

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.494/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001460153-01
Impugnação: 40.010148915-31
Impugnante: SPE Paiol Energia S.A.
CNPJ: 08.933597/0002-10
Proc. S. Passivo: Ivan Luiz Sobral Campos/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – IMPOSTO SUPOSTADO POR TERCEIROS. Pedido de restituição de valores recolhidos indevidamente a título de ICMS, na aquisição de energia elétrica junto à CEMIG, sob o fundamento de que a operação realizada se encontra ao abrigo do diferimento previsto no item 37 da alínea “b” da Parte 1 do Anexo II do RICMS/02. Entretanto, a Requerente, ao realizar nova operação com a mercadoria, energia elétrica no caso, a consumidor final ou não, repassou o encargo financeiro do imposto em questão para terceiro. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente/Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme Protocolo nº 201.904.680.769-4 (fls. 02), a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente ao exercício de 2018, ao argumento de que, na aquisição de energia elétrica, assumiu de forma indevida o encargo financeiro referente ao pagamento do tributo em questão, considerando que às operações comerciais entre a Requerente e a CEMIG aplica-se o diferimento previsto na alínea “b”, item 37, Parte 1, Anexo II do RICMS/02, não devendo haver destaque de ICMS nas notas fiscais emitidas pela CEMIG à Requerente, não cabendo, portanto, tal tributação.

Em Parecer acostado às fls. 25, a Fiscalização propõe o indeferimento do pedido.

A Repartição Fazendária, em despacho de fls. 26, indefere o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 30/44, acompanhada dos documentos de fls. 46/79, acompanhada dos documentos de fls. 46/79, com os seguintes argumentos:

- informa que na aquisição de energia elétrica junto à CEMIG Distribuição S.A, conforme Nota Fiscal nº 017930261, incidiu tributação indevida, nos termos do item 37, alínea “b”, Parte 1, Anexo II do RICMS/02, que atribui a operação o caráter de diferimento.

- menciona a Consulta de Contribuintes nº 241 de 21/08/08, formalizada mediante o PTA nº 16.000182634-84, que estabelece, de forma inequívoca que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operação realizada com a CEMIG Distribuição S.A encontra-se ao abrigo do diferimento;

- registra que o pedido de restituição está instruído nos termos do art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, e contém todas as informações relativas à assunção indevida do ônus do ICMS, o valor da restituição pleiteada, bem como comprovação de que assumiu indevidamente o encargo financeiro do imposto;

- relata apresentou o livro de Apuração do ICMS, no intuito de comprovar que não efetuou a transferência no ônus do imposto a seus clientes;

- reitera que todas as suas operações de saída são isentas ou não tributadas em decorrência de imunidade prevista no art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” da Constituição da República de 1988 – CR/88, ou do diferimento previsto no item 37 do Anexo II do RICMS/02;

- sustenta que devido à não incidência do imposto na operação de saída, não há que se falar em transferência do ônus do ICMS para terceiros;

- destaca que nem se deve aventar a possibilidade da CEMIG, como contribuinte de fato, já ter solicitado a restituição, já que tal argumento encontraria óbice no art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN;

- complementa que para que isso ocorresse, a CEMIG deveria ter comprovado junto ao Fisco que estava autorizada por ela, Impugnante, visto que foi ela, Impugnante, quem efetivamente arcou com o ônus financeiro do ICMS;

- diz ainda que, do mesmo modo, ventilar a alegação de que a CEMIG, eventualmente, se beneficiou com o crédito do ICMS, não pode prejudicar o direito à restituição visto que foi ela, Impugnante, quem arcou com o ônus financeiro do tributo.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 81/86, refuta as alegações da Defesa e pugna pela manutenção do indeferimento do pedido e improcedência da impugnação.

A Divisão de Triagem e Expedição -DITEX, encaminha os autos à origem para saneamento de irregularidades de cunho processual (fls. 120).

DECISÃO

Conforme relatado, a Requerente/Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente ao exercício de 2018, mais especificamente à Nota Fiscal nº 017930261, de novembro de 2018, ao argumento de ter assumido de forma indevida o encargo financeiro referente ao pagamento do tributo em questão, considerando que às operações comerciais entre a Requerente e a CEMIG aplica-se o diferimento previsto na alínea “b”, item 37, Parte 1, Anexo II do RICMS/02, não devendo haver destaque de ICMS nas notas fiscais emitidas pela CEMIG, não cabendo, então, a tributação do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Requerente entende que restou comprovado que nas operações de energia elétrica amparadas pela Consulta de contribuintes nº 241/08, como regra geral, a CEMIG Distribuição S.A não destaca o ICMS nos respectivos documentos fiscais, não havendo recolhimento do ICMS para o estado de Minas Gerais.

Colaciona em seu pedido, ementa da retrocitada consulta, formalizada mediante o PTA nº 16.000182634-84, feita pela CEMIG Distribuição S.A, a fim de obter orientação do estado de Minas Gerais acerca da tributação pelo ICMS de determinadas operações que realiza:

(...)

ICMS - ENERGIA ELETRICA - DISTRIBUIÇÃO - DIFERIMENTO - NÃO INCIDÊNCIA - Nas operações de remessas de energia elétrica para outra unidade da federação aplica-se a imunidade prevista no art. 7º, inciso III, da lei 6763/75. As operações internas de fornecimento de energia elétrica para empresas consociadas e concessionárias/permissionárias aplica-se respectivamente, o diferimento previsto nas alíneas a.2 e b, item 37, parte 1, Anexo II do RICMS/02, inclusive em relação a tarifa de uso do sistema de distribuição - TUSD.

(...)

Informa que em novembro de 2018 lhe foi emitida nota fiscal no valor de R\$ 96.809,07 96.809,47 (noventa e seis mil, oitocentos e nove reais e quarenta e sete centavos), com valor a pagar de R\$ 61.009,07 (sessenta e um mil, nove reais e sete centavos) com destaque do ICMS no valor de R\$ 17.425,63 (dezessete mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e sessenta e três centavos), desrespeitando, segundo a Requerente, a Consulta de Contribuintes nº 241/08.

Entende que as operações realizadas com a CEMIG Distribuição S.A estão amparadas pela imunidade constitucional ou ao abrigo do diferimento previsto no item 37, alínea “b”, Parte 1, Anexo II do RICMS/02.

Aduz ainda que não repassou aos seus clientes o ônus financeiro do ICMS, e, portanto, faz *jus* restituição pleiteada, uma vez que cumpriu todos os requisitos legais, ao deferimento de seu pedido.

Todavia razão não lhe assiste, como adiante se verá.

Inicialmente, pertinente analisar na hipótese concreta, a legitimidade ativa para pleitear a restituição do ICMS destacado em nota fiscal emitida pela Cemig Distribuição S.A que registra, como destinatária, a Requerente.

Oportuno esclarecer que o Código Tributário Nacional, ao tratar do pagamento indevido, assim dispõe, nos arts. 165 e 166:

CTN

(...)

Pagamento Indevido

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;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

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.

(...)

(Grifou-se).

No caso do ICMS, por se tratar de um tributo indireto (que comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, conforme definido no referido art. 166, do CTN), existe a figura do “contribuinte de direito”, que é aquele definido em lei, como sujeito passivo da relação jurídica tributária (obrigado ao pagamento do tributo) e o chamado “contribuinte de fato”, que é aquele que suporta o ônus do imposto.

Ora, o citado art. 165, do CTN se refere ao “sujeito passivo”, como possuidor do direito à restituição, o que, indubitavelmente, diz respeito ao “contribuinte de direito”, que é quem recolhe o tributo ao Fisco, visto que o “contribuinte de fato” é totalmente alheio à relação jurídica tributária.

Nesse sentido, assim dispõe a professora Misabel Derzi (DERZI, *in* Baleeiro, 2000), ao comentar o parágrafo único, do art. 4º, da Lei Complementar (LC) nº 87/96, que descreve o conceito de “contribuinte do ICMS”:

(...)

São essas as hipóteses isoladas em que o contribuinte *de iure* coincide com o contribuinte de fato, por absoluta impossibilidade de o legislador

alcançar as pessoas que promoveram a operação de circulação. Inexiste ofensa ao princípio da capacidade econômica, pois, na verdade, o encargo do ICMS não é de ser suportado pelo contribuinte *de iure*, como se sabe, mas sim pelo consumidor, que não é sujeito passivo da relação tributária (...).

(Grifou-se).

Oportuno salientar, que uma vez recuperado o indébito, pelo contribuinte tributário, junto ao Fisco, o “contribuinte de fato” poderá pleiteá-lo junto ao sujeito passivo, com base em norma de direito privado.

Sendo assim, a Requerente não possui legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito em exame, pois, conforme supra evidenciado, trata-se do “contribuinte de fato” e não o contribuinte tributário, razão pela qual, sua impugnação, de antemão, é improcedente.

Com relação a argumentação de que não efetuou o repasse do ônus do ICMS a seus clientes, conforme bem elucidado pela Fiscalização em sua manifestação fiscal, e ainda em razão natureza indireta do ICMS, a respectiva carga tributária destacada na nota fiscal comporta a transferência do encargo a terceiros, haja vista ser calculado “por dentro”, sendo o contribuinte de direito o vendedor e o de fato o comprador final.

Verifica-se no caso em exame que a CEMIG Distribuição S.A, ao emitir a Nota Fiscal nº 017930261 (fls. 10), majorou a mesma pelo valor do ICMS, calculado pela recomposição da base de cálculo.

Verifica-se que ao aplicar a alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 96.809,47 (noventa e seis mil, oitocentos e nove reais e quarenta e sete centavos), obtém-se o valor de R\$ 17.425,63 (dezessete mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e sessenta e três centavos), correspondente ao ICMS.

Destaca-se, por oportuno, que esta operação sem tributação seria de R\$ 79.383,91 (setenta e nove mil, trezentos e oitenta e três reais e noventa e um centavos), porém este valor foi majorado, ao ser dividido por 0,82 (oitenta e dois centésimos), resultando na base de cálculo de R\$ 96.809,47 (noventa e seis mil, oitocentos e nove reais e quarenta e sete centavos), devido à inclusão do valor do imposto.

Portanto a requerente efetivamente arcou com este ônus, porem inicialmente, pois a sua operação de aquisição não teve o caráter final.

Diante disso, na hipótese em exame, não obstante a apresentação do livro de Apuração de ICMS demonstrando que não houve registro (débito) de ICMS nas operações de saída por tais operações serem isentas ou não tributadas, a Requerente, ao realizar nova operação com a mercadoria, energia elétrica no caso, a consumidor final ou não, repassou o ônus aqui em questão para terceiro.

Dessa forma, correto o indeferimento do pedido de restituição efetuado pelo Fisco.

Não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cindy Andrade Morais (Revisora) e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2020.

Alexandra Codo Ferreira de Azevedo
Relatora

Eduardo de Souza Assis
Presidente

CC/MG