

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.243/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001011952-96
Impugnação: 40.010140336-07
Impugnante: Acol Distribuidora de Combustíveis Ltda.
IE: 040337322.00-44
Proc. S. Passivo: Emiliano Fernandes Bernardes/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/ST, em virtude da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4171, relativamente a dispositivos do Convênio ICMS 110/07. Contudo, tendo sido expressamente modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e não estando por eles alcançadas as operações objeto do presente pedido de restituição, não restou configurado o indébito tributário, sendo incabível o deferimento do pleito formulado.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente, empresa que atua no comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, estabelecida neste estado, pleiteia da Fazenda Pública Estadual a restituição da importância de R\$ 9.729,94 (nove mil, setecentos e vinte e nove reais e noventa e quatro centavos), atualizada com base na Taxa Selic, recolhida a título de ICMS/ST.

Em seu pedido de restituição, informa que recolheu a importância acima mencionada por força de dispositivos constantes do Convênio ICMS 110/07, os quais foram posteriormente havidos como inconstitucionais pelo E. Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4171.

Referido pedido de restituição foi instruído com a cópia reprográfica da mencionada ADI (fls. 22 a 87) e com o documento intitulado “Relatório de Saídas Interestaduais e Recolhimento do ICMS – Convênio 110/07” (fl. 89), relativamente ao período de 01/01/11 a 31/12/11.

A Requerente instrui o seu pedido também com cópias reprográficas de telas do Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis (SCANC), em que estão consignadas, no referido período, as saídas interestaduais do produto B100 (biodiesel) misturado ao óleo diesel (fls. 90/139).

A Delegacia Fiscal de Uberaba (fl. 144), com base no Parecer Fiscal de fls. 142/143, indeferiu o presente pleito. Para fundamentar a sua decisão, a Autoridade

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fiscal esclarece que a declaração de inconstitucionalidade a que se refere o presente pedido de restituição, decidida em 2015, teve seus efeitos modulados, sendo postergada a eficácia por seis meses após a publicação do respectivo acórdão, não alcançando, portanto, o período em que ocorreram as operações em questão.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente, Impugnação às folhas 148/159, na qual reitera que a ADI 4171 declarou a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/07.

Neste sentido, destaca que tal decisão opera efeito *erga omnes*, razão pela qual a manutenção dos recolhimentos efetuados importaria bitributação.

Assevera ainda que, a par de alcançar a todos, e não apenas às partes do processo, a decisão de que se cuida também opera efeitos retroativos (*ex tunc*) desde o momento de produção da norma havida por inconstitucional.

Ao final, pede seja julgada procedente a sua impugnação.

O Fisco retorna aos autos e refuta as alegações da Requerente.

Em manifestação fiscal de fls. 209/213, reitera que a eficácia da decisão veiculada na ADI 4171 não alcança as operações objeto do presente pleito, haja vista que o E. Supremo Tribunal Federal houve por bem modular os efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade.

Para comprovar sua afirmação, além de transcrever a decisão proferida no citado julgado, o Fisco cuidou de juntar o Ofício nº 98/2016/CONFAZ/MF-DF, de 22 de fevereiro de 2016, em que o Presidente do CONFAZ informa ao STF a aprovação e publicação do Convênio ICMS nº 08/16 (fl. 215), que altera o Convênio ICMS 110/07 com a finalidade de atender às recomendações daquele E. Supremo Tribunal Federal.

Por fim, pede que a impugnação seja julgada improcedente, mantendo-se o indeferimento do pedido de restituição.

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição de valor pago a título de ICMS/ST, exigido com fundamento no Convênio ICMS 110/07.

Dúvida não há acerca do fato de que a restituição de tributos está prevista na lei tributária como um direito do sujeito passivo e que a devolução do indébito é um dever de ordem pública.

O Código Tributário Nacional (CTN), ao disciplinar a repetição de indébito (art. 165 a 169) dispõe que o sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, a restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento. Contudo, para se efetivar a restituição é necessário a comprovação de que o pagamento não era devido ou foi feito em montante maior que o devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Incumbe ainda, para fins de efetivação da repetição do indébito, que seja demonstrada a legitimidade da Requerente, ou seja, a sua aptidão para pleitear a restituição do montante indevidamente recolhido a título de tributo.

No caso em apreço, consoante acima exposto, a controvérsia reside primordialmente na discussão em torno da caracterização ou não do indébito tributário.

A Requerente fundamenta seu pedido na decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4171, de 2015, no âmbito da qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/07.

Embora construa sua argumentação valendo-se da regra geral atinente à declaração da inconstitucionalidade das normas, não lhe assiste razão no caso em apreço.

Com efeito, em que pese o fato de que tal declaração, de ordinário, disponha de eficácia retroativa à data de edição da norma havida por inconstitucional, uma vez que não se cogita de figura da “*inconstitucionalidade superveniente*”, esta regra geral encontra ressalva nas hipóteses em que o próprio Supremo Tribunal Federal, de modo expresse, decida em sentido diverso.

No caso específico da ADI 4171, aprouve ao Egrégio Tribunal deliberar pela modulação dos efeitos, nos termos constantes do referido acórdão, *in verbis*:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora), julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110, de 28 de setembro de 2007, com a redação conferida pelo Convênio ICMS 136, de 5 de dezembro de 2008, vencidos os Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia, que julgavam improcedente o pedido. Por maioria e nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora), modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com eficácia diferida por 6 (seis) meses após a publicação do acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava. Não votou a Ministra Rosa Weber por suceder à Ministra Ellen Gracie (Relatora). Impedido o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 20 de maio de 2015.

RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E REDATOR DO ACÓRDÃO (grifou-se)

Como bem assinalado pela Fiscalização, o diferimento da eficácia da mencionada decisão deu-se em decorrência da argumentação desenvolvida pela Eminente Ministra Ellen Gracie, que, a despeito de reconhecer a desconformidade da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

norma impugnada com o texto da Constituição da república, assim pronunciou-se em seu voto:

“Todavia, é preciso considerar que o reconhecimento da invalidade do “estorno mediante recolhimento”, no bojo da sistemática de tributação adotada para os combustíveis, implicará prejuízo aos estados sedes das distribuidoras que não sejam ao mesmo tempo sede das usinas e local de consumo de combustível final. Estes estados sede de distribuidoras não conseguirão mais se ressarcir do ônus suportado. De um lado, sofrerão dedução do valor correspondente ao ICMS-diferido relativo ao álcool (AEAC) e ao biodiesel (B5) e, de outro, não receberão o repasse do ICMS sobre a gasolina C e sobre o óleo diesel B5. Por isso, proponho a modulação temporal dos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade a fim de que a presente decisão tenha eficácia a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, tempo em que poderão os estados adotar modelo diverso e que não gere a distorção demonstrada”. (Grifou-se).

Resulta comprovado, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade no caso em apreço não alcança as operações objeto do presente pedido de restituição.

Nesta perspectiva, descabe cogitar de indébito tributário, razão pela qual desnecessário se torna o enfrentamento da questão da legitimidade da Requerente à luz do comando contido no art. 166 do CTN, segundo o qual 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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Alexandre Périssé de Abreu e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2016.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator**