

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.222/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000401857-09
Impugnação: 40.010128879-51
Impugnante: R F Oliveira
IE: 396810854.00-25
Proc. S. Passivo: Luzinete Bragança da Fonseca
Origem: DF/ Governador Valadares

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA – SIMPLES MINAS – RECOLHIMENTO INDEVIDO – PRAZO DECADENCIAL – APLICABILIDADE DO ART. 168 DO CTN. Devidamente comprovado o pagamento indevido a título de recomposição de alíquota do ICMS, é legítimo o direito à restituição dos respectivos valores, não havendo de se falar em transferência do encargo financeiro, pelo que não se aplica o disposto no art. 166 do CTN. No entanto, no caso dos autos, o pedido somente foi apresentado após decorridos 5 (cinco) anos do pagamento indevido, restando extinto o direito à restituição, por força da decadência de que trata o art. 168 do CTN. Impugnação improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de recomposição de alíquota do ICMS, referente ao exercício de 2005, relativamente a aquisições de confecções, calçados e acessórios (bolsas e cintos) em operações interestaduais, cujos fornecedores são indústrias.

Conforme os despachos de fls. 289/290, o Sr. Delegado Fiscal de Governador Valadares indeferiu o pedido, sob o fundamento de que “a restituição do ICMS está condicionada a quem prove haver assumido o seu encargo financeiro ou, caso o tenha transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, conforme previsto no § 3º do art. 92 do RICMS/02 c/c o art. 166 do CTN”.

Inconformado, o Requerente apresenta a Impugnação de fls. 294/295, alegando, em síntese, que em momento algum foi questionada a veracidade dos valores indevidamente pagos por ele, motivo pelo qual faz jus à restituição, até porque se foi ele quem pagou, obviamente foi ele também quem arcou com o respectivo ônus financeiro.

DECISÃO

Como se vê do relatório supra, trata-se de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição de importância indevidamente paga a título de recomposição de alíquota do ICMS, por contribuinte optante pelo Simples Minas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registre-se, inicialmente, que não há nos autos qualquer discussão acerca do pagamento indevido, cabendo assinalar, a propósito, que o ora Impugnante instruiu o pedido com cópias das notas fiscais de aquisição, DAPIs e DAE, além de outros documentos comprobatórios do fato.

A matéria já foi apreciada reiteradas vezes pelo CC/MG, existindo vários precedentes a respeito, cujo entendimento majoritário é que, nos casos de recomposição de alíquota por contribuintes optantes pelo extinto Simples Minas, não há repercussão jurídica do encargo financeiro, pelo que não se aplica aos mesmos a regra do art. 166 do CTN. Neste sentido, confira-se a ementa do Acórdão nº 18.357/09/2ª:

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA – SIMPLES MINAS – RECOLHIMENTO INDEVIDO – INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO FINANCEIRO – ART. 166 DO CTN – INAPLICABILIDADE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS A TÍTULO DE RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA DE ICMS, EM DECORRÊNCIA DA AQUISIÇÃO DE ARTIGOS E ACESSÓRIOS DO VESTUÁRIO, POR CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES MINAS. DEVIDAMENTE COMPROVADO O RECOLHIMENTO INDEVIDO, LEGÍTIMO É O DIREITO À RESTITUIÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES, NÃO SE APLICANDO, À ESPÉCIE, O DISPOSTO NO ART. 166 DO CTN, EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO FINANCEIRO. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

Sendo exatamente esta a matéria em discussão, verifica-se que, de fato, tem razão o Impugnante ao contestar o despacho de indeferimento de seu pedido, uma vez que na hipótese de recomposição de alíquota não há de se falar em aplicação do disposto no art. 166 do CTN.

Ocorre, no entanto, que, no caso concreto, o pedido do interessado somente foi protocolizado em 27/12/10 (conforme carimbos de autenticação dos DAE de fls., 10/26, bem como informação sobre a data do protocolo constante do despacho de fls. 290), portanto, após decorridos 5 (cinco) anos dos pagamentos indevidos.

Com efeito, verifica-se que os pagamentos se deram ao longo do exercício de 2005, sendo que o último deles foi efetuado em 26/12/05.

Assim, não obstante verificar-se o pagamento indevido, o direito à restituição já se encontrava extinto quando apresentado o pedido, por força da decadência de que trata o art. 168 do CTN c/c o disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/05, *verbis*:

CTN, 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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário.

LC 118/05, art. 3º:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Portanto, ainda que por outro fundamento que não aquele constante do mencionado despacho do Sr. Delegado Fiscal, correto é o indeferimento do pedido, porquanto protocolizado quando já extinto o direito à restituição.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente a impugnação tendo em vista que o pedido foi protocolado após 5 (cinco) anos do pagamento indevido. Vencido, em parte, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, que julgava parcialmente procedente a impugnação por apenas considerar decaído o direito à restituição pleiteada na forma da Lei Complementar nº 118/05. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 03 de junho de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Raimundo Francisco da Silva
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.222/11/2^a Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000401857-09
Impugnação: 40.010128879-51
Impugnante: R F Oliveira
IE: 396810854.00-25
Proc. S. Passivo: Luzinete Bragança da Fonseca
Origem: DF/Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, 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 contagem e aplicação do instituto da prescrição ao caso em epígrafe.

A disposição constante da parte final do art. 4º da LC 118/05 não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, ao buscar atribuir aplicação retroativa ao art. 168, I do Código Tributário Nacional, por considera-lo meramente interpretativo.

Inicialmente cabe considerar que o citado artigo do Código Tributário Nacional, em que pese a disposição encartada na LC 118/05 atribuindo a ela a função de interpretar o art. 168, I do CTN, não pode ser considerada de forma automática.

A LC 118/05 tem em si cunho prescritivo determinando e impondo uma conduta a ser observada pelo intérprete.

Ao prescrever tal conduta, a lei então não pode ser assim considerada meramente interpretativa, e assim não sendo possível a aplicação retroativa das disposições por ele postas, conforme pretendido pelo art. 106 do Código Tributário Nacional.

O STJ em diversas oportunidades já veio a se pronunciar acerca do assunto, entendendo assim pela inaplicabilidade da parte final do art. 4º da LC 118/05:

AI NOS ERES 644736 / PE
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS EMBARGOS
DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
2005/0055112-1 CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI
INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A
REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA
MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO
SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART.4º, NA
PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. SOBRE O TEMA RELACIONADO COM A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO, A JURISPRUDÊNCIA DO STJ (1ª SEÇÃO) É NO SENTIDO DE QUE, EM SE TRATANDO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, O PRAZO

DE CINCO ANOS, PREVISTO NO ART. 168 DO CTN, TEM INÍCIO, NÃO NA DATA DO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO INDEVIDO, E SIM NA DATA DA HOMOLOGAÇÃO – EXPRESSA OU TÁCITA - DO LANÇAMENTO. SEGUNDO ENTENDE O TRIBUNAL, PARA QUE O CRÉDITO SE CONSIDERE EXTINTO, NÃO BASTA O PAGAMENTO: É INDISPENSÁVEL A HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO, HIPÓTESE DE EXTINÇÃO ALBERGADA PELO ART. 156, VII, DO CTN. ASSIM, SOMENTE A PARTIR DESSA HOMOLOGAÇÃO É QUE TERIA INÍCIO O PRAZO PREVISTO NO ART. 168, I. E, NÃO HAVENDO HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA, O PRAZO PARA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO ACABA SENDO, NA VERDADE, DE DEZ ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR.

2. ESSE ENTENDIMENTO, EMBORA NÃO TENHA A ADESÃO UNIFORME DA DOUTRINA E NEM DE TODOS OS JUÍZES, É O QUE LEGITIMAMENTE DEFINE O CONTEÚDO E O SENTIDO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM A MATÉRIA, JÁ QUE SE TRATA DO ENTENDIMENTO EMANADO DO ÓRGÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUE TEM A ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE INTERPRÉTÁ-LAS.

3. O ART. 3º DA LC 118/2005, A PRETEXTO DE INTERPRETAR ESSES MESMOS ENUNCIADOS, CONFERIU-LHES, NA VERDADE, UM SENTIDO E UM ALCANCE DIFERENTE DAQUELE DADO PELO JUDICIÁRIO. AINDA QUE DEFENSÁVEL A 'INTERPRETAÇÃO' DADA, NÃO HÁ COMO NEGAR QUE A LEI INOVOU NO PLANO NORMATIVO, POIS RETIROU DAS DISPOSIÇÕES INTERPRETADAS UM DOS SEUS SENTIDOS POSSÍVEIS, JUSTAMENTE AQUELE TIDO COMO CORRETO PELO STJ, INTÉRPRETE E GUARDIÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL.

4. ASSIM, TRATANDO-SE DE PRECEITO NORMATIVO MODIFICATIVO, E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVO, O ART. 3º DA LC 118/2005 SÓ PODE TER EFICÁCIA PROSPECTIVA, INCIDINDO APENAS SOBRE SITUAÇÕES QUE VENHAM A OCORRER A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA.

5. O ARTIGO 4º, SEGUNDA PARTE, DA LC 118/2005, QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA DO SEU ART. 3º, PARA ALCANÇAR INCLUSIVE FATOS PASSADOS, OFENDE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES (CF, ART. 2º) E O DA GARANTIA DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI).

6. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA.

Portanto, a fixação dos critérios para contagem do prazo prescricional aplicáveis ao pedido de restituição expresso pelo art. 168, I do CTN, com a edição da LC 118/05 deverá observar a regra disposta na primeira parte do art. 4º da própria LC, devendo aguardar o prazo de 120 (cento e vinte) dias da publicação da Lei, momento em que passará a ser dotada de eficácia, validade e vigor, surtindo os efeitos pretendidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, considerando inaplicável ao caso vertente o art. 168, I do CTN com sua nova redação atribuída pela LC 11/05 de forma retroativa, é que julga-se parcialmente procedente o pedido, para determinar a restituição dos valores pretendidos e indevidamente recolhidos até o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da publicação da LC 118/05.

Sala das Sessões, 03 de junho de 2011.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Conselheiro**

CC/MIG