

<b>CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS</b>
--

---

Acórdão:	20.294/13/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000463072-11	
Impugnação:	40.010133698-22	
Impugnante:	Carangola Energia S/A	
	CNPJ: 07.063934/0002-00	
Proc. S. Passivo:	Gerson Stocco de Siqueira/Outro(s)	
Origem:	DF/Ubá	

---

**EMENTA**

**RESTITUIÇÃO - ICMS. Pedido de restituição de valor recolhido indevidamente a título de ICMS, destacado em notas fiscais relativas à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, uma vez a Requerente alega que as operações estão amparadas pelo diferimento. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada, em face da constatação de que as operações estão corretamente tributadas e da configuração de ilegitimidade da Requerente. Correta a denegação do pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.**

---

**RELATÓRIO**

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documentos de fls. 02/05, a restituição da importância de R\$ 174.739,00 (cento e setenta e quatro mil, setecentos e trinta e nove reais), referente ao ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pela Cemig Distribuição S/A, no período de julho de 2008 a dezembro de 2010, relativas à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, sob o fundamento de que a operação entre as duas empresas estaria amparada pelo instituto do diferimento, o que tornaria indevido o pagamento do ICMS incluso no valor da operação.

Naquela oportunidade foram apresentados os documentos que se encontram acostados às fls. 06/412.

Regularmente instruído, o pedido foi indeferido pela Delegada Fiscal da DF/Ubá, conforme despacho de fls. 418, com base no parecer fiscal de fls. 413/417, com fundamento em sua ilegitimidade ativa *ad causam* na ação de repetição de indébito do ICMS incidente sobre a operação interna de fornecimento de energia elétrica.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 421/438, contra a qual o Fisco manifestase às fls. 510/515, ratificando o indeferimento do pedido de restituição, em face da constatação de que as operações estão corretamente tributadas e da configuração de ilegitimidade da Requerente.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 2ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 11/06/13, decidiu, em preliminar, à unanimidade, em abrir vista à Impugnante, tendo em vista o novo fundamento trazido pelo Fisco em sua manifestação de fls. 510/515.

Intimada (fls. 521/522), a Impugnante manifesta-se às fls. 531/538. O Fisco, por sua vez, contrapõe às fls. 551/559.

Em sessão realizada em 05/11/13, presidida pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista do processo formulado pelo Conselheiro Guilherme Henrique Baeta da Costa, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 19/11/13.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros, a saber: o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Relator), que julgava procedente a impugnação, e os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor) e Alexandre Périssé de Abreu, que julgavam improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustenta oralmente o Dr. Samir Antônio Dahi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

---

### **DECISÃO**

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documentos de fls. 02/05, a restituição da importância de R\$ 174.739,00 (cento e setenta e quatro mil, setecentos e trinta e nove reais), referente ao ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pela Cemig Distribuição S/A, no período de julho de 2008 a dezembro de 2010, relativas à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, sob o fundamento de que a operação entre as duas empresas estaria amparada pelo instituto do diferimento, o que tornaria indevido o pagamento do ICMS incluso no valor da operação.

Naquela oportunidade foram apresentados os documentos que se encontram acostados às fls. 06/412.

A Impugnante informa (fls. 73) que a energia elétrica por ela produzida tem como destino as Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobrás).

Menciona que, para que a energia vendida chegue à Eletrobrás e aos consumidores finais atendidos pelo Sistema Interligado Nacional, são utilizadas as redes de distribuição da Cemig Distribuição S/A (CEMIG).

Alega que, em relação ao encargo cobrado pela CEMIG para distribuição da energia elétrica por ela produzida, denominado TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição), há incidência do ICMS somente na venda da energia elétrica ao consumidor, entendendo não ser tributada a operação entre a CEMIG Distribuição S/A e a Carangola Energia S/A.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Expõe que foi indevidamente cobrado o ICMS sobre a TUSD, conforme documentos fiscais anexos ao pedido de restituição, razão pela qual requer a restituição do ICMS por ela pago.

Informa que, nos termos da consulta formulada pela CEMIG Distribuição S/A à Superintendência de Tributação (SUTRI), a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição), compõe a base de cálculo do ICMS, o que acarretaria o seu diferimento e dispensa do pagamento pela geradora de energia elétrica. Em função dessa situação, os valores indevidamente recolhidos deveriam ser objeto de restituição, estando a Requerente na mesma situação da CEMIG Distribuição S/A e, portanto, apta a solicitar a restituição.

Cita, inclusive, uma ação judicial proposta pela CEMIG em face do Estado de Minas Gerais, na qual haveria uma decisão desonerando a CEMIG da incidência do ICMS sobre a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição), o que autorizaria a restituição do indébito tributário por ela.

Informou, por fim, que a CEMIG Distribuição S/A reconheceu que foi repassado à Requerente o ônus fiscal do ICMS, e que a mesma não teria interesse processual em reaver o imposto, já recolhido ao Estado de Minas Gerais.

Em vista disto, reuniu documentos comprobatórios das operações e dos pagamentos feitos à CEMIG Distribuição S/A e requereu ao Estado de Minas Gerais a restituição do imposto indevidamente destacado nas notas fiscais de aquisição e recolhido pela CEMIG Distribuição S/A ao Erário Estadual.

Após a análise dos documentos e de toda a argumentação trazida aos autos pela Requerente, a Delegacia Fiscal de Ubá, com base em parecer do Fisco, decidiu pelo indeferimento do pedido de restituição por estar configurada a ilegitimidade ativa da Requerente, conforme documentos de fls. 413/418.

Em sede de impugnação, a Empresa praticamente renova o que já manifestara anteriormente, reiterando sempre os precedentes judiciais que tratam da matéria que, segundo defende, trazem matéria idêntica à dos autos o que legitima o pleito de restituição.

Entretanto, não assiste razão à Impugnante.

Oportuno dar conta, primeiramente, que a Requerente, Carangola Energia S/A, empresa geradora de energia elétrica, desde o início de suas operações comerciais em 2006, vendeu, e continua vendendo, toda a energia produzida na usina em Carangola para empresas sediadas fora do Estado de Minas Gerais. A Eletrobrás e a NC Energia S/A, ambas sediadas no Rio de Janeiro, adquiriram 100% (cem por cento) da energia produzida por ela. Todas essas operações estão ao abrigo da não incidência, conforme estatuído no inciso IV do art. 5º da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 5º - O imposto não incide sobre:

(...)

IV - a operação que destine a outra unidade da Federação petróleo, lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados ou energia

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

elétrica, quando destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

A Impugnante, para fazer chegar energia a essas empresas e ao Sistema Interligado Nacional, utiliza a rede de distribuição da empresa mineira CEMIG. Sobre esse serviço é cobrado a TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição).

Considerando que toda a energia vendida para fora do Estado não sofre tributação por força da não incidência prevista, a TUSD consumida pela Carangola Energia S/A - tarifa cobrada pela CEMIG pelo transporte e condução dessa energia ao Sistema Interligado Nacional – não poderá se beneficiar do diferimento do ICMS.

Considerando, também, que o fato gerador da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e da venda da energia para fora do Estado ocorrem simultaneamente, pois não há venda sem o uso da rede de distribuição, pode-se afirmar que a TUSD já nasce com o diferimento encerrado, na operação da CEMIG com a Carangola Energia S/A. Veja o que diz a legislação no art. 12, inciso I da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

I - a operação com a mercadoria recebida com o imposto diferido, ou com outra dela resultante, promovida pelo adquirente ou destinatário daquela, não estiver alcançada pelo diferimento, for isenta ou não for tributada;

(...)

As operações relativas à TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e à venda da energia para fora do Estado são concomitantes e simultâneas. Não há como argumentar que primeiro teria uma operação interna diferida e depois uma operação interestadual sem incidência do imposto.

O uso das linhas de transmissão da CEMIG Distribuição S/A são essenciais para a entrega da energia aos seus destinatários. Com isso, a TUSD, cobrada da Carangola Energia S/A pela CEMIG, já nasce com o diferimento encerrado, conforme o disposto no art. 12 citado.

Portanto, tem-se como correta a tributação do ICMS nessas operações e, dessa forma, seria incabível qualquer pedido de restituição de ICMS, considerando que o ICMS debitado pela CEMIG Distribuição S/A e cobrado nas notas fiscais – contas de energia elétrica emitidas por ela - estão em harmonia com a legislação do imposto.

As operações ocorridas e relatadas na Consulta de Contribuinte nº 240/08, mencionada pela Impugnante, não é similar a dos autos. A Consulta trata de fornecimento de energia elétrica pela Cemig para outras concessionárias do mesmo produto em operação interna e com uso de suas próprias redes de transmissão/distribuição, com cobrança da TUSD.

Ambas as cobranças, tanto da energia elétrica quanto da TUSD estariam sob o abrigo do diferimento do pagamento do ICMS. No caso dos autos a TUSD é interna, mas a operação a que ela se relaciona é interestadual com não incidência do imposto, o que afasta a possibilidade de diferimento do ICMS da TUSD.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A outra situação discutida no PTA é a legitimidade da Carangola Energia S/A em requerer a devolução do ICMS destacado nos documentos fiscais que recebeu da CEMIG. Para debater essa matéria, embora já demonstrado que o ICMS é legalmente devido, o que por si só não justifica qualquer pedido de restituição, considera-se, apenas por hipótese, que o ICMS destacado não fosse devido.

O ICMS é um tributo que admite repercussão financeira. Portanto, pela sua própria natureza, esse imposto é transferido na cadeia comercial até chegar ao consumidor final de fato, que é quem realmente suporta o ônus financeiro. Veja a redação do art. 166 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

O sujeito passivo da obrigação tributária, atinente ao ICMS incidente nas operações internas com energia elétrica e também incidente na cobrança da TUSD, que, por princípio, compõe a base de cálculo ou mesmo a base tarifária da energia elétrica, sendo que essa tarifa é um dos itens a contribuir na sua precificação, é aquele que a fornece ou promove a sua circulação, "ex vi" do disposto no art. 4º, caput da Lei Complementar nº 87/96, razão pela qual sobressai a ilegitimidade dos destinatários da energia elétrica ou TUSD para figurar no polo ativo da ação judicial, que busca a restituição do indébito tributário pertinente. Veja a redação do art. 4º da 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.

O recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo, conforme o art. 165 do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

No caso dos autos, a CEMIG Distribuição S/A é quem tem uma relação jurídica direta com Estado. É ela quem cobrou, lançou e recolheu o ICMS que está sendo pedido em restituição. Ocupa a Carangola Energia S/A o polo de contribuinte de fato em relação ao ICMS cobrado na TUSD.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A condição de contribuinte de direito que ela detém perante o Estado é relativa às operações por ela praticada, por exemplo, nas saídas de energia elétrica da usina de Carangola/MG, que em sua totalidade não são tributadas.

Em resumo, o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Portanto, uma vez recuperado o indébito junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear, junto ao contribuinte de direito, a restituição daqueles valores. Porém, não se trata do caso dos autos, considerando que as operações com a TUSD são tributadas e sem direito a diferimento, como já foi exposto.

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123 do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito. Veja as disposições dos arts. 121 e 123 do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Nesse sentido, reputa-se que o "contribuinte de fato" não detém legitimidade ativa "*ad causam*" para pleitear a restituição do indébito relativo a "tributo indireto" recolhido pelo "contribuinte de direito", por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

Portanto, todas as alegações da Impugnante mostraram-se ineficazes no sentido de provocar o cancelamento do indeferimento do pedido de restituição, seja porque a operação a que se refere à TUSD está corretamente tributada ou porque, mesmo que se considere não ser devido o ICMS, não caberia à Requerente, Carangola Energia S/A, pleitear a restituição do indébito por estar configurada sua ilegitimidade.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 05/11/13. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação,

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

sendo que o Conselheiro Antônio César Ribeiro reformulou o seu voto proferido na referida sessão. Assistiu ao julgamento o Dr. Samir Antônio Dahi. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor), Alexandre Périssé de Abreu e Guilherme Henrique Baeta da Costa.

**Sala das Sessões, 19 de novembro de 2013.**

**Antônio César Ribeiro**  
**Presidente/Relator**

EJR

CC/MG