

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.568/10/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000237918-09
Recurso de Revisão: 40.060127123-40
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Irmãos Bretas, Filhos e Cia Ltda
IE: 186087204.23-27
Proc. S. Passivo: Henrique Machado Rodrigues de Azevedo/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RESTITUÍDO – TAXA SELIC – INCIDÊNCIA. Pedido de restituição de valores recolhidos indevidamente a título de ICMS, relativos a aproveitamento indevido de créditos decorrentes de operações simuladas. Demonstrado nos autos que houve pagamento indevido de ICMS, por afigurarem-se incorreta as autuações, haja vista que, sendo as operações simuladas, os débitos das referidas operações também seriam indevidos. Reconhecido à Impugnante o direito a restituição corrigida pela Taxa SELIC que inclui, a um só tempo, a atualização e os juros moratórios. As razões apresentadas pela Recorrente são insuficientes para alterar a decisão recorrida. Recurso conhecido por unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A ora Recorrida pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância de R\$ 1.785.989,63 (um milhão, setecentos e oitenta e cinco mil, novecentos e oitenta e nove reais e sessenta e três centavos), ao argumento de que recolheu ICMS indevidamente, aos cofres públicos do Estado, nos meses de outubro de 2002, janeiro, março, julho e dezembro de 2003, cujos documentos não corresponderiam a real entrada de mercadorias no estabelecimento.

Na forma do pronunciamento de fls. 277/284, o pedido foi parcialmente deferido.

Inconformada com o deferimento parcial de seu pedido a ora Recorrida apresentou impugnação de fls. 290/309 requerendo:

- o afastamento do entendimento pela configuração da decadência nos exercícios de 2001 a 2003, em atenção ao art. 168, inciso I do Código Tributário Nacional, vez que efetuou o pagamento do crédito tributário vinculado ao saldo credor, cuja restituição pleiteia, em março de 2008 e efetuou o protocolo do Pedido de Restituição em 21 de agosto de 2008;

- a restituição do saldo credor existente a partir de 20 de agosto de 2003;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a atualização do valor a ser restituído pela aplicação da taxa SELIC.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 18.671/10/2ª (fls. 344/355, votos vencidos de fls. 357/361 e voto em separado de fl. 356), pelo voto de qualidade, julgou procedente a impugnação.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão de fls. 364/373, afirmando ser frágil a fundamentação da decisão recorrida, pois calcada apenas em jurisprudência inaplicável à esfera administrativa, além de se chocar frontalmente com a legislação aplicável. Acrescenta que os votos vencidos dos Conselheiros Raimundo Francisco da Silva e Edwaldo Pereira de Salles evidenciam a incoerência da decisão. Conclui que a decisão da Câmara merece reparo, pois nega vigência a disposições da legislação tributária ao deixar de reconhecer a prescrição do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente em caso expressamente enquadrado nos parâmetros legais da decadência, além de determinar indevidamente o pagamento de juros. Ao fina, pede o conhecimento e provimento do presente Recurso.

O Sujeito Passivo apresenta, por procurador regularmente constituído, suas contrarrazões ao Recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual, às fls. 376/396, requerendo seja negado provimento ao mesmo, para restar mantido o Acórdão 18.671/10/2ª, vez que demonstrada a inexistência de qualquer fundamento nas alegações da Recorrente, mas, prevalecendo o entendimento defendido pela Recorrente, requer lhe seja restituído o saldo credor existente a partir de 20 de agosto de 2003.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise em sede recursal do Pedido de Restituição da importância de R\$ 1.785.989,63 (um milhão, setecentos e oitenta e cinco mil, novecentos e oitenta e nove reais e sessenta e três centavos), ao fundamento de que a ora Recorrida teria recolhido ICMS indevidamente, aos cofres públicos do Estado, nos meses de outubro de 2002, janeiro, março, julho e dezembro de 2003.

Da Preliminar

Inicialmente cumpre analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

“SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - quando a decisão da Câmara de Julgamento resultar de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente;

.....
§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei.

.....”

Pela leitura e análise do texto acima transcrito em confronto com a decisão consubstanciada no Acórdão 18.671/10/2ª, ora recorrida, verifica-se ser cabível o presente recurso, uma vez que a decisão foi tomada pelo voto de qualidade, adequando-se, perfeitamente, aos ditames do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Ressalte-se ainda que a decisão não se enquadra em nenhuma das vedações constantes do § 1º do citado art. 163 pois não trata de questão preliminar ou de concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal.

Diante disso, encontra-se atendida a condição prevista no inciso I do art. 163 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, devendo ser conhecido o presente Recurso de Revisão por configurados seus pressupostos de admissibilidade.

Do Mérito

Importante lembrar que a ora Recorrida sofreu diversas autuações as quais continham a imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos decorrentes de operações simuladas amparadas por notas fiscais emitidas por outros estabelecimentos seus.

Em face da referida imputação fiscal, entendeu a Recorrida que, tendo o Fisco considerado que as operações foram simuladas, o débito do imposto a elas relativo seria indevido, acarretando, assim, recolhimentos a maior.

Este foi o fundamento no qual se lastreou o Pedido de Restituição.

Tal pedido foi parcialmente acolhido pelo Fisco com o deferimento da restituição do valor de R\$ 344.930,05 (trezentos e quarenta e quatro mil, novecentos e trinta reais e cinco centavos).

Referido valor foi alcançado pelo Fisco com a exclusão de uma diferença de R\$ 46.554,79 (quarenta e seis mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e setenta e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nove centavos) apurada mediante confronto dos valores pleiteados, com os arquivos magnéticos transmitidos via SINTEGRA; com a exclusão de R\$ 723.334,23 (setecentos e vinte e três mil, trezentos e trinta e quatro reais e vinte e três centavos) referentes a juros; e de R\$ 671.170,39 (seiscentos e setenta e um mil, cento e setenta reais e trinta e nove centavos) que teriam sido alcançados pela prescrição.

Inconformada com o deferimento parcial de seu pedido a ora Recorrida insurgiu-se contra as exclusões relativas aos juros e a prescrição concordando com a diferença de valores apurada pelo Fisco.

Assim, a matéria submetida a apreciação da Segunda Câmara dizia respeito apenas à caracterização da prescrição para os valores anteriores a 2003 e ao cabimento, ou não, da atualização do crédito pleiteado. Como a Câmara julgou procedente a impugnação apresentada pela empresa ora Recorrida, acolhidos foram estes pedidos.

A Fazenda Pública rebela-se, neste momento, exatamente quanto aos pontos concedidos pela Câmara.

Contudo, a decisão recorrida não merece reparos quer pela sua conclusão, quer pelo fundamentos que a nortearam.

No que se refere à prescrição, dispõe os arts. 165, incisos I, II e III e 168, inciso I do Código Tributário Nacional:

“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. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - na hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Da análise dos referidos dispositivos, constata-se que em casos como o dos autos, em que houve erro no cálculo do montante do débito, o prazo estabelecido no art. 168 do Código Tributário Nacional conta-se da data de extinção do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o prazo deve ser contado do pagamento efetuado indevidamente e que extinguiu o crédito tributário e não do Termo de Acordo celebrado, pois, pleiteia-se nos presentes autos a restituição do que foi pago anteriormente e não do que foi pago com o acordo, mormente por se tratar o objeto do acordo de dívidas de outros estabelecimentos que não o da Impugnante.

Diante desse entendimento, caso é de analisar qual a interpretação correta do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional.

A Lei Complementar n.º 118/05 trouxe em seu art. 3º a seguinte disposição:

"Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei." (grifos não constam do original)

Ao apreciar tal dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça, responsável em última instância pela interpretação da legislação federal, firmou seu entendimento no sentido de que, relativamente aos pagamentos indevidos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar n.º 118/05 (que ocorreu em 09 de junho de 2005), o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e, relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Desse modo, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n.º 118/05 (09 de junho de 2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como ocorre no presente processo, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, segundo o qual: "*Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.*");

Portanto, deve ser afastada a prescrição.

Quanto à questão da atualização dos valores pagos indevidamente razão também assiste à ora Recorrida.

Neste sentido, cabe mencionar que a matéria foi tratada com primazia no Acórdão n.º 17.999/08/2ª, da lavra do Conselheiro Mauro Heleno Galvão, de onde se transcreve:

“Acórdão n.º 17.999/08/2ª

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O regime jurídico da restituição de tributos, seja da União, dos Estados ou dos Municípios, encontra-se prescrito no CTN, Capítulo IV, Seção III, sob o título de pagamento indevido, arts. 165 a 169.

O art. 165, inciso I do CTN trata-se da restituição decorrente de erro de direito, verificando-se que a hipótese é de ilegalidade, tendo em vista que o dispositivo legal aplicado não socorre a Fazenda Pública. Este é o caso dos autos. Tanto assim, que o Fisco restituiu o valor original do imposto pago indevidamente.

Portanto, resta a discussão dos acessórios incidentes (atualização e juros) a partir do pagamento indevido.

Neste diapasão, importante citar os ensinamentos do Prof. Kiyoshi Harada, trazidos pela Impugnante, nos seguintes termos:

A REPETIÇÃO DE INDÉBITO FUNDA-SE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. O QUE FOI PAGO A MAIS DEVE SER REPETIDO COM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, O QUE FOI PAGO AQUÉM DO LIMITE LEGAL DEVE SER COMPLEMENTADO COM JUROS E CORREÇÃO E, SE FOR O CASO, COM IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE.

O art. 167 do CTN dispõe sobre a proporcionalidade na restituição, como segue:

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Como se vê, o CTN prevê a incidência dos juros a partir do trânsito em julgado, mas não trata da atualização monetária dos valores pagos indevidamente, quando da restituição de tributos e multas.

Contudo, prevê a atualização monetária do tributo devido pelo contribuinte, conforme art. 97, § 2º (como exceção do postulado da reserva legal).

Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais superiores firmou entendimento de que os tributos e multas devam ser restituídos com correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido: STF RE 89.7666-6-SP; STJ Súmula 162.

COM APOIO NOS PRECEDENTES CITADOS, CONHEÇO DO RECURSO E LHE DOU PROVIMENTO PARA DETERMINAR, PRIMEIRO, QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO, SEGUNDO, QUE OS JUROS DE MORA SEJAM CALCULADOS A TAXA DE UM POR CENTO AO MÊS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, os procedimentos para restituição de tributos, sejam diretos ou indiretos, de competência de quaisquer dos entes tributantes, recomenda-se sejam harmônicos.

Neste sentido, o Ministro Fux do STJ deixou consignado no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 766.948 - RS (2006/0082258-5) que:

O ACÓRDÃO RECORRIDO, ASSIM COMO OS PARADIGMAS, CUIDA DE ATUALIZAÇÃO E ÍNDICES APLICÁVEIS EM REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. E MESMO QUE NÃO SE DISCUTA SOBRE O MESMO TRIBUTOS, TAL CIRCUNSTÂNCIA É IRRELEVANTE IN CASU, POIS O PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO FAZ ESSA DISTINÇÃO, COMO SE EXTRAÍ DAS MESMAS EMENTAS QUE TRATAM DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE VARIADOS TRIBUTOS, COM UMA ORIENTAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA UNIFORME.

A Lei n° 9.250/95 (lei federal) dispõe sobre a atualização do imposto de renda da pessoa física da seguinte forma:

Art. 14. À opção do contribuinte, o saldo do imposto a pagar poderá ser parcelado em até 8 (oito) quotas iguais, mensais e sucessivas, observado o seguinte: (Redação dada pela Lei n° 11.311, de 2006)

(...)

II - a primeira quota deverá ser paga no mês fixado para a entrega da declaração de rendimentos;

III - as demais quotas, acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data prevista para a entrega da declaração de rendimentos até o mês anterior ao do pagamento e de 1% no mês do pagamento, vencerão no último dia útil de cada mês.

NA RESTITUIÇÃO:

Art . 39 - (...)

§ 4° A partir de 1° de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, consultando o site da Receita Federal sobre indexação de tributos, encontrou-se:

Taxa de Juros Selic

A taxa de juros relativa ao mês de maio de 2008, aplicável na cobrança, restituição ou compensação dos tributos e contribuições federais, a partir do mês de junho de 2008, é de 0,88 % (zero vírgula oitenta e oito por cento).

No Estado de Minas Gerais, a atualização monetária de tributos está prevista no art. 226 da Lei n.º 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Deste modo, a Lei n.º 6.763/75 permite a correção dos débitos tributários estaduais pelos mesmos critérios aplicáveis aos débitos tributários federais. Portanto, incide a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC na correção dos referidos débitos.

Ressalte-se que, embora o CTN não preveja expressamente, é entendimento pacífico dos tribunais superiores (STF acima citado e STJ) que cabe atualização na restituição dos tributos pagos indevidamente.

Nesta linha de entendimento, dentre outras decisões do STJ, a Ministra Eliana Calmon deixou consignado no voto que proferiu no RECURSO ESPECIAL Nº 762.754 - MG (2005/0094711-7) que:

Após inúmeras divergências em tomo da sua aplicação, a Primeira Seção desta Corte, nos EREsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SP, em Sessão de 14/05/2003, reafirmou o entendimento de que a referida Taxa é devida tanto na restituição quanto na compensação de tributos, a partir de 1%/1/96, em face do advento da Lei 9.250/95, ficando, desse modo, afastada a incidência dos juros de mora conforme previsto nos arts. 161, parágrafo único, c/c 167, parágrafo único, do CTN. (grifos acrescidos)

Assentou-se, ainda, que, a correção monetária e os juros de mora já estão compreendidos na taxa SELIC, de modo que não pode ela ser cumulada com quaisquer outros índices relativos a tais acréscimos.

Contudo, na hipótese dos autos, deve-se considerar que se trata de cobrança de tributo estadual. Sendo assim, a aplicação de índice de correção monetária definido em lei federal somente pode ser aplicado se existir lei estadual autorizando, o mesmo ocorrendo no que diz respeito aos juros de mora; do contrário, terá aplicação as regras do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Partindo da premissa estabelecida pelo Tribunal de que a Lei nº 6.763/75 permite a correção dos débitos tributários estaduais pelos mesmos critérios aplicáveis aos créditos tributários federais, tem incidência a taxa SELIC. Com essas considerações, nego provimento.

O Ministro do STJ, Luiz Fux deixou consignado no voto-vista (voto vencedor) que proferiu no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 766.948 RS (2006/0082258-5) que:

O índice de atualização do valor a ser repetido deve ser igual ao fator de correção empregado para o crédito da Fazenda, em respeito à proporcionalidade determinada no art. 167 do CTN, e os paradigmas conduzem ao entendimento sintetizado que:

3. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário:

- (a) IPC, de março/ 1990 a janeiro/ 1991;
- (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991;
- (c) UFIR, a partir de janeiro/1992;
- (d) taxa SELIC, exclusivamente, a partir de janeiro/1996. (grifos acrescentados)

4. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma:

- (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN;
- (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real." (AgRg no AG Documento: 2739837 - VOTO VISTA - Site certificado Página 1 de 6. 601.246/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 21.03.2005)

"4. É devida a taxa SELIC na repetição de indébito, seja como restituição ou compensação tributária, desde o recolhimento indevido, independentemente de se tratar de contribuição sujeita à posterior homologação do pagamento antecipado".

EREsp's 131.203IRS, 230.427, 242.029 e 244.443.

Ora, se o Estado permite a correção dos débitos tributários estaduais pelos mesmos critérios aplicáveis aos créditos tributários federais, a consequência lógica é que para a restituição dos tributos estaduais seja adotado o mesmo critério. Por isto, deve ser aplicada a taxa SELIC na restituição, que inclui, a um só tempo, a atualização monetária e os juros."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, deve ser restituído à Requerente o montante impugnado.

Por todo o exposto e, tendo restado provado que a ora Recorrida tem direito à restituição pleiteada, esta deve ser efetivada com a indexação para a atualização dos seus valores através da taxa SELIC.

Frise-se que a atualização monetária dos créditos tributários do Estado, bem como, a cobrança de juros de mora já estava prevista na Resolução n.º 2.816/96, que introduziu a taxa SELIC como parâmetro para cálculo dos juros moratórios incidentes sobre pagamentos de créditos tributários em atraso.

Portanto, se os valores a serem pagos em atraso no Estado de Minas Gerais devem ser feitos lastreados na taxa SELIC, também os valores a serem restituídos aos contribuintes devem respeitar os mesmos parâmetros.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido, em parte, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Relator), que lhe dava provimento parcial para negar a restituição de juros de mora na forma requerida, devendo incidir a partir desta Decisão. Vencido, em parte, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que lhe dava provimento nos termos do voto vencido. Designada relatora a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Luciana Trindade Fogaça. Assistiu ao julgamento, pela Autuada, o Dr. Felipe Lobato. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura, Edwaldo Pereira de Salles, Luiz Fernando Castro Trópia e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 29 de junho de 2010.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora Designada**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|---------------------|--|---------------|
| Acórdão: | 3.568/10/CE | Rito: Sumário |
| PTA/AI: | 16.000237918-09 | |
| Recurso de Revisão: | 40.060127123-40 | |
| Recorrente: | Fazenda Pública Estadual | |
| Recorrida: | Irmãos Bretas, Filhos e Cia Ltda | |
| | IE: 186087204.23-27 | |
| Proc. S. Passivo: | Henrique Machado Rodrigues de Azevedo/Outro(s) | |
| Origem: | DF/Ipatinga | |

Voto proferido pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre da restituição de parcela relativa aos juros de mora.

Decidiu a Egrégia Câmara Especial pela restituição da parcela equivalente aos juros de mora, considerando a data do pagamento ou da apuração do imposto, ou seja, a emissão dos documentos fiscais.

Insta inicialmente esclarecer que a decisão tomada pela Egrégia Câmara Especial se coaduna com outras tantas proferidas por este Conselheiro, especialmente no período anterior a 2008.

Não resta qualquer dúvida, também, de que o índice a se utilizar na devolução dessa parcela será o mesmo adotado para atualização do crédito tributário, no presente caso a Taxa SELIC.

A questão está, então, em se definir o termo inicial para a contagem dos juros de mora restituíveis.

O Código Tributário Nacional – CTN, assim prescreve:

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 (*identificação*) do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; (grifo não consta do original).

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.

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Assim, considerando a exegese contida no parágrafo único do art. 167 acima transcrito, a fluência de juros tem início a partir da data da decisão administrativa irrecurável, que julgar procedente a impugnação, deferindo o pedido de restituição do indébito tributário.

Nesta esteira, reiteradas são as decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no sentido de aplicação da Súmula 188/STJ, que consagra a regra contida no mencionado parágrafo único. O referido verbete assim sentença:

STJ SÚMULA Nº 188 - 11/06/1997 - DJ 23.06.1997

JUROS MORATÓRIOS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA - OS JUROS MORATÓRIOS, NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO, SÃO DEVIDOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

Por outro lado, no ordenamento mineiro vigia até 29/02/08, o seguinte tratamento para a restituição de tributos:

CAPÍTULO IX

Da Restituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 29/12/1983 a 29/02/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 8.511/1983:

“Art. 36 - A importância indevidamente recolhida a título de imposto será restituída, no todo ou em parte, na forma estabelecida em Regulamento.”

Lei nº 8.511/1983:

“§ 1º - A importância indevidamente recolhida, a contar de 1º de janeiro de 1.976, terá seu valor corrigido segundo os índices fixados para correção dos débitos fiscais estaduais.”

Efeitos de 1º/01/1976 a 28/12/1983 - Redação original:

“§ 1º - O imposto indevidamente recolhido, a partir da vigência desta lei, terá seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundos coeficientes fixados pelo órgão federal competente e adotados para correção dos débitos fiscais.”

Efeitos de 1º/01/1994 a 29/02/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 9º, ambos da Lei nº 11.363/1993:

“§ 2º - A correção monetária de que trata este artigo será efetuada com base na tabela em vigor na data da efetivação da restituição em moeda corrente ou na data em que for autorizado o crédito para pagamento futuro do imposto, considerando-se termo inicial a data em que:”

Efeitos de 1º/01/1984 a 31/12/1993 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 16, ambos da Lei nº 8.511/83:

“1) tiver ocorrido o pagamento indevido;”

Efeitos de 1º/01/1984 a 31/12/1993 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 16, ambos da Lei nº 8.511/83:

“1) ao em que ocorrer o pagamento indevido;”

Efeitos de 1º/01/1976 a 31/12/1983 - Redação original:

“1) ao em que ocorreu o recolhimento indevido; ou ”

Efeitos de 1º/01/1994 a 29/02/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 9º, ambos da Lei nº 11.363/1993:

“2) ficarem apuradas a liquidez e a certeza da importância a restituir, quando esta depender de apuração.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/01/1984 a 31/12/1993 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 16, ambos da Lei nº 8.511/83:

"2) ao em que ficarem apuradas a liquidez e a certeza da importância a restituir, quando esta depender de apuração."

Com efeito, mesmo após a vigência do Plano Real, a legislação estadual continuou a adotar a regra de corrigir o valor pago indevidamente, tendo como marco, dentre outros, a data do recolhimento indevido.

Neste caso, o legislador ordinário equiparou, para fins de restituição, os acréscimos de correção monetária e juros de mora, uma vez que a atualização, após o advento da Resolução nº 2.880/97, decorre exclusivamente da cobrança de juros. A equiparação é visível pelo próprio "considerando" lançado na citada resolução, conforme se destaca adiante:

RESOLUÇÃO Nº 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997

(MG de 14)

Disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições, e

considerando o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais;

considerando o disposto no § 3º do artigo 5º e no artigo 75 da Lei federal nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, RESOLVE:

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Desta forma, em que pese as decisões judiciais contrárias à devolução da atualização da parcela de recolhido indevido, havia tratamento mais favorável ao contribuinte por força da legislação estadual.

Com a publicação da Lei nº 17.247/07, com aplicação estabelecida para 01/03/08, todos os dispositivos do Capítulo IX, inerentes à restituição, foram revogados, ficando a matéria carente de regulamentação pelo Poder Executivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com a edição do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, também com vigência e efeitos fixados para 01/03/08, os procedimentos para a restituição dos tributos foram delineados, mas sem qualquer tratamento especial no tocante às fixação dos juros restituíveis.

Assim, não havendo legislação mais benéfica para o Requerente, há de se aplicar a norma complementar contida no CTN e a jurisprudência estabelecida na Súmula 188 do STJ.

Relativamente ao tema decadência, pede-se *venia* para transcrição de artigo intitulado “Início do Prazo Decadencial para Restituição de Tributo Declarado Inconstitucional”, de Dênerson Dias Rosa (disponível em <<http://www.kplus.com.br>>).

“Como o prazo decadencial contra a Fazenda Pública é de cinco anos e, por vezes, leva-se muito mais tempo para se obter um pronunciamento do STF sobre a constitucionalidade de determinada norma, resta a pergunta: Qual o marco inicial para a fluência do prazo do contribuinte em pleitear a restituição?”

A Constituição Federal de 1988 remeteu à Lei Complementar, no caso presente, o Código Tributário Nacional – CTN, a competência para disciplinar decadência e prescrição em matéria tributária. Portanto, a fluência do prazo decadencial para restituição de indébito de tributo declarado inconstitucional deverá ser tratada à luz desta norma.

O Código Tributário Nacional contém dispositivo prevendo a restituição em caso de pagamento indevido perante a legislação aplicável (art. 165, inc. I), em caso de erro na identificação do sujeito passivo ou no cálculo do imposto (art. 165, inc. II) e em caso de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória (art. 165, inc. III), contudo, aparentemente, não traz dispositivo pertinente à situação de norma tributária declarada inconstitucional pelo STF.

Frente a essa questão como ficam os pagamentos efetuados em se tratando de norma impositiva tributária declarada inconstitucional? No momento em que determinada norma tributária é declarada inconstitucional, e seus efeitos estendidos a todos em virtude de resolução do Senado Federal, todos os pagamentos efetuados sob a égide de tal norma têm-se por indevidos, havendo o direito à restituição. Mas qual o marco inicial do prazo decadencial?

Em sendo uma norma declarada inconstitucional pelo STF, a situação apresenta-se correlata com a prevista no art. 165, inc. III, visto que em ambas (pagamento de tributo em virtude de decisão condenatória cujo teor seja posteriormente derogado e pagamento de tributo

posteriormente declarado constitucional) o pagamento considera-se devido no momento em que é efetuado mas posteriormente, e por evento futuro, passa a ser considerado como indevido.

Para a primeira situação estabelece o art. 168, inc. II, do CTN, que *“o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”* Mas o legislador, quando da promulgação do CTN, não previu expressamente a hipótese, que posteriormente se tornou comum, de haver cobrança de tributos fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

Todavia, a interpretação de uma norma é algo mais complexo do que simples leitura literal e deve ser o art. 168, inc. II do CTN interpretado à luz dos ensinamentos do grande doutrinador Carlos Maximiliano, segundo quem *“Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender, porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém, não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie. Examina o Código, perquirindo das circunstâncias culturais e psicológicas em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais; interpreta a regra com a preocupação de fazer prevalecer e justiça ideal (richtiges Recht); porém tudo procura achar e resolver com a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, proeter ou contra legem”.*

O art. 168, inc III do CTN, mais que estabelecer o direito à restituição de pagamento efetuado em virtude de decisão condenatória que posteriormente tenha sido reformada, anulada, revogada ou rescindida, estabeleceu que, em havendo direito à restituição por força de fato superveniente ao pagamento, o prazo decadencial para o contribuinte requerer repetição do indébito tributário conta-se a partir do evento posterior que tornou o pagamento indevido, e não da data do efetivo recolhimento.

Portanto, entendemos que o direito de pleitear a restituição de tributo pago, em virtude de lei que se

tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou, em caso de controle incidental, quando da promulgação de Resolução do Senado retirando a norma do mundo jurídico, aplicando-se nessa situação, extensivamente, o disposto no arts. 165, III e 168, II do CTN.”

Neste aspecto, clama a Fazenda Pública pela revisão da decisão para considerar decaído o direito de se pleitear a restituição de parcela do imposto, quando ultrapassados os cinco anos, contados da data de emissão dos documentos fiscais.

A toda evidência, a regra de decadência não comporta interpretação literal e linear, sendo necessário que se faça uma análise mais acurada dos fatos concretos que norteiam o objeto do contencioso administrativo.

No presente caso, ao emitir os documentos fiscais, havia por parte da Requerente a certeza de validade jurídica do ato praticado, o que implicou no cumprimento da obrigação principal.

Posteriormente, o Fisco se contrapõe às remessas de mercadorias em transferência, afirmando tratar-se de simulação de operações.

A lógica conduz ao raciocínio de que, antes da ação fiscal, não haveria a mais remota possibilidade da empresa requerer a restituição do imposto, pois isso lhe seria negado liminarmente.

Recebidas as autuações, a ora Requerente aviou, a tempo e modo, a defesa administrativa, sendo que a primeira delas obteve desfecho desfavorável à Contribuinte no ano de 2005.

Neste caso, o prazo decadencial para requerer a restituição iniciou-se com a decisão administrativa irrecurável, que manteve o lançamento tributário, ensejando, por conseguinte, a autorização para se pleitear o estorno dos débitos do ICMS vinculados às operações definidas pelo Conselho de Contribuintes como operações simuladas.

No contexto dos fatos, ocorreu o reconhecimento dos créditos tributários pela empresa, com os benefícios regulamentados pelo Decreto nº 44.695/07, hipótese em que as impugnações ainda não apreciadas foram consideradas prejudicadas.

Assim, diante de inexistência da decisão administrativa irrecurável, a contagem do prazo decadencial inicia-se com a data de assinatura da transação efetuada entre o Estado de Minas Gerais e a empresa Irmãos Bretas.

Nesta hipótese, a situação se assemelha ao disposto no inciso III do art.165 c/c o prazo previsto no inciso II do art. 168, ambos do CTN.

Muito embora não se trate exatamente de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, cuida-se, na verdade, como já mencionado anteriormente, de uma ação fiscal em que a manutenção do lançamento pelo Conselho de Contribuição se constitui no instrumento que autoriza o pedido e a concessão da restituição, sendo cabível, então, a aplicação do prazo previsto no inciso II do art. 168 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por tudo, dou provimento parcial ao recurso, considerando não decaído o direito de se pleitear a restituição, mas adotando como marco para contagem dos juros restituíveis, a data da presente decisão.

Sala das Sessões, 29 de junho de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Conselheiro

CC/MG