do contribuinte. Nesse sentido, importa destacar que a mera liquidação financeira não estaria compreendida nas hipóteses em que o artigo 12 da Lei Kandir ou o artigo 6º da Lei Estadual nº 6.763/1975 consideram ocorrido o fato gerador do ICMS”.

Ressalta que, “no caso, cabe referência especial à hipótese do artigo 6º, inciso VII, da Lei Estadual nº 6.763/1975, indicada pela autoridade lançadora como um dos fundamentos do lançamento tributário, conforme tópico ‘base legal / infringência’ do auto de infração. Esse dispositivo legal trata do ‘recebimento, por destinatário situado em território mineiro, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação”.

Acentua, nessa linha, que “liquidar financeiramente posições no MCP não se confunde com o momento em que há recebimento de energia elétrica pelo estabelecimento mineiro. Ademais, diante da referência trazida por esse dispositivo legal à energia elétrica oriunda de ‘outra unidade da Federação’, cabe insistir que as liquidações no MCP são multilaterais, sem identificação de partes envolvidas”.

Destaca que “não existe venda de energia de um agente para outro, não sendo possível determinar – em termos físicos – a origem da energia elétrica consumida pelo estabelecimento. O que há, conforme será retomado adiante, é a mera cessão de posições contratuais entre os agentes registrados junto à CCEE”.

Reitera que “o inciso VII do artigo 6º não é fundamento apto à exigência de ICMS no caso de liquidação de posição devedora no MCP, o que, por si só, justifica o cancelamento das exigências fiscais combatidas”.

Ato contínuo, a Impugnante afirma que inexistente intuito comercial nas operações praticadas no MCP.

Pondera que, “sem prejuízo das considerações indicadas acima, poderia o leitor cogitar que, a despeito de uma liquidação exclusivamente financeira no MCP, a existência de saldo devedor decorre de consumo de energia superior àquele contrato. Teria havido, em algum momento anterior a essa liquidação, ingresso de energia no estabelecimento do agente devedor, caracterizando, pois, circulação de mercadoria”.

Reconhece que, “de fato, ainda que a liquidação financeira no MCP não se confunda com circulação de mercadoria passível de ser tributada, é inegável que houve consumo de energia”, porém, no seu entendimento, “a exigência de ICMS baseada nesse fato, todavia, implicaria evidente dupla tributação da mesma operação de circulação de mercadoria”, isso porque “a energia que ingressou no estabelecimento da Impugnante e que foi financeiramente liquidada no âmbito do MCP já foi previamente submetida à tributação”.

Transcreve decisões judiciais sobre a matéria e conclui: “seja porque já incidiu ICMS sobre toda a energia elétrica comercializada, seja porque a liquidação financeira contabilizada pela CCEE não constitui fato gerador do ICMS, mas tão

somente a cessão de direitos entre consumidores livres, a exigência de ICMS não merece prosperar. Da mesma forma, diante da ausência de fato gerador de ICMS ou mesmo de uma efetiva entrada energia elétrica, também não há que se falar em emissão de notas fiscais de entrada pela Impugnante”.

Como se vê, a Impugnante sustenta, em síntese, que não ocorre o fato gerador do ICMS na cessão de direitos sobre energia elétrica no mercado de curto prazo.

No entanto, em que pesem os seus argumentos, verifica-se não assistir razão à Impugnante.

Nesse sentido, há que se destacar, inicialmente, que o art. 2º da Resolução Normativa ANEEL nº 622/14 define a contabilização da CCEE como sendo “*processo de apuração da comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, do qual, em intervalos temporais definidos, resulta a situação de cada agente como credor ou devedor no Mercado de Curto Prazo*”.

Resolução Normativa ANEEL nº 622, de 19 de agosto de 2014

Art. 2º Para fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

I - agente da CCEE: concessionário, permissionário e autorizado de serviços ou instalações de energia elétrica, detentor de registro de empreendimento de geração, consumidor livre e consumidor especial que seja associado à CCEE;

[...]

VIII - contabilização: processo de apuração da comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE, do qual, em intervalos temporais definidos, resulta a situação de cada agente como credor ou devedor no Mercado de Curto Prazo ...”
(Grifou-se)

Por outro lado, o § 2º do art. 4º da mesma Resolução da ANEEL, prevê que a compra e a venda de energia elétrica no ACL poderão ser feitas entre diversos agentes, incluindo os consumidores livres.

Resolução Normativa ANEEL nº 622, de 19 de agosto de 2014

Art. 4º **A comercialização de energia elétrica entre os agentes da CCEE**, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no ACR ou ACL e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização. (Redação dada pela REN ANEEL 348 de 06.01.2009.)

[...]

§ 2º **A compra e a venda de energia elétrica no ACL** poderá ser feita entre agentes de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comercialização, de geração, de exportação, de importação, consumidores livres e consumidores especiais. (Redação dada pela REN ANEEL 348 de 06.01.2009.) (Grifou-se)

Ora, a Impugnante é cadastrada na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, tendo Perfil de Agente “VMZ” e Classe de autoprodutor.

Por ser agente da CCEE, a empresa deve transacionar a energia de acordo com as regras do mercado, com a liquidação das diferenças (sobras e déficits) no Mercado de Curto Prazo.

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

Considerando-se os contratos e os dados de medição registrados, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica contabiliza as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado.

As diferenças positivas ou negativas são liquidadas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), determinado semanalmente para cada patamar de carga (Leve, Média e Pesada) e para cada submercado (Norte, Nordeste, Sudeste/Centro-Oeste e Sul), tendo como base o Custo Marginal de Operação do sistema, limitado por um preço mínimo e por um preço máximo. O PLD é utilizado para valorar todas as quantidades de energia contabilizadas que não estejam cobertas por Contratos Bilaterais.

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

No referido mercado, as relações são multilaterais, ou seja, todos os Agentes compradores adquirirão energia elétrica do conjunto dos vendedores, sem que haja uma relação direta entre comprador e vendedor. O Mercado de Curto Prazo assume posição de comprador e vendedor das sobras de energia dos agentes participantes do mercado.

Assim, no Mercado de Curto Prazo são realizadas operações envolvendo os montantes de energia elétrica que não são objeto de contratos bilaterais, são as sobras de energia dos contratos bilaterais.

O Mercado de Curto Prazo, caracterizado pela realização de transações multilaterais, envolve, então, o efetivo fornecimento da energia elétrica em cada período de apuração, que é valorada através de critérios consistentes na atribuição do preço do Mercado de Curto Prazo, vigente para cada intervalo definido de tempo e para cada um dos submercados de energia. As transações realizadas no citado mercado,

portanto, caracterizam-se como operações de compra e venda de energia elétrica, ocorridas durante determinado período de apuração.

De acordo com a legislação que rege a matéria, as operações do Mercado de Curto Prazo, realizadas no âmbito da CCEE, são tratadas como interestaduais, tanto para posições devedoras, quanto para posições credoras, pois não é possível determinar a origem ou destino da energia elétrica, uma vez que, como já afirmado, no Mercado de Curto Prazo as relações são multilaterais, ou seja, todos os agentes compradores adquirirão energia elétrica do conjunto dos vendedores, sem que haja uma relação direta entre comprador e vendedor.

Portanto, como já afirmado, não condiz com a realidade a afirmação da Impugnante no sentido de que não realiza comercialização de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo, pois, de acordo com todo o acima exposto, as suas sobras ou déficits de energia elétrica são liquidadas na CCEE, sendo caracterizadas como operações de vendas ou compras de energia elétrica, conforme o caso.

Quando na condição deficitária, o agente paga à CCEE pela energia disponibilizada por outros agentes e por ele consumida, valores que a CCEE contabiliza e repassa a quem possuía sobras de energia.

Por outro lado, quando na condição superavitária, o agente recebe da CCEE pela energia que foi disponibilizada por ele, para consumo de outros agentes.

Assim, a Impugnante, ao contrário de sua afirmação, transaciona energia elétrica no Mercado de Curto Prazo, adquirindo ou cedendo energia, pagando ou recebendo remuneração da CCEE, conforme o caso.

A conclusão acima é corroborada pelo Acórdão nº 19.655/12/2ª, que afastou a mesma arguição de que as operações com energia elétrica no âmbito da CCEE não estariam sujeitas à incidência do ICMS, por se tratar de mera cessão de direitos.

Por outro lado, o Acórdão nº 16.981/06/2ª, embora seja anterior à legislação atualmente vigente (fatos ocorridos à época do MAE e do denominado “apagão”), também defende o mesmo entendimento de que a cessão de direitos ocorre concomitantemente com a transferência de titularidade da energia elétrica, que se encontra no campo de incidência do ICMS.

Embora seja um exemplo extremo, admitindo-se, apenas por hipótese, que determinado contribuinte não firmasse qualquer contrato bilateral para aquisição de energia elétrica, valendo-se, única e exclusivamente, do Mercado de Curto Prazo para suprir o seu déficit de energia (déficit integral, no exemplo em apreço), a tese defendida quanto à não incidência do ICMS nas operações no âmbito da CCEE equivaleria a uma aquisição de energia elétrica sem recolhimento de nenhum valor do tributo para o Estado onde ocorresse o consumo da energia (Minas Gerais, no presente caso).

Assim, se o contribuinte tem contratos bilaterais de aquisição de energia elétrica, mas a quantidade de energia elétrica previamente adquirida é insuficiente para cobrir o seu consumo, sobre o seu déficit, liquidado pela CCEE, incluídas as demais parcelas remuneratórias de energia (encargos do sistema, por exemplo), deve incidir o ICMS, por se tratar de uma aquisição adicional de energia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao aspecto estritamente legal, questionado pela Impugnante, há que se destacar que as normas estabelecidas no Convênio ICMS nº 15/07, bem como no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 e na Resolução nº 4.956/16, estão em perfeita sintonia com a CF/88 e com os dispositivos legais que disciplinam a tributação das operações com energia elétrica, presentes tanto na Lei Complementar Federal nº 87/96 (LC nº 87/96) quanto na Lei Estadual nº 6.763/75.

Reitere-se, nesse sentido, que as operações no Mercado de Curto Prazo (MCP) da CCEE são liquidadas de forma multilateral, ou seja, não há identificação da contraparte na operação.

O Agente com posição devedora adquire energia elétrica no MCP da CCEE de todos os demais Agentes com posições credoras.

Por outro lado, o Agente que possuir posição credora fornece energia elétrica no MCP da CCEE para todos os demais Agentes com posições devedoras.

Isso ocorre de forma que toda a energia elétrica disponibilizada pelos Agentes com posições credoras é completamente adquirida pelos Agentes com posições devedoras no MCP da CCEE.

Portanto esse processo de liquidação na CCEE permite a perfeita equalização entre sobras e déficits decorrentes da comercialização no mercado livre de energia elétrica.

Em tais operações, conseqüentemente, não é possível identificar se a entrada (posição devedora) ou a saída (posição credora) foi proveniente de uma operação interna ou de uma operação interestadual ou de uma combinação dessas duas situações.

Admitindo-se, apenas por hipótese, que a aquisição de energia (posição devedora) esteja vinculada a uma operação interestadual, tal aquisição seria normalmente tributada pelo ICMS, sendo a base de cálculo equivalente “ao valor da operação de que decorrer a entrada, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente ou destinatários”, conforme art. 2º, § 2º, inciso III c/c art. 12, inciso XII e 13, inciso VIII da LC nº 87/96 e arts. 5º, § 1º, item “4”, art. 6º, inciso VII e art. 13, inciso VII da Lei nº 6.763/75.

LC nº 87/96

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide também:

[...]

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. (Grifou-se)

LC n° 87/96

Art. 12. Considera-se ocorrido o **fato gerador** do imposto no momento:

[...]

XII - **da entrada no território do Estado de** lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e **energia elétrica oriundos de outro Estado**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (Grifou-se)

LC n° 87/96

Art. 13. **A base de cálculo do imposto é:**

(...)

VIII - na hipótese do inciso XIII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada. (Grifou-se)

Lei n° 6.763/75

Art. 5° O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1° **O imposto incide sobre:**

(...)

4. **a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual**, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e **de energia elétrica**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto. (Grifou-se)

Lei n° 6.763/75

Art. 6° **Ocorre o fato gerador do imposto:**

[...]

VII - **no recebimento, por destinatário situado em território mineiro**, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e **de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto. (Grifou-se)

Lei nº 6.763/75

Art. 13. **A base de cálculo do imposto é:**

[...]

IX - no recebimento pelo destinatário, situado em território mineiro, de energia elétrica e de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, **o valor da operação de que decorrer a entrada, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente ou destinatários.** (Grifou-se)

Nesse ponto, cabe um esclarecimento a respeito da imunidade prevista no art. 155, §2º, inciso X, alínea “b” da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 748.543, decidiu pela incidência na aquisição de energia elétrica para emprego em processo de industrialização e que a totalidade do ICMS cabe ao Estado de destino.

EMENTA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA A CONSUMIDOR FINAL, PARA EMPREGO EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. IMPOSTO DEVIDO AO ESTADO DE DESTINO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. DE ACORDO COM O ARTIGO 20, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, É ASSEGURADA À UNIÃO (EC 102/2019), AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS A PARTICIPAÇÃO NO RESULTADO DA EXPLORAÇÃO, NO RESPECTIVO TERRITÓRIO, DE PETRÓLEO OU GÁS NATURAL, DE RECURSOS HÍDRICOS PARA FINS DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE OUTROS RECURSOS MINERAIS.

2. **SOMENTE OS ESTADOS DE DESTINO (ESTADO EM QUE SITUADO O ADQUIRENTE) PODEM INSTITUIR ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE ENERGIA ELÉTRICA, NOS TERMOS DO ARTIGO 155, §2º, X, ‘B’ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** PRECEDENTES: RE 198088, RELATOR: MIN. ILMAR GALVÃO, TRIBUNAL PLENO, DJ 5-9-2003.

3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. TEMA 689, **FIXADA A SEGUINTE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL: “SEGUNDO O ARTIGO 155, § 2º, X, B, DA CF/1988, CABE AO ESTADO DE DESTINO, EM SUA TOTALIDADE, O ICMS SOBRE A OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO**

DE ENERGIA ELÉTRICA A CONSUMIDOR FINAL, PARA EMPREGO EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, NÃO PODENDO O ESTADO DE ORIGEM COBRAR O REFERIDO IMPOSTO.’ (GRIFOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, há incidência do imposto na entrada interestadual de energia elétrica para emprego em processo industrial. Essa operação não é abarcada pela não-incidência do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b”, da CF/88.

A Lei Maior tratou de beneficiar o Estado de destino (com a totalidade do imposto sobre a operação) e não o contribuinte (com imunidade tributária). Destarte, os contribuintes também deverão respeitar a legislação do Estado de destino onde ocorrer o consumo da energia elétrica.

Por outro lado, a aquisição interna de energia também é normalmente tributada pelo ICMS, conforme os seguintes dispositivos da LC nº 87/96 e da Lei nº 6.763/75:

LC nº 87/96

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Lei nº 6.763/75

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre:

1. a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar.

Portanto, tratando-se de agente da CCEE que possua posição devedora, a entrada adicional de energia elétrica em seu estabelecimento seria normalmente tributada pelo ICMS, independentemente de a operação de aquisição ser interna ou interestadual, nos termos dos dispositivos legais supracitados.

Porém, conforme ressaltado anteriormente, as operações de comercialização de energia elétrica no MCP da CCEE, para fins tributários, são equiparadas a operações interestaduais, 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, não sendo possível a averiguação se parte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou a totalidade da energia disponibilizada no sistema foi consumida neste Estado ou em outra unidade da Federação.

Tal equiparação, como visto acima, está em perfeita sintonia com o sentido teleológico das normas que regem a matéria, presentes na LC nº 87/96 e na Lei nº 6.763/75.

Verifica-se, assim, que a obrigação recolher o ICMS, em caso da posição devedora no MCP da CCEE, prevista no convênio ICMS nº 15/07, bem como no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 e na Resolução nº 4.956/16, é mera decorrência das regras legais que regem a matéria, ou seja, essas normas não inovam ou extrapolam os limites da lei, mas apenas regulamentam situações em que as obrigações tributárias já têm previsão legal.

Acrescente-se que a incidência do ICMS sobre aquisições interestaduais de energia elétrica, destinada a consumidores finais, independe dos requisitos de habitualidade ou de intuito comercial, nos termos do art. 4º, § 1º, inciso IV da LC nº 87/96 c/c art. 5º, § 1º, item “4” e art. 14, § 2º da Lei nº 6.763/75.

LC nº 87/96

art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

[...]

IV - **adquir**a lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e **energia elétrica** oriundos **de outro Estado**, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.” (Grifou-se)

Lei nº 6.763/75

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

[...]

§ 1º O imposto incide sobre:

[...]

4. a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto. (Grifou-se)

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

[...]

§ 2º Os requisitos de habitualidade ou de volume que caracterize intuito comercial não se aplicam às hipóteses previstas nos itens 3 a 5 e 9 do § 1º do art. 5º.

(...)

(Grifou-se)

Logo, ainda que as operações no MCP da CCEE (equiparadas a operações interestaduais com energia elétrica) sejam realizadas esporadicamente, não há que se comprovar habitualidade ou intuito comercial para se caracterizar o consumidor de energia elétrica como contribuinte do imposto.

Rejeita-se, portanto, a tese da Impugnante quanto à não incidência do ICMS sobre as operações de aquisições de energia elétrica (déficits de energia) no Mercado de Curto Prazo da CCEE.

Não há que se falar, também, em *bis in idem*, pois o ICMS incide sobre a entrada, neste Estado, da energia excedente à adquirida mediante contratos bilaterais, isto é, não se está a tributar as quantidades contratadas, mas apenas a energia que excede as quantidades inerentes aos contratos bilaterais.

Ressalte-se que, em sintonia com o princípio da não cumulatividade do ICMS, havendo o pagamento do crédito tributário, o imposto ora exigido, relativo às posições devedoras da Impugnante (aquisições de energia) poderá ser por ela apropriado, na mesma proporção de sua utilização no processo de industrialização, nos termos do art. 33, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar nº 87/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme Termo de Reformulação às págs. 227/229, excluindo-se, ainda, do crédito tributário remanescente a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, relativa ao item 03 do Auto de Infração, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Relator), que o julgava improcedente. Designado relator o Conselheiro Wertson Brasil de Souza (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Diego Aubin Miguita e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 21 de junho de 2023.

Wertson Brasil de Souza
Relator designado

André Barros de Moura
Presidente

IM/P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	23.493/23/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.002258059-00	
Impugnação:	40.010153740-76	
Impugnante:	Nexa Recursos Minerais S.A.	
	IE: 367219883.03-70	
Proc. S. Passivo:	DIEGO AUBIN MIGUITA/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora - 1	

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Como mencionado acima, a autoridade lançadora acusa a Autuada de: (a) não emitir nota fiscal e não recolher ICMS na aquisição de energia no MCP, relativamente aos meses de março, maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2017; e (b) emitir nota fiscal com valor inferior ao devido e recolher ICMS a menor na aquisição de energia no MCP relativamente aos meses de janeiro, fevereiro, abril, julho e agosto de 2017, dentre as outras sanções que são correlatas em todos os demais PTAs.

PTAs (nºs 01.002257910-54, 01.002258234-95, 01.002258059-00 e 01.002258153-10).

Na compreensão da técnica usada pela Fiscalização na apuração do alegado ilícito, oportuno colacionar “parte” do relatório fiscal que assim colaciona nos autos:

Tópico “7.3. Técnica Fiscal de Auditoria” descreve a utilização dos “Relatórios CONFAZ”, referentes às informações fornecidas pela CCEE para a SEF/MG sobre as liquidações no MCP, para identificação da posição credora ou devedora da Impugnante. Vejamos:

“A partir dos RELATÓRIOS CONFAZ, identificamos a posição credora ou devedora no MCP do perfil do agente VMZ, CNPJ 42416651/0001-07, da classe de Autoprodutor, além do percentual de participação da carga na condição do perfil de agente conforme quadros “DADOS DO AGENTE” e “CONSUMO”.

Como é possível notar, a autoridade lançadora faz referência ao “perfil de agente VMZ, CNPJ 42416651000107”. Cabe esclarecer que “VMZ” diz respeito à razão social anterior da Impugnante (Votorantim Metais Zinco S.A.) e que o CNPJ em questão corresponde ao seu estabelecimento matriz. 48.

Mesmo os Autos de Infração envolvendo estabelecimentos filiais da Impugnante fazem referência a esse mesmo perfil de agente e CNPJ. Isso porque, perante a CCEE, todos os registros da Impugnante remetem ao seu estabelecimento

matriz, ainda que também ocorra consumo de energia elétrica em diferentes estabelecimentos filiais. Em síntese, um mesmo perfil de agente corresponde a diversos estabelecimentos.

Para fins tributários, não existe qualquer irregularidade nisso: o Convênio nº 15/2007, responsável disciplinar “o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE”, trata dos casos em que um perfil junto à CCEE abrange mais de um estabelecimento.

É o que prevê a sua cláusula terceira, inciso I, alínea “b”: “Cláusula terceira Cada estabelecimento ou domicílio do agente que se enquadrar no caso do inciso II, "b", da cláusula primeira, quando for responsável pelo pagamento do imposto deverá: I - ao emitir a nota fiscal relativa à entrada, ou solicitar sua emissão: (...) b) em caso de haver mais de um estabelecimento por perfil, observar o rateio da base de cálculo proporcional ao consumo verificado em cada ponto de consumo associado ao perfil;”

No âmbito da legislação mineira, previsão semelhante consta do artigo 2º, parágrafo 1º, da Resolução nº 4.956/2016. Inclusive, a autoridade lançadora observou o “rateio da base de cálculo proporcional” ao consumo de cada estabelecimento vinculado ao perfil de autoprodutor denominado “VMZ”, conforme planilha preparada pela autoridade lançadora para suportar as exigências fiscais, por exemplo, voltadas ao estabelecimento matriz da Impugnante (“Análise da Contabilização dos Ajustes da CCEE - exercício de 2017”): Página 12 de 30 51.

Como se observa, em casos tais a referência é a CCEE e a citada Câmara registra que existem outros perfis de agente vinculados ao estabelecimento autuado e não somente um.

A Fiscalização limitou-se nos autos a cotejar um único perfil, notadamente o VMZ, ignorando, sem qualquer fundamento nos autos a existência dos perfis VMZ10 e VMZ15.

Ignorar estes perfis vinculados ao estabelecimento autuado macula o resultado deste levantamento e há de convir, a admissibilidade destes perfis até então ignorados pela Fiscalização contraria a citada Instrução Normativa 15/2007 e Resolução nº 4.956/2016 já referidos aqui.

Ademais, ignora a forma de controle e apuração constante da própria reguladora CCEE.

Portanto, o ponto de partida do trabalho fiscal redundava em notórios equívocos em seu resultado porque parte de um ponto onde, existindo três perfis, seja no aspecto legal como no aspecto de controle da entidade reguladora (aspecto fático também), coteja apenas um único perfil que aqui foi o VMZ, sequer analisando os outros dois VMZ 10 e VMZ15.

Chama inclusive a atenção, permissa vênua, o fato de que a assessoria da casa confunde usina geradora com estabelecimento vinculado ao perfil do CCEE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O critério de controle adotado pela Impugnante é o legal (Instrução Normativa 15/2007 e Resolução 4.956/16), assim como o critério do ente regulador CCEE, todos aqui, não observados pela Fiscalização.

Necessário esclarecer que no “Relatório CONFAZ”, trazido aos autos pela autoridade lançadora, é possível aferir que, entre janeiro e dezembro de 2017, a Contribuinte possuía três perfis de autoprodução com movimentação. Inequivoco isso nos autos.

Diferentemente de outras situações já analisadas por este E. Conselho, todos os perfis indicados acima correspondem à mesma classe (autoprodutor) e estão vinculados ao mesmo estabelecimento (matriz da Impugnante, conforme CNPJ indicado na tabela acima).

Ademais, todos esses perfis (VMZ, VMZ I0 e VMZ I5) abrangem mais de um estabelecimento da Contribuinte, a saber: Três Marias (CNPJ final 0001-07), Vazante (CNPJ final 0010-06), Morro Agudo (CNPJ final 0014-21) e Juiz de Fora (CNPJ final 0008-83). Trata-se exatamente dos estabelecimentos autuados pela autoridade lançadora.

Importante ressaltar que não existe equivalência entre os perfis perante a Página 13 de 30 CCEE, mantidos para fins exclusivamente regulatórios, e os estabelecimentos da Contribuinte, esses, sim, relevantes para fins da apuração do ICMS.

No caso dos autos, considerando que cada estabelecimento da Contribuinte diz respeito a mais de um perfil de autoprodutor, o cumprimento de obrigações tributárias relacionadas ao ICMS levou em consideração o somatório das posições parciais (devedoras ou credoras) apuradas.

Tomando janeiro de 2017 como referência, por exemplo, a Contribuinte apurou saldo devedor na liquidação referente ao MCP, no valor de R\$ 297.567,63: Perfil Classe Valor a Liquidar (R\$) Saldo VMZ Autoprodutor 2.693.585,84 Devedor VMZ I0 Autoprodutor 2.396.018,21 Credor Total 297.567,63 Devedor 60.

Essa informação é respaldada pelas informações emitidas pela própria CCEE, conforme o campo “valor a liquidar pelo agente” do arquivo “SUM001 – Sumário” (doc. 3 da impugnação original):

É necessário insistir: considerando que a própria CCEE considera os perfis da classe “autoprodução” para determinar o “valor a liquidar pelo agente”. Tal registro é extremamente relevante ao caso para analisar e apurar a correção do procedimento adotado pela Contribuinte e, por consequência, o equívoco da acusação fiscal. Por ora, cabe apenas ressaltar que a aba “CFZ001 - Liquidação no MCP” do “Relatório CONFAZ”, apresentado pela autoridade lançadora, confirma que o “valor a liquidar” considerado pela CCEE consolida todos os perfis de autoprodutor da Contribuinte.

Retomando o exemplo de janeiro de 2017: tendo sido apurado se de saldo devedor, tanto o Convênio ICMS 15/2007 como a Resolução nº 4.956/2016 partem da premissa de que houve “entrada” de energia nos estabelecimentos da Autuada,

cabendo-lhe o recolhimento do ICMS correspondente, a ser apurado conforme o rateio mencionado anteriormente.

Assim, por cautela, a Autuada realizou a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, com base na seguinte fórmula:

Base de cálculo = valor da liquidação / (1 – alíquota). Excesso de zelo inclusive.

Assim, apurou-se base de cálculo de R\$ 362.887,35, correspondente a todos os estabelecimentos abrangidos pelos perfis VMZ e VMZ I0. Na sequência, e em linha com as previsões regulamentares mencionadas acima, esse valor foi rateado para cada um dos estabelecimentos da Autuada.

No caso do estabelecimento matriz, por exemplo, houve alocação de aproximadamente 52% desse valor, com a consequente emissão de nota fiscal de entrada e recolhimento de ICMS.

É exatamente o que consta da planilha “Análise da Contabilização dos Ajustes da CCEE - exercício de 2017”, na qual a autoridade lançadora indica a emissão de nota fiscal no valor de R\$ 191.785,44 (aproximadamente 52% de R\$ 362.887,35), referente à suposta entrada energia elétrica no estabelecimento matriz da Autuada.

A diferença entre o procedimento adotado pela Contribuinte e o cálculo adotado pela Fiscalização resume-se à análise dos perfis mantidos perante a CCEE.

A Autuada considerou a peculiaridade de existirem três perfis. A autoridade lançadora, por outro lado, ignorou por completo a existência dos perfis “VMZ I0” e “VMZ I5”.

Em razão disso, houve deturpação por parte do Fisco, inclusive, dos saldos informados pela CCEE, conforme ilustrado abaixo: Página 16 de 30 Período Informações consideradas pela Fiscalização.

É corolário lógico que a completa falta de menção aos demais perfis de autoprodução da Autuada evidencia que a autoridade lançadora não realizou análise detalhada do “Relatório CONFAZ” ou dos esclarecimentos fornecidos durante a fiscalização.

Houvesse análise atenta dessas informações, não haveria lavratura de Auto de Infração, considerando que a Contribuinte, inegavelmente, cumpriu com as determinações do Convênio ICMS 15/2007 e da Resolução nº 4.956/2016.

Simplificadamente, (i) houve emissão de nota fiscal de entrada e recolhimento de ICMS no caso de “saldo devedor” na liquidação do MCP, e (ii) houve emissão de nota fiscal de saída, sem destaque, no caso de “saldo credor”.

Mesmo após a apresentação da impugnação original, com todos os estabelecimentos acima, a autoridade lançadora não forneceu justificativas para o procedimento que guiou os trabalhos fiscais. Qual a justificativa disso? não existe nos autos. Por que ignorar os critérios de aferição da própria CCEE? Também o Fisco não explica.

De todo modo, não se ignora aqui o fato de que tanto o Convênio ICMS 15/2007 como a Resolução nº 4.956/2016 tratam do cumprimento de obrigações tributárias “por perfil do agente”. Essa referência, no entanto, não significa considerar isoladamente os três perfis de autoprodutor da Impugnante. Página 17 de 30 73. Essa conclusão passa pela interpretação adequada dos dispositivos regulamentares pertinentes e amparada pela doutrina nacional.

Nesse sentido, vejamos a redação da cláusula terceira do Convênio ICMS 15/2007:

“Cláusula terceira Cada estabelecimento ou domicílio do agente que se enquadrar no caso do inciso II, "b", da cláusula primeira, quando for responsável pelo pagamento do imposto deverá:

I - ao emitir a nota fiscal relativa à entrada, ou solicitar sua emissão: (...)”

O inciso II, alínea “b”, da cláusula primeira, referenciada no excerto acima, diz respeito à necessidade de o agente emitir nota fiscal de entrada em razão das liquidações no MCP em que se apura posição devedora.

Ou seja, o Convênio ICMS nº 15/2007 trata da apuração da posição relativa a cada perfil de agente, mas atribui a obrigação de emitir nota fiscal de entrada e recolher o ICMS ao correspondente estabelecimento.

Não poderia ser diferente: como bem se sabe, a legislação relativa ao ICMS adota o chamado “princípio da autonomia dos estabelecimentos”, no sentido de que cada estabelecimento é considerado um contribuinte do imposto, ainda que não detenha personalidade jurídica própria.

Diante disso, cabe ressaltar que os perfis mantidos junto à CCEE não se confundem com estabelecimentos, cumprindo uma função específica para fins regulatórios.

Em recente estudo sobre a tributação de operações com energia elétrica, Antonio Ganim, ex-superintendente de fiscalização econômica e financeira da ANEEL, indica que “a nota fiscal deve ser emitida para cada perfil cadastrado na CCEE, entendendo cada perfil como um estabelecimento” (destacado inclusive na impugnação colacionada nos autos).

De fato, é possível que cada perfil corresponda a um estabelecimento específico, mas o próprio Convênio ICMS nº 15/2007 trata do “caso de haver mais de um estabelecimento por perfil”.

Além disso, existem situações em que um mesmo estabelecimento está vinculado a diversos perfis, como é o caso dos autos.

Essas situações podem ser subdivididas em dois conjuntos.

De um lado, existem os casos nos quais um mesmo estabelecimento está vinculado a perfis de categorias diferentes.

Por exemplo, um mesmo estabelecimento atua como gerador e como consumidor de energia.

De outro lado, existem casos em que o estabelecimento possui vários perfis, mas todos são pertencentes à mesma categoria. 2 GANIM, Antonio. Tributação nas Operações com Energia Elétrica. Brasília: Synergia Editora, 2021. Página 18 de 30 80. (também destacado na peça de defesa)

Este é precisamente o caso da Contribuinte.

Todos os estabelecimentos envolvidos nas autuações estão vinculados a diversos perfis de “autoprodutor”.

Essa multiplicidade decorre de exigência da CCEE voltada apenas ao controle da liquidação financeira no MCP, portanto, este critério deveria como de fato deve, ser o ponto de partida e não o adotado pelo Fisco aqui nestes autos.

Por exemplo, é possível que os perfis estão relacionados a diferentes tipos de energia elétrica, diferenciados com base em sua origem.

Caso um dos perfis diga respeito à energia elétrica oriunda de fonte incentiva, o seu preço de liquidação no MCP poderá ser distinto daquele a ser considerado em relação ao perfil vinculado à energia convencional.

Novamente, cabe destacar o esclarecimento de Antonio Ganim sobre a questão: “Poderá ocorrer situações em que os perfis representam o tipo de energia e não exatamente um estabelecimento.

Assim, entendemos que, nesses casos, apesar da legislação estabelecer que a nota fiscal seja por perfil, o agente deve emitir a nota fiscal consolidando os valores de cada perfil (tipo de energia) pertencentes a um mesmo estabelecimento.” (destacado também na impugnação).

Insista-se: trata-se de segmentação que cumpre finalidade exclusivamente junto à CCEE, não interferindo na circulação física de energia elétrica ou, por consequência, com o cumprimento de obrigações relacionadas ao ICMS.

Em outras palavras, e recorrendo a mais um exemplo: se um estabelecimento da Autuada possui dois perfis de autoprodutor, apurando saldo credor de R\$ 100,00 no Perfil 1, e saldo devedor de R\$ 30,00 no Perfil 2, significa que houve déficit de R\$ 70,00 em relação a esse estabelecimento.

Não é possível sustentar que esse estabelecimento tenha realizado saídas correspondentes a R\$ 100,00 e entradas correspondentes a R\$ 30,00.

Independentemente do “tipo de energia” e da subdivisão de perfis perante a CCEE, é necessário considerar o estabelecimento como um todo, observando as diretrizes próprias da legislação do ICMS.

No exemplo acima, a aplicação consistente do Convênio ICMS nº 15/2007 demandaria reconhecer apenas saldo devedor no valor de R\$ 70,00, de modo que a emissão de nota fiscal e o recolhimento do ICMS deveriam tomar esse valor como base. 84.

Essa conclusão também pode ser extraída da análise da Resolução nº 4.956/2016.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com o seu art. 1º:

Art. 1º - Para determinação da posição devedora ou credora do perfil de agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), relativamente à liquidação no Mercado de Curto Prazo e às apurações e liquidações do Mecanismo Página 19 de 30 de Compensação de Sobras e Déficits (MCSD), deverá ser considerado o Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente informado pela CCEE.

Como mencionado, as informações apresentadas pela CCEE (“Relatório CONFAZ”, anexo ao próprio auto de infração) sinalizam que o “valor a liquidar pelo agente” congrega as relacionadas aos perfis “VMZ”, “VMZ I0” e “VMZ I5”, circunstância ignorada pelo Fisco no presente caso.

Na prática, como visto, e este é o caso dos autos, vê-se que um estabelecimento compreenda diversos perfis, não havendo justificativa a um tratamento ilógico, no qual um mesmo estabelecimento poderá ser considerado credor e devedor ao mesmo tempo.

Fala-se de tratamento ilógico porque, seguindo essa abordagem simplista, o estabelecimento terá, simultaneamente, déficit e sobra de energia.

Não é possível “ter” e “não ter” a um só tempo. Por consequência, o exame conjunto dos perfis de mesma categoria é a medida que se impõe e se adotado, diferença alguma há. A contribuinte mostrou isso nos autos e o Fisco não impugnou esta situação, insistindo em um critério diverso do controle adotado pela autoridade reguladora.

Em síntese, portanto, as acusações fiscais aqui são improcedentes, legitimando o cancelamento do lançamento tributário correspondente, quer em relação à exigência de ICMS, quer das penalidades aplicadas.

Aliás, não vejo com a devida vênia, qualquer mácula no enfrentamento desta questão pois, como visto, a questão não é somente de direito e sim de cunho fático, pois tivesse o Fisco adotado o critério da CCEE que é o órgão regulador, diferença alguma haveria que ser cobrada nos autos.

Ora, onde a incompetência de analisar a questão fática? Efetivamente não há, pois melhor e mais adequado adotar os critérios do órgão regulador a adotar critério que destoa da realidade fática da Contribuinte.

No que diz respeito a emissão de notas fiscais pela Contribuinte, depreende-se que houve inclusive excesso de zelo, pois há pretórios em casos tais que nem tributação do ICMS deveria haver em casos tais seguindo jurisprudência do TJMG e STJ.

Ademais, nem mesmo legítima seria a cobrança de ICMS na aquisição de energia elétrica seguindo os critérios da CCEE e jurisprudência das cortes informadas aqui, até porque, na análise das previsões legais pertinentes ao ICMS e das particularidades do MCP indicam, todavia, que a liquidação financeira não se confunde com operação de circulação e mercadoria sujeita a esse tributo. Página 22 de 30 100.

Ora, liquidar financeiramente posições no MCP não se confunde com o momento em que há recebimento de energia elétrica pelo estabelecimento mineiro.

Ademais, diante da referência trazida por esse dispositivo legal à energia elétrica oriunda de “outra unidade da Federação”, cabe insistir que as liquidações no MCP são multilaterais, sem identificação de partes envolvidas.

Ou seja, não existe venda de energia de um agente para outro, não sendo possível determinar – em termos físicos – a origem da energia elétrica consumida pelo estabelecimento.

O que há, conforme será retomado adiante, é a mera cessão de posições contratuais entre os agentes registrados junto à CCEE.

Por ora, basta ver que o inciso VII do art. 6º não é fundamento apto à exigência de ICMS no caso de liquidação de posição devedora no MCP, o que, por si só, justifica o cancelamento das exigências fiscais combatidas.

De fato, ainda que a liquidação financeira no MCP não se confunda com circulação de mercadoria passível de ser tributada, é inegável que houve consumo de energia.

A exigência de ICMS baseada nesse fato, todavia, implicaria evidente dupla tributação da mesma operação de circulação de mercadoria.

Isso porque a energia que ingressou no estabelecimento da Impugnante e que foi financeiramente liquidada no âmbito do MCP já foi previamente submetida à tributação.

Como visto, o fato de um agente apurar posição devedora no MCP decorre da existência de consumo de energia superior àquele contratado.

Ou seja, a contratação bilateral realizada entre o agente e um gerador/comercializador de energia, por exemplo, foi insuficiente para fazer frente à sua demanda.

Significa dizer, portanto, que o agente consumiu energia elétrica injetada por outro gerador/comercializador no SIN, que, por sua vez, apurou posição credora no MCP.

Considerando o mecanismo multilateral, a lógica do MCP determina equivalência entre o total das posições devedoras (déficit) e o total das posições credoras (sobras).

Em outras palavras, os agentes devedores utilizam as sobras de energia relativas aos agentes credores.

Ocorre que as sobras de energia relativas às posições credoras decorrem de contratos bilaterais celebrados por agentes que, em momento anterior, injetaram energia no SIN.

Isto é, antes da apuração de diferenças a serem liquidadas no MCP, é certo que toda a energia foi injetada na rede elétrica e oferecida à tributação.

Dessa forma, tributar as sobras adquiridas pelo consumidor livre que estiver na posição de devedor na contabilização mensal significa tributar novamente a energia submetida à incidência do ICMS no contexto dos contratos bilaterais.

Neste aspecto, assim posicionam os tribunais:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.790/MG: "TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO NO MERCADO DE CURTO PRAZO. NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO: CESSÃO DE DIREITOS. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O PLENÁRIO DO STJ DECIDIU QUE "AOS RECURSOS INTERPOSTOS COM FUNDAMENTO NO CPC/1973 (RELATIVOS A DECISÕES PUBLICADAS ATÉ 17 DE MARÇO DE 2016) DEVEM SER EXIGIDOS OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE NA FORMA NELE PREVISTA, COM AS INTERPRETAÇÕES DADAS ATÉ ENTÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA" (ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2). 2. APÊLO EXCEPCIONAL EM QUE SE DISCUTE A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). 3. HIPÓTESE EM QUE EMPRESA RECORRENTE, EM RAZÃO DE DEMANDAR MAIS ENERGIA ELÉTRICA DAQUELA BILATERALMENTE CONTRATADA NO MERCADO LIVRE, RECORREU À CCEE PARA ADQUIRIR AS SOBRAS DE CONTRATOS REALIZADOS POR OUTROS CONSUMIDORES, O QUE MOTIVOU A AUTUAÇÃO PELO FISCO ESTADUAL, PELO NÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE ESSAS OPERAÇÕES E PELA NÃO EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS CORRESPONDENTES. 4. AS OPERAÇÕES DO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CCEE ENVOLVEM AS SOBRAS E OS DÉFICITS DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATADA BILATERALMENTE ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES E OS AGENTES DE PRODUÇÃO E/OU COMERCIALIZAÇÃO, TENDO A CCEE O PAPEL DE INTERMEDIAR, DE FORMA MULTILATERAL, OS CONSUMIDORES CREDORES E DEVEDORES, REALIZANDO A LIQUIDAÇÃO FINANCEIRAS DESSAS POSIÇÕES, UTILIZANDO COMO PARÂMETRO O PREÇO DE LIQUIDAÇÃO DE DIFERENÇAS POR ELA APURADO. 5. TAIS OPERAÇÕES NÃO DECORREM PROPRIAMENTE DE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA, MAS SIM DE CESSÕES DE DIREITOS ENTRE CONSUMIDORES, INTERMEDIADAS PELA CCEE, PARA A UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA NO MERCADO LIVRE CUJO VALOR TOTAL JÁ SOFREU A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO ESTADUAL. 6. O FATO DE OS CONSUMIDORES PODEREM OPERAR NO ALUDIDO MERCADO DE CURTO PRAZO NÃO OS TRANSFORMA EM AGENTES DO SETOR ELÉTRICO APTOS A REALIZAR ALGUMAS DAS TAREFAS IMPRESCINDÍVEIS AO PROCESSO DE CIRCULAÇÃO FÍSICA E JURÍDICA DESSA RIQUEZA, RELATIVAS À SUA GERAÇÃO, TRANSMISSÃO OU DISTRIBUIÇÃO, DE TAL MODO QUE NENHUM DELES, CONSUMIDOR CREDOR OU DEVEDOR JUNTO AO CCEE, PODE PROCEDER À SAÍDA DESSA "MERCADORIA" DE SEUS ESTABELECIMENTOS, O QUE AFASTA A CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR DO IMPOSTO NOS TERMOS DOS ARTS. 2º E 12 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996. 7.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (RESP 1615790/MG, REL. MINISTRO GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 20/02/2018, DJE 09/04/2018) PÁGINA 26 DE 30.

Conforme assentado pelo relator Ministro Gurgel de Faria no julgamento do Recurso Especial nº 1.615.790/MG, as operações realizadas no MCP “*não decorrem propriamente de contratos de compra e venda de energia elétrica*”, caracterizando, na realidade, “*cessões de direitos entre consumidores, intermediadas pela CCEE*”.

A esse respeito, o voto do relator indica que o ICMS “*não incide sobre disposições contratuais*”, fazendo referência ao julgamento do Recurso Especial nº 960.476/SC, que tratou da não incidência desse imposto sobre a demanda de energia elétrica contratada, mas não consumida.

Em linha com as questões tratadas acima, a liquidação financeira no MCP não se confunde com circulação de mercadoria passível de tributação pelo ICMS.

O fato de um agente liquidar posição devedora significa apenas a assunção de direitos contratuais detidos por outros agentes que se encontram com posição credora.

Ou seja, a sobra de energia de um agente é cedida para fazer frente ao déficit de outro.

Não há, aqui, ato de mercancia ou circulação jurídica de mercadoria.

Além disso, segundo o Ministro Gurgel de Faria “*o ICMS já incide sobre o preço total do contrato bilateral pelo qual tal riqueza é adquirida dos agentes geradores/comercializadores*”, de forma que nova incidência se mostraria descabida.

Trata-se, como visto, da impossibilidade de tributação em duplicidade da energia já submetida à incidência do ICMS em momento anterior.

Ainda que essa decisão do STJ não tenha sido proferida em sede de julgamento de recurso repetitivo, trata-se de referência clara para os julgados mais recentes sobre o tema, inclusive no âmbito do TJ/MG. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO NO MERCADO DE CURTO PRAZO. RECURSO DESPROVIDO. - NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, A AQUISIÇÃO DE ENERGIA NO MERCADO DE CURTO PRAZO, POR SE REFERIR ÀS SOBRES ENERGÉTICAS NÃO UTILIZADAS POR OUTROS CONSUMIDORES, CONSTITUIRIA UMA CESSÃO DE DIREITO DE ENERGIA ENTRE CONSUMIDORES, INTERMEDIADA PELA CCEE, CUJO VALOR JÁ SOFREU A INCIDÊNCIA DO ICMS QUANDO DA CONTRATAÇÃO DE ENERGIA PARA FINS DE CONSUMO, DE FORMA QUE PERMITIR UMA NOVA TRIBUTAÇÃO PELO ICMS SERIA PERMITIR UM BIS IN IDEM NÃO AUTORIZADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO - PRESENTES OS REQUISITOS PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, INCISO V DO CTN), NÃO SE REFORMA A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA DE URGÊNCIA.” (TJ-MG - AI:

10000205623051001 MG, RELATOR: ALBERTO VILAS BOAS, DATA DE JULGAMENTO: 09/02/2021, CÂMARAS CÍVEIS / 1ª CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 11/02/2021) (DESTACADO). PÁGINA 27 DE 30

“APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - CESSÃO DE DIREITOS ENTRE CONSUMIDORES INTERMEDIADAS PELA CCEE - NOVA INCIDÊNCIA DE ICMS - BIS IN IDEM - VEDAÇÃO - PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFORME CONSIGNADO NO RESP 1.615.790, AS OPERAÇÕES FINANCEIRAS ACERTADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE) ESTÃO FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, PORQUE ESSAS OPERAÇÕES NÃO CARACTERIZAM PROPRIAMENTE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA, MAS SIM CESSÕES DE DIREITOS ENTRE CONSUMIDORES, INTERMEDIADAS PELA CCEE, PARA A UTILIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA NO MERCADO LIVRE, MEDIANTE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS BILATERAIS, CUJO VALOR TOTAL JÁ SOFREU A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO ESTADUAL, O QUE PERMITE INCLUSIVE CONCLUIR QUE NOVA TRIBUTAÇÃO DESSAS SOBRES IMPLICARIA INDEVIDO BIS IN IDEM.” (TJ-MG - AC: 10000190731752002 MG, RELATOR: LUZIA DIVINA DE PAULA PEIXÔTO (JD CONVOCADA), DATA DE JULGAMENTO: 01/10/2020, CÂMARAS CÍVEIS / 3ª CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/10/2020).

Esse entendimento também é adotado em outros tribunais, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJ/SP”), conforme exemplo abaixo:

“TRIBUTÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – ICMS – PRELIMINAR – NULIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – SENTENÇA QUE EXPÔS DE MANEIRA CLARA E FUNDAMENTADA OS MOTIVOS DE SEU CONVENCIMENTO - PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO NO MERCADO DE CURTO PRAZO – NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO – CESSÃO DE DIREITOS – NÃO INCIDÊNCIA – “O FATO DE OS CONSUMIDORES PODEREM OPERAR NO ALUDIDO MERCADO DE CURTO PRAZO NÃO OS TRANSFORMA EM AGENTES DO SETOR ELÉTRICO APTOS A REALIZAR ALGUMAS DAS TAREFAS IMPRESCINDÍVEIS AO PROCESSO DE CIRCULAÇÃO FÍSICA E JURÍDICA DESSA RIQUEZA, RELATIVAS À SUA GERAÇÃO, TRANSMISSÃO OU DISTRIBUIÇÃO, DE TAL MODO QUE NENHUM DELES, CONSUMIDOR CREDOR OU DEVEDOR JUNTO AO CCEE, PODE PROCEDER À SAÍDA DESSA ‘MERCADORIA’ DE SEUS ESTABELECIMENTOS, O QUE AFASTA A CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR DO IMPOSTO NOS TERMOS DOS ARTS. 2º E 12 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996” – PRECEDENTE DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.” (TJ-SP - AC: 10212135820188260602 SP 1021213- 58.2018.8.26.0602, RELATOR: PERCIVAL NOGUEIRA, DATA DE JULGAMENTO: 28/08/2019, 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 28/08/2019).

Convém destacar, como informado na impugnação ofertada nestes autos, que a Contribuinte já teve lavrado contra si outros Autos de Infração para a cobrança de ICMS em operações relacionadas ao MCP.

Após encerramento da discussão administrativa, houve ajuizamento de execução fiscal e a subsequente apresentação de embargos à execução pela ora Contribuinte.

O processo judicial tramita sob nº 5006990-75.2021.8.13.0024. 1

Recentemente, o Juízo da 1ª Vara de Feitos Tributários da Comarca de Belo Horizonte proferiu sentença afastando a incidência do ICMS no caso de liquidação de posição devedora no MCP.

Confira-se: Página 28 de 30:

“(…) NO CASO DOS AUTOS, AS OPERAÇÕES OBJETO DA AUTUAÇÃO FISCAL ORA IMPUGNADA FORAM REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). TAIS OPERAÇÕES ENVOLVEM AS SOBRES E OS DÉFICITS DE ENERGIA ELÉTRICA QUE FOI CONTRATADA BILATERALMENTE ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES E OS AGENTES DE PRODUÇÃO E/OU COMERCIALIZAÇÃO, TENDO A CCE O PAPEL DE INTERMEDIAR, DE FORMA MULTILATERAL, OS CONSUMIDORES CREDORES E DEVEDORES, REALIZANDO A LIQUIDAÇÃO FINANCEIRAS DESSAS POSIÇÕES, UTILIZANDO COMO PARÂMETRO O PREÇO DE LIQUIDAÇÃO DE DIFERENÇAS (PLD) POR ELA APURADO. NO MERCADO DE CURTO PRAZO, PORTANTO, NÃO EXISTEM CONTRATOS, OCORRENDO A CONTRATAÇÃO MULTILATERAL, CONFORME AS REGRAS DE COMERCIALIZAÇÃO, NÃO HAVENDO INDICAÇÃO DE PARTE E CONTRAPARTE. ADEMAIS, INEXISTINDO PROVA DE HABITUALIDADE OU INTUITO COMERCIAL, NÃO HÁ COMO SE JULGAR DE MODO PRESUMIDO QUE A PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES LIVRES NO MERCADO DE CURTO PRAZO TEM COMO FINALIDADE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, COMO ENTENDE O FISCO MINEIRO. AINDA, PONTUO QUE, COMO BEM RESSALTOU A EMBARGANTE EM SUA PEÇA INICIAL, NAS OPERAÇÕES AUTUADAS SEQUER HÁ COMO SE IDENTIFICAR A ORIGEM DA SOBRA DE ENERGIA ELÉTRICA QUE ESTÁ SENDO NEGOCIADA. O ART. 4º DA LEI KANDIR DISCIPLINA DE MODO EXPRESSO QUE "CONTRIBUINTE É QUALQUER PESSOA, FÍSICA OU JURÍDICA, QUE REALIZE, COM HABITUALIDADE OU EM VOLUME QUE CARACTERIZE INTUITO COMERCIAL, OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO, AINDA QUE AS OPERAÇÕES E AS PRESTAÇÕES SE INICIEM NO EXTERIOR". LOGO, NO CASO CONCRETO, PELAS RAZÕES EXPOSTAS, INEXISTE A CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR A ATRAIR A INCIDÊNCIA DO ICMS. NESSE SENTIDO, INCLUSIVE, O C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO ÂMBITO DO RESP Nº 1.615.790/MG, FIRMOU O ENTENDIMENTO SEGUNDO O QUAL A AQUISIÇÃO DE ENERGIA NO MERCADO DE

CURTO PRAZO, POR SE REFERIR ÀS SOBRES ENERÉTICAS NÃO UTILIZADAS POR OUTROS CONSUMIDORES, SERIA UMA CESSÃO DE DIREITO DE ENERGIA ENTRE CONSUMIDORES, INTERMEDIADA PELA CCEE, CUJO VALOR JÁ SOFREU A INCIDÊNCIA DO ICMS QUANDO DA CONTRATAÇÃO DE ENERGIA PARA FINS DE CONSUMO, DE FORMA QUE PERMITIR UMA NOVA TRIBUTAÇÃO PELO ICMS SERIA PERMITIR UM BIS IN IDEM NÃO AUTORIZADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) ASSIM, RECONHECIDA A INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR, É DE RIGOR A ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO IMPUGNADO, PREJUDICADO, POIS, O EXAME DAS DEMAIS TESES AVIADAS PELA EMBARGANTE. POR TODO O EXPOSTO, ACOLHO OS PRESENTES EMBARGOS PARA DECLARAR A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE) E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, ANULAR O PTA/CDA N. 01.000643294-19, RESOLVENDO O PROCESSO, COM ANÁLISE DO MÉRITO, NA FORMA DO ARTIGO 487, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POR CONSEQUINTE, DETERMINO A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL ASSOCIADA. DIANTE DA SUCUMBÊNCIA, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A NATUREZA DA LIDE E OBSERVANDO QUE O VALOR DA CAUSA É SUPERIOR A 200 E INFERIOR A 20.000 SALÁRIOS MÍNIMOS, NOS TERMOS DO ART. 85, §5º C/C §3º DO CPC, CONDENO O EMBARGADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE 10% (DEZ POR CENTO) NA FAIXA INICIAL (INCISO I); DE 8% (OITO POR CENTO) NA FAIXA SUBSEQUENTE (INCISO II) E DE 5% (CINCO POR CENTO) NA FAIXA CONSECUTIVA. O EMBARGADO É ISENTO DO PAGAMENTO DE CUSTAS, NOS TERMOS DO ART. 10, I, DA LEI Nº 14.939/03, DEVENDO, CONTUDO, REEMBOLSAR AS DESPESAS PROCESSUAIS EFETUADAS PELA EMBARGANTE, NOS TERMOS DO ART. 12, §3º, DO ALUDIDO DIPLOMA LEGAL.” (DESTACADO).

Portanto, é uma discussão inglória no aspecto fático onde a Fiscalização desconsiderou os critérios adotados pelo próprio órgão regulador em casos tais (CCEE); ignorou a IN 15/07 e Resolução nº 4.956/2016, como também uma discussão inglória no aspecto jurisprudencial levando em conta as decisões regionais (TJs) e Tribunais Superiores.

Isto posto e pedindo vênias aos votos majoritários, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 21 de junho de 2023.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**