

Acórdão: 22.552/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001459482-65
Impugnação: 40.010150207-03
Impugnante: SPE Várzea Alegre Energia S.A.
CNPJ: 09.079069/0002-08
Proc. S. Passivo: Juliana Maciel Lima do Carmo/Outro(s)
Origem: DFT/ Manhuaçu

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. Pedido de restituição de ICMS destacado em nota fiscal de energia elétrica, emitida pela Cemig Distribuição S.A, para operação com previsão do diferimento do imposto. Entretanto, o imposto pago, deve ser suportado pelo contribuinte, por força do encerramento do diferimento, por saída interestadual não tributada, não sendo, portanto, indébito tributário. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual a restituição de quantia paga a título de ICMS, no valor de R\$ 11.444,69 (onze mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta e nove centavos), fl. 02, conforme destaque na Nota Fiscal da conta de energia elétrica Série U, nº 017930268 de 13/12/18 (fls. 108), emitida pela Cemig Distribuição S/A - IE 062.322136.00-87.

Alicerça seu pedido no fato de que houve indébito tributário, uma vez que o imposto destacado pela CEMIG seria diferido por força do item 37, alínea “b”, Parte 1, Anexo II, do RICMS/02, conforme Consulta de Contribuinte nº 241/2008.

Em despacho de fls. 42, a Delegacia Fiscal de Manhuaçu indefere o pedido, com base no Parecer Fiscal de fls. 41/42, tendo a Contribuinte sido intimada, de modo virtual, em 29/10/19 (fls. 44).

Inconformada, a Requerente apresenta, em 27/05/20, por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 49/65, trazendo como preliminar contestação acerca do entendimento do Fisco de considerar regular a intimação da Contribuinte, com a consequente intempestividade de sua peça de defesa.

No entanto, foi modificado o posicionamento e dado seguimento à impugnação apresentada, pelas razões expostas na manifestação da AF de Manhuaçu, fls. 114/117.

Por conseguinte, a Fiscalização rebate os argumentos de defesa quanto ao mérito do pedido de restituição e pede a manutenção do indeferimento (fls. 137/146).

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se de requerimento de restituição de quantia paga a título de ICMS, no valor de R\$ 11.444,69 (onze mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta e nove centavos), fl. 02, conforme destaque na Nota Fiscal da conta de energia elétrica Série U, nº 017930268 de 13/12/18 (fls. 108), emitida pela Cemig Distribuição S/A - IE 062.322136.00-87.

A Requerente apresenta como fundamento a justificar seu pleito o fato que arcou indevidamente com o ônus do ICMS destacado na nota fiscal de conta de energia elétrica série U nº 017930268 de 13/12/18 (fls. 108) emitida pela CEMIG com destaque do ICMS, haja vista ser tributo característico de imposto indireto.

Informa que as operações de energia elétrica ocorreram da seguinte forma: CEMIG → SPE → outros estados. Segundo ela, a operação teve por origem a saída de energia elétrica da CEMIG para a SPE Várzea Alegre por meio de Contrato de CUSD, e a posterior comercialização pela SPE Várzea Alegre para outros estados da Federação.

A empresa alega que a primeira operação (CEMIG → SPE) estaria amparada pelo diferimento do imposto, conforme Consulta de Contribuinte nº 24/08, e a segunda (SPE → outros estados), pela imunidade prevista no art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” da Constituição Federal.

Em resumo, a Impugnante solicita revisão do indeferimento, com base nos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 92 do RICMS/02, pedindo que a restituição ocorra sob a modalidade conta corrente, conforme disposto no art. 35, inciso III do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Entretanto, o pleito da Impugnante não pode ser deferido à luz da legislação vigente.

Inicialmente, cumpre destacar que o Fisco, em sua manifestação, concorda com a Impugnante no sentido de que a operação da CEMIG para a SPE Várzea Alegre está amparada pelo diferimento do imposto, nos termos do item 37 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/02, questão essa devidamente esclarecida na Consulta de Contribuinte nº 24/08.

Entretanto, havendo operação interna de saída de energia elétrica com diferimento do pagamento do ICMS e posterior saída em operação interestadual, independentemente do destino a ser dado à mesma, deverá haver o recolhimento do imposto diferido, em documento de arrecadação distinto, e sem direito ao aproveitamento do valor correspondente como crédito do imposto, nos termos do inciso I do art. 15 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 15. O adquirente ou o destinatário da mercadoria deverão recolher o imposto diferido, inclusive o relativo ao serviço de transporte, em documento de arrecadação distinto, sem direito ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aproveitamento do valor correspondente como crédito do imposto, nas hipóteses de:

I - a mercadoria, adquirida ou recebida para comercialização ou emprego em processo de industrialização, ser objeto de operação posterior isenta ou não tributada pelo imposto, no mesmo estado ou após industrialização, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

(...)

Conforme informa a Fiscalização, a análise da questão encontra-se amplamente debatida e solucionada na Consulta de Contribuinte nº 079/2019, razão pela qual transcreve-se:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 079/2019

PTA Nº: 45.000017386-15

(...)

EXPOSIÇÃO:

A Consulente apura o ICMS pela sistemática de débito e crédito e tem como atividade principal informada no cadastro estadual a geração de energia elétrica (CNAE 3511-5/01).

Informa que é uma empresa pública e tem como objeto social a exploração de atividade econômica de geração, comercialização e transmissão de energia, (...)

Menciona que, para o desenvolvimento de suas atividades, realiza a comercialização de energia própria, gerada nas usinas das quais detém o direito de exploração individual, em consórcio ou compartilhada, sob o regime de concessão ou permissão, bem como comercializa a energia de terceiros (compra e revenda).

Acrescenta que, por meio da Portaria nº 185/2013, do Ministério das Minas e energia, e da Resolução Normativa nº 611/2014, da Agência Nacional de energia Elétrica - ANEEL, foi permitida a cessão de energia contratada e não consumida pelo consumidor livre ou especial.

Com dúvida sobre a correta interpretação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

1 - Em relação ao excedente de energia elétrica adquirida de consumidor livre, localizado em Minas Gerais, em que o mesmo adquiriu para consumo próprio, tendo recolhido o ICMS sobre a totalidade da energia comprada, pergunta-se:

1.1 - A compra do excedente de energia desse consumidor livre estará enquadrada no diferimento previsto no item 37 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/2002?

1.2 - Caso a resposta ao questionamento anterior seja positiva, na revenda para fora do estado de Minas Gerais, deve haver o recolhimento do ICMS diferido, ainda que a revenda seja destinada para comercialização? Neste caso poderia se enquadrar no inciso IV do art. 5º do RICMS/2002?

1.3 - Caso a resposta ao questionamento no 1.1 seja positiva, na revenda para fora do estado de Minas Gerais, deverá haver recolhimento do ICMS caso a revenda seja destinada para consumo final, uma vez que a totalidade da energia já foi tributada? Isso não caracteriza bitributação, visto que o consumidor livre já efetuou o recolhimento do imposto na primeira operação?

2 - Em relação à energia comprada para revenda de gerador (concessionária ou permissionária) localizado em Minas Gerais, pergunta-se:

2.1 - Esta operação está amparada pelo diferimento do ICMS?

2.2 - Quando realizar a revenda dessa energia para fora do Estado, deverá fazer o recolhimento do ICMS diferido, ainda que a venda seja destinada para comercialização e não consumo final?

2.3 - Quando realizar a revenda dessa energia para fora do Estado, para consumidor final, haverá o recolhimento do ICMS?

2.4 - O recolhimento de que trata o questionamento anterior, se devido, será realizado apenas para o estado de destino?

2.5 - Caso a revenda da energia seja para dentro do Estado, para comercialização e não consumo final, permanecem os efeitos do diferimento?

RESPOSTA:

Preliminarmente, importa salientar que o diferimento do pagamento do ICMS na saída interna de energia elétrica está amparado pelo item 37 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/2002 da seguinte forma:

(...)

Vale esclarecer que o diferimento não é benefício fiscal, mas sim uma técnica de tributação consistente na postergação do lançamento e pagamento do imposto. Apesar de ocorrerem sem débito do ICMS, as

operações com diferimento são consideradas tributadas, uma vez que não se trata de desoneração fiscal.

Observa-se que, com a concessão do diferimento do ICMS devido pela saída de energia elétrica em operação interna, houve apenas o adiamento do pagamento do imposto para outra etapa da cadeia de circulação, com a expectativa de que em uma das operações posteriores haveria a incidência do imposto.

Assim, visando a efetivação desta incidência, há a previsão no inciso I do art. 12 do RICMS/2002 de que encerra o diferimento do pagamento do ICMS quando 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.

Neste momento será devido o recolhimento do imposto pelo contribuinte que promover a operação ou a prestação que encerrar a fase do diferimento, em documento de arrecadação distinto, sem direito ao aproveitamento do valor correspondente como crédito do imposto, conforme previsão contida nos arts. 13 e 15 do RICMS/2002.

Ressalte-se, por oportuno, que o diferimento previsto na alínea "b" do item 37 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/2002 não especifica o remetente, apenas qualifica o destinatário da energia elétrica, podendo ser concessionária ou permissionária de energia elétrica.

Por outro lado, é importante também destacar que, sob o enfoque da unidade da Federação de origem, as operações que destinem petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica a outras unidades da Federação, não estão sujeitas à incidência do ICMS, nos termos da alínea "b" do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988.

Em relação à unidade Federada de destino, a tributação sobre tais produtos ocorrerá no momento da entrada no seu território, desde que não sejam destinados à comercialização ou industrialização do próprio produto, conforme inciso III do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996. Caso contrário, a tributação ocorrerá por ocasião da subsequente saída interna, observada a legislação do estado de destino.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se a responder aos questionamentos formulados.

1.1 - Sim. A Consulente informa que é concessionária ou permissionária de energia elétrica, sendo assim, a operação interna de saída de energia elétrica com destino à Consulente estará sujeita ao diferimento do pagamento do ICMS, nos termos da alínea “b” do item 37 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/2002, ainda que adquira a mercadoria de consumidor livre estabelecido em Minas Gerais.

1.2 e 2.2 - Sim. De acordo com o exposto inicialmente, na operação que destine energia elétrica a outra unidade da Federação não há incidência do ICMS para a unidade da Federação de origem, por determinação constitucional.

Por sua vez, o inciso I do art. 12 do RICMS/2002 determina que encerra o diferimento do pagamento do ICMS quando a operação posterior com a mercadoria recebida com o imposto diferido, promovida pelo adquirente ou destinatário, não for tributada.

Nestes termos, havendo operação interna de diferimento do pagamento do ICMS, e posterior saída em operação interestadual, independentemente do destino a ser dado à energia elétrica, deverá haver o recolhimento do imposto diferido, em documento de arrecadação distinto e sem direito ao aproveitamento do valor correspondente como crédito do imposto, nos termos dos arts. 13 a 15 do RICMS/2002.

Em relação ao enquadramento no inciso IV do art. 5º do RICMS/2002, que prevê a não incidência do imposto na operação interestadual com energia elétrica quando for destinada à comercialização ou à industrialização do próprio produto, ocorrendo tal hipótese, conforme aqui questionado, aplica-se a não incidência prevista no referido inciso.

1.3 - Sim. Nos termos da resposta anterior, independentemente do destino a ser dado à energia elétrica, deverá haver o recolhimento do imposto diferido, em documento de arrecadação distinto e sem direito ao aproveitamento do valor correspondente como crédito do imposto.

A Consulente também questiona se estaria havendo bitributação na situação relatada. Contudo, para fins de elucidação da dúvida, é necessário distinguir o “bis in idem” da bitributação. Ocorre a bitributação quando entes tributantes diversos exigem do mesmo sujeito passivo tributo decorrente do mesmo fato gerador. Por outro lado, o “bis in idem” ocorre quando uma pessoa jurídica de direito público tributa mais de uma vez o mesmo sujeito passivo sobre o mesmo fato gerador.

Na situação exposta não há ocorrência do “bis in idem” nem da bitributação, uma vez que o diferimento é apenas a postergação do pagamento do imposto para uma etapa posterior, cuja mercadoria sairá isenta ou não tributada, nos termos do inciso I do art. 15 do RICMS/2002.

Ressalte-se que o imposto diferido a ser recolhido refere-se apenas à operação de venda realizada pelo consumidor livre para a Consulente (para a qual não houve qualquer recolhimento do ICMS por força do diferimento). Eventual incidência prévia do imposto, quando da aquisição da energia pelo consumidor livre, certamente ensejou para esse consumidor o aproveitamento do crédito correspondente.

2.1 - Sim. O fornecimento de energia elétrica de uma para outra empresa concessionária ou permissionária estará sujeito ao diferimento do pagamento do imposto devido para o momento do fornecimento da energia ao consumidor, nos termos do art. 49 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/2002.

(...)

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 22 de abril de 2019.
(Grifou-se)

Das questões elucidadas pela Consulta de Contribuintes nº 079/2019, destaca-se que, sob o enfoque do estado de origem, as operações que destinem petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica a outras unidades da Federação, não estão sujeitas à incidência do ICMS, nos termos da alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988.

A Impugnante informa que as operações de entrada da CEMIG são destinadas a outros estados. Portanto, sem qualquer controvérsia, tem-se que essas operações interestaduais são imunes por força do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” da Constituição Federal.

Veja-se que o diferimento encerra-se quando 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, conforme disposto no art. 12, inciso I da Parte Geral do RICMS/02.

Por sua vez, o recolhimento do imposto diferido será feito pelo contribuinte que promover a operação ou a prestação que encerrar a fase do diferimento, ainda que não tributadas (art. 13, da Parte Geral do RICMS/02).

Confira-se a redação:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Art. 13. O recolhimento do imposto diferido será feito pelo contribuinte que promover a operação ou a prestação que encerrar a fase do diferimento, ainda que não tributadas.

(Grifou-se)

Mencione-se a informação, trazida na manifestação fiscal, de que foi verificado que todas as saídas de energia elétrica da Requerente, de novembro de 2018 a junho de 2020 foram destinadas a outras unidades da Federação, e nenhum imposto foi recolhido pela empresa em obediência ao art. 13 do RICMS/02.

Assim, imperioso concluir que o ICMS suportado pela Requerente era devido.

Reitera-se que, como visto, o diferimento não é benefício fiscal. Com a concessão do diferimento do ICMS devido pela saída de energia elétrica em operação interna, houve apenas o adiamento do pagamento do imposto para outra etapa da cadeia de circulação, com a expectativa de que em uma das operações posteriores haveria a incidência do imposto.

No caso dos autos, conclui-se que o imposto objeto do pedido de restituição não constitui indébito tributário, razão de pedido de restituição, mas imposto que deve ser, *in casu*, inevitavelmente suportado pela Contribuinte, por força do encerramento do diferimento (por saída interestadual não tributada).

Diante disso, correto o indeferimento do pedido, efetuado pela Fiscalização, por não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2021.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

P