

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.497/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001422972-04
Impugnação: 40.010147103-74
Impugnante: Datamed Instrumentos Científicos e Médicos Ltda.
CNPJ: 38.658399/0001-75
Proc. S. Passivo: João Henrique Galvão/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR. Devidamente comprovado o recolhimento em duplicidade do ICMS e que não ocorreu a transferência do encargo financeiro em dobro aos adquirentes, não se aplica o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, sendo legítimo o direito à restituição da parcela indevidamente recolhida ao Tesouro Estadual. Impugnação parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documentos de fls. 02/05, a restituição dos valores pagos a título de ICMS no período compreendido entre janeiro de 2010 e julho de 2014, ao argumento de que teria ocorrido a duplicidade nos recolhimentos.

A Administração Fazendária, em despacho de fls. 17, indeferiu o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 22/33, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 41/47.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 53, o qual é cumprido pela Impugnante às fls. 57/63 com juntada de documentos às fls. 64/319.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 326/333.

Em sessão realizada em 12/02/20, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de documento, sendo os mesmos devolvidos ao Representante da Impugnante nessa sessão de julgamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pela Conselheira Cindy Andrade Moraes, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 18/02/20, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Erick de Paula Carmo (Relator) e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo, que julgavam parcialmente procedente a impugnação para conceder o direito à restituição do valor comprovadamente recolhido em duplicidade a título de ICMS operação própria, limitado ao valor do ICMS recolhido por substituição tributária,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

corrigido pela taxa Selic na forma do art. 406 do CC, exceto em relação às operações destinadas a contribuintes do ICMS. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ubirajara Lima Neto e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta.

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos a título de ICMS no período compreendido entre janeiro de 2010 e julho de 2014, ao argumento de que teria ocorrido a duplicidade nos recolhimentos.

Segundo a Requerente, houve o recolhimento do ICMS por substituição tributária na entrada dos produtos e, inadvertidamente, o destaque do tributo nas notas fiscais de venda das mesmas mercadorias, gerando a duplicidade no pagamento quando finalizada sua apuração mensal.

A Fiscalização em manifestação nos autos, aduz que o pedido foi indeferido sob os seguintes argumentos: *1) vendas realizadas em maio/2013, cujo prazo para pleitear restituição já está decaído; 2) vendas realizadas a não contribuintes do imposto, nas quais a requerente não apresentou ao fisco autorização dos destinatários que na condição de consumidores finais, ou “contribuintes de fato”, assumiram o encargo financeiro do ICMS, nos termos do artigo 30 do RPTA/08; e, 3) vendas realizadas para contribuintes do imposto no qual o destaque do ICMS está correto.*

Irresignada com o indeferimento do pleito, a Impugnante afirma não ter ocorrido a decadência relativa ao mês de maio de 2013, calcada no disposto nos arts. 165 e 168 do CTN – Código Tributário Nacional, ainda, imprópria a negativa da restituição com fulcro no art. 30 do RPTA, uma vez relacionada com a duplicidade no pagamento do imposto. Por fim, requer a correção do indébito pela taxa Selic.

Na busca da verdade material, a 3ª Câmara de Julgamento exara medida para que a Requerente: *“...traga aos autos demonstração e provas do recolhimento em duplicidade (ICMS/ST sobre as entradas e ICMS da operação própria nas saídas) sobre as mesmas mercadorias, e, se for o caso, comprovação do direito a receber o pretenso indébito, considerando o disposto no art. 166 do CTN...”*

A primeira discussão travada nos autos se refere à decadência do direito ao pedido de restituição em relação ao mês de maio de 2013, uma vez constar no requerimento a data de 08/06/18.

O direito ao pedido de restituição consubstanciado nos arts. 165, inciso I e 168, inciso I do CTN, se apresenta da seguinte forma:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

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

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

Conforme a norma regente acima disposta, a extinção do direito ao pleito legitimado no inciso I do art. 165, se opera a partir da data da extinção do crédito tributário, que no presente caso, tem marco de extinção com o pagamento do tributo, nos moldes do inciso I do art. 156 do citado CTN.

No esteio ao entendimento pretendido, o art. 3º da Lei Complementar n.º 118/05, esclareceu que para fins de interpretação do inciso I do art. 168 do 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 do CTN.

Em assim sendo, deve ser considerado como marco homologatório o dia 09 do mês subsequente, data limite para o pagamento mensal do tributo pela Impugnante, nos termos do art. 85, inciso I, alínea “b”, da Parte Geral, do RICMS/02, à época vigente, independentemente do resultado da apuração ter apontado saldo devedor ou credor, e ainda, a data do pedido sob análise em 08/06/18.

Importante ressaltar, o convergente entendimento da Fiscalização no outro processo da mesma Requerente, PTA n.º 16.001428617-54, sobre a mesma matéria:

O artigo 165, inciso I, e o artigo 168, ambos do CTN estabelecem que o direito de pleitear a restituição do tributo pago indevidamente é de 5 anos a contar da extinção do crédito tributário, ou seja, do pagamento do tributo.

Conta-se os prazos para efeitos do ano civil excluindo o primeiro dia e incluindo o do vencimento, nos termos do artigo 132 do Código Civil abaixo transcrito:

(...)

Considerando que a data do protocolo foi de 09/07/2013, excluindo a data do início e incluindo a data final nos termos do artigo acima, podemos considerar procedente o pleito da Impugnante considerando que não houve decadência do seu direito. (Grifou-se)

Por certo, concluiu de forma diversa o Fisco nestes autos, em razão da diferença no resultado da apuração do ICMS do período em questão, saldo devedor naquele e credor neste. Entretanto, não há de ser acolhida essa tese oscilante ao sabor do resultado entre o cotejamento dos documentos com débito e crédito do imposto, sob

pena de desrespeito à citada LC nº 118/05, que demarcou a data do corte para fins de decadência envolvendo tributos sujeitos à homologação.

Diante de todo o acima exposto, não há se acolher a decadência do direito ao pedido de restituição em relação a maio de 2013, restando escorreita a análise integral do pedido.

Quanto ao mérito propriamente dito, a Fiscalização inicialmente propôs o indeferimento com fulcro no art. 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08 e no art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN, que tratam da repercussão do encargo financeiro do tributo ao adquirente do produto.

Assim se posiciona o Fisco na sua manifestação nos autos, quanto ao tema:

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.

(...)

Frise-se, porém, 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.

Importante salientar que a condicionante prevista no citado art. 166, do CTN (autorização ao sujeito passivo, de quem suportou o encargo financeiro do tributo, se for o caso), não se confunde com a possibilidade do “contribuinte de fato” ter o direito de pleitear a restituição, ou seja, não possui o condão de transformar o sujeito alheio à relação jurídica tributária, em parte legítima no requerimento de repetição de indébito.

Diante da negativa do fisco à restituição, fls. 13 a 16, a impugnante teve o direito de trazer aos autos declaração dos destinatários autorizando-o a pleitear a restituição em tela ou de comprovar que assumiu de forma inequívoca o encargo do ICMS/próprio destacado indevidamente nas notas fiscais de venda a

destinatários não contribuintes e, no entanto, não o fez. É dizer também que a impugnante não logrou êxito em carrear provas aos autos que o imposto destacado não onerou o seu preço de venda.

Sendo assim, a Impugnante não possui legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito em tela, pois ela não comprovou os pressupostos do Artigo 166 do CTN, ou seja, ter assumido o ônus do destaque indevido do ICMS/próprio, ou, ter autorização expressa dos destinatários das notas fiscais.

Considerando que o presente PTA trata de pedido de restituição de tributo comprovadamente pago em duplicidade, o cerne da questão posta pelo Fisco cinge-se em discutir se há necessidade de se exigir a autorização do contribuinte “de fato” para se promover a restituição ao contribuinte de direito, a teor do disposto no art. 166 do CTN.

Apesar da complexidade que o tema relativo à restituição de tributos encerra no estudo do Direito Tributário, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que o Código Tributário Nacional acolheu no campo do Direito Tributário conceito tradicionalmente adotado pelas Ciências das Finanças e da Economia para classificar os tributos em indiretos ou diretos, na medida em que os respectivos encargos financeiros sejam ou não suportados pelos chamados contribuintes de fato ou de direito.

É que, em última análise, o encargo financeiro relativo a todos os tributos nas regras de mercado é direta ou indiretamente repassado aos adquirentes dos bens, mercadorias e serviços, não obstante a ausência de um critério seguro para se definir juridicamente quais são os tributos “*que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro*”.

Nesse sentido, o magistério de Sacha Calmon (Curso de Direito Tributário – 9ª ed., Forense, RJ, 2006, 2ª t., p. 815/817), para quem:

“(....) a teoria da translação do ônus fiscal, bem estudada em seu aspecto econômico na Ciência das Finanças, é extremamente complexa. Os financistas são unânimes na assertiva de que todos os tributos incidentes sobre organizações econômicas, inclusive o imposto de renda e os patrimoniais, são trasladáveis mediante o mecanismo dos preços e dos contratos. De igual modo, muita vez, as condições de mercado, estruturais ou conjunturais, forçam os agentes econômicos ao fenômeno da absorção dos custos fiscais.

.....
Quando o CTN se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos que, pela sua constituição jurídica, são feitos

para obrigatoriamente repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é jurídica. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla.”

No âmbito jurisprudencial, também há muito o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre o assunto, como afirmado na manifestação do Fisco nos presentes autos. Primeiro, por meio da Súmula nº 71, editada em 1963, portanto, antes mesmo do Código Tributário Nacional, segundo a qual era incabível a restituição de tributos indiretos, mesmo havendo pagamento indevido. Posteriormente tal entendimento foi modificado, com a edição da Súmula nº 546, cujo verbete é o seguinte:

CABE A RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO PAGO INDEVIDAMENTE, QUANDO RECONHECIDO POR DECISÃO, QUE O CONTRIBUINTE *DE JURE* NÃO RECUPEROU DO CONTRIBUINTE *DE FACTO* O *QUANTUM* RESPECTIVO.

Há decisões dessa Casa na mesma linha e para situações idênticas, vale dizer, quando há duplicidade de recolhimento do imposto, um por antecipação a título de substituição tributária e outro pelo regime normal de débito/crédito.

E o fundamento para a tomada dessa decisão é que o aspecto material de incidência do ICMS é o mesmo para as duas situações. Cumpre ressaltar, no caso concreto, a imposição do regime de substituição tributária pelo estado na entrada de mercadoria refere-se ao fato gerador da operação de saída da mercadoria, operação subsequente.

Portanto, só há um fato gerador. Evidentemente que o aspecto temporal, ou seja, o momento em que considera ocorrido, finalizado o fato gerador não é o mesmo.

Na verdade, e ainda que a restituição pleiteada refira-se à venda efetivada sob o regime débito/crédito, o adquirente consumidor sofreu o ônus normal do tributo embutido no preço total da mercadoria recolhido por substituição tributária.

É que o adquirente nada pagou indevidamente já que não se cogita de anulação da operação ocorrida, mas sim de nova exigência de ICMS/ST pela entrada das mesmas mercadorias.

E reforce-se, o adquirente não sofreu a repercussão duas vezes, já que no recolhimento antecipado exigido pelo Fisco não houve nova operação de venda para os adquirentes.

Assim, hipoteticamente, no pagamento do ICMS a título de substituição tributária pela entrada, com a utilização da MVA para o produto, caberia o abatimento do valor que seria oferecido à tributação na saída (duplicidade), num mero exercício aritmético.

Com essas considerações fica evidente que a compensação no caso dos autos (no sentido de dedução, subtração, diminuição) impõe-se, é obrigatória. Logo, não é uma faculdade ou liberalidade da Câmara de Julgamento do CC/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelo resultado alcançado pelo Despacho Interlocutório emanado da 3ª Câmara, se conclui pela ocorrência dos dois recolhimentos sobre uma mesma transação comercial, um na entrada por substituição tributária e outro na apuração da saída efetiva, com o débito lançado no documento fiscal da venda.

Assim, no caso do pedido de restituição tratado nesse PTA, como já informado, ocorreram dois pagamentos e em dois momentos, mas para apenas um fato gerador, gerando um pagamento em duplicidade e somente uma repercussão “legítima”.

Nessa toada, há de se devolver a parcela não pertencente ao erário mineiro, porquanto, a destacada em duplicidade no documento fiscal como operação própria do Contribuinte vendedor, ora Impugnante, no limite do que foi recolhido quando calculada a substituição tributária.

Desse modo, considerando a existência de recolhimentos em duplicidade, tem-se que um deles está escorrido e o outro não, devendo este equivocado (indébito) ser ressarcido ao Contribuinte.

Para a comprovação da duplicidade deve-se observar os valores extraídos das mídias eletrônicas apresentadas pela Impugnante, comparados com os arquivos da escrituração transmitida mensalmente e o pertinente recolhimento do ICMS por substituição tributária.

E essa ponderação se consubstancia: primeiro, no simples recolhimento em duplicidade, ICMS/ST e ICMS pelo sistema normal de débito e crédito, conforme acolhido pela Fiscalização após o resultado da medida; e segundo, por ter sido calculado pela sistemática da substituição tributária e sendo esta, à época dos fatos geradores considerada definitiva, de conformidade com a legislação vigente, § 10 do art. 22 da Lei nº 6.763/75 com vigência até 30/06/17, não cabendo complementação e/ou devolução de valores.

Por óbvio, identificando a Fiscalização a inoportunidade da duplicidade de recolhimento relativo à determinada mercadoria, não há que se discutir o indébito.

Ainda, sopesado o recolhimento do ICMS por substituição tributária em patamares inferiores aos estabelecidos na legislação regente à época, não haverá completude na duplicidade, cabendo os ajustes compatíveis, como por exemplo, algum relacionado aos valores cuja tributação na saída, atinge valores superiores àqueles calculados por substituição tributária pelas entradas.

Tem-se nesse caso, que a parcela do imposto debitado na emissão da nota fiscal de saída para uma determinada mercadoria, excedente àquela apurada por substituição tributária, além de não ser considerada duplicidade, repercute isoladamente na forma do art. 166 do CTN, conforme alhures trabalhado, carecendo de autorização de quem assumiu o ônus tributário para que outrem o receba em restituição.

Entretanto, esse mesmo entendimento não se amolda aos casos do indeferimento do pedido em relação às remessas para contribuintes de outras unidades da Federação, de mercadorias sujeitas à apuração do ICMS por substituição tributária, um vez discriminado na legislação regente a responsabilidade do remetente como

substituto e, nesse caso, ao estado de destino é calhado o tributo, carecendo esta hipótese de pedido diverso do analisado nesses autos, pela inocorrência do fato gerador presumido.

Nesse intento, agiu corretamente a diligente agente do Fisco mineiro para esses casos, e aduz na sua manifestação: “Para as operações de saídas destinadas a contribuintes do imposto, caberá a Impugnante pedir o ressarcimento do ICMS-ST considerando que as vendas não ocorreram dentro de Minas Gerais, previstas no artigo 23, I, Anexo XV do RICMS/02. Este processo será instruído e analisado separadamente nos termos da legislação. Quanto ao destaque do ICMS nas operações interestaduais estão corretos, não havendo em que se falar em restituição dos mesmos.”

Destarte, quando restar caracterizado o recolhimento do imposto em duplicidade nas remessas para não contribuintes do tributo, dentro ou fora do estado, deve-se devolver a quantia indevidamente recolhida na apuração do ICMS operação própria, no limite do valor duplicado, sob pena de enriquecimento ilícito do estado.

A Impugnante solicita, além da devolução dos valores indevidamente recolhidos, a aplicação da Taxa Selic sobre os valores apurados.

No entanto, com o devido respeito aos entendimentos em contrário, não se vislumbra na legislação vigente elementos que autorizem a correção das importâncias pagas pela Taxa Selic, por mais próximo do racional que esta medida possa sugerir.

A possibilidade de restituição do indébito tributário com algum tipo de correção é tratada nos art. 167 do CTN, nos seguintes termos:

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. (Grifou-se)

Importante observar que o parágrafo único do art. 167 supra, prevê apenas a incidência dos juros e a partir do trânsito em julgado, mas nem menciona a atualização monetária dos valores pagos indevidamente quando da restituição de tributos e multas.

Já a legislação tributária mineira, nos dispositivos que tratam da repetição do indébito, art. 92 do RICMS/02 e arts. 28 a 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, não traz nenhuma previsão para aplicação da Taxa Selic ou de qualquer outro índice para atualização do valor a ser restituído. Confira-se:

RICMS

Art. 92. A importância indevidamente paga aos cofres do Estado, a título de ICMS, será restituída sob a forma de aproveitamento de crédito, para compensação com débito futuro do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto, mediante requerimento do contribuinte, instruído na forma prevista na legislação tributária administrativa estadual.

RPTA

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária ou no Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST a que estiver circunscrito, indicando as informações relativas ao recolhimento indevido e, sempre que possível, o valor a ser restituído.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo o interessado:

I - instruirá o requerimento com:

a) cópia do comprovante de recolhimento indevido, se for o caso;

b) documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir;

II - deverá estar em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa para com o Estado, salvo na hipótese de restituição na forma do inciso I do art. 35.

Art. 29. A restituição de valor pago a título de tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, do valor das penalidades, salvo as referentes à infração de caráter formal não prejudicadas pela causa assecuratória da restituição.

Art. 30. A restituição de indébito tributário relativo a tributos que comportem transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove havê-lo assumido, ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Por sua vez, na perspectiva jurisprudencial, duas são as Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a repetição do indébito e a atualização de tal valor, a saber:

SÚMULA 162: NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO, A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDE A PARTIR DO PAGAMENTO INDEVIDO.

SÚMULA 188: OS JUROS MORATÓRIOS, NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO, SÃO DEVIDOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

Nas referidas Súmulas, o STJ diferencia o aspecto temporal para o pagamento da atualização monetária (data do pagamento indevido) e dos juros moratórios (data do trânsito em julgado da sentença que reconhece o indébito).

Com o advento da Lei Federal nº 9.250/95, o STJ passou a adotar um mesmo marco temporal para correção monetária e juros moratórios, conforme as

disposições dessa lei, isso em relação aos tributos federais, o que mitigou a aplicação das mencionadas súmulas.

Na oportunidade, o STJ tomou como único marco inicial a data do recolhimento indevido e, utilizou como índice, a Taxa Selic.

Saliente-se que o STJ entende que a Taxa Selic compreende tanto a correção monetária quanto os juros moratórios, prescindindo de qualquer outro índice para apuração dessas duas rubricas.

O Acórdão relativo ao Recurso Especial nº 762.754 - MG (2005/0094711-7), da lavra da Ministra Eliana Calmon, atinente a uma execução fiscal promovida pelo estado de Minas Gerais, é ilustrativo do entendimento jurisprudencial, conforme se vê em excerto do julgado:

(...)

APÓS INÚMERAS DIVERGÊNCIAS EM TORNO 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 1º/01/96, 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. 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.

(...)

Pois bem, da decisão transcrita tem-se que a aplicação de legislação federal no âmbito de competência dos estados somente é possível quando há lei estadual autorizando a referida aplicação, e, na hipótese de a legislação estadual ser silente, aplicam-se as regras gerais do Código Tributário Nacional (CTN).

O caso estampado nos autos refere-se a indébito tributário, quantia recolhida indevidamente a título de ICMS, sobre o qual não há qualquer previsão na legislação tributária estadual da adoção da mesma regra disposta na legislação tributária federal, mormente a aplicação da Taxa Selic sobre o recolhimento indevido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que, em relação à mora, o Código Civil estabelece como alguns preceitos a sua caracterização mediante lei ou convenção, art. 394, que o devedor responderá por ela se incorrer em fato ou omissão a ele imputável, art. 396, e ainda, que incorre em mora desde sua prática se as obrigações decorrerem de ato ilícito praticado pelo devedor, art. 398.

Assim, de acordo com esses preceitos, no caso em apreço, somente incorre o estado em mora, proporcionando ao devedor o direito à incidência de juros moratórios, na hipótese de, sendo a questão levada a juízo, ocorrer o trânsito em julgado da decisão definitiva que determinar a restituição, e a partir da data em que esta for proferida.

Importante reportar, que até 29/02/08, constava no § 1º do art. 36 da Lei nº 6.763/75, previsão de correção de importância indevidamente recolhida aos cofres públicos, dispositivo este revogado pelo inciso II, do art. 19 da Lei nº 17.247/07, como segue:

Lei nº 6.763/75

(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.

§ 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.

Lei nº 17.247/07

(...)

Art. 19 Ficam revogados:

(...)

II - a partir do primeiro dia do terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei, os arts. 36 a 38 e o § 1º. do art. 203 da Lei nº 6.763, de 1975, e a Lei nº 13.470, de 17 de janeiro de 2000.

Notório que o legislador trouxe o desiderato de suspender a correção do indébito ao revogar o art. 36 da Lei nº 6.763/75. De se notar que o § 1º do citado dispositivo trazia a expressão: *terá seu valor corrigido segundo os índices fixados para correção dos débitos fiscais estaduais*.

Ao revoga-lo, quedou patente a intenção de que não mais houvesse a correção da restituição equiparada àquela disposta para os débitos fiscais, ao que se confia, fruto de estudo que indicou a necessidade da adequação na legislação.

De se notar que a cobrança dos débitos fiscais deve trazer medidas desencorajadoras do procedimento, visto se encontrar o devedor na posse de valores recebidos de terceiros para repasse ao estado. Já na restituição, medidas reparadoras de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

situações a que os próprios contribuintes deram causa ao indébito, não podendo a sistemática ser cobiçada como motivacional aos desígnios do capital, a ponto de ser mais vantajosa como escolha de aplicação financeira.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 12/02/20. ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, no mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para conceder o direito à restituição do valor comprovadamente recolhido em duplicidade a título de ICMS operação própria, limitado ao valor do ICMS recolhido por substituição tributária, exceto em relação às operações destinadas a contribuintes do ICMS. Vencidos, em parte, os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Relator) e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo, que julgavam parcialmente procedente a impugnação, para ainda, aplicar a correção da restituição pela taxa Selic na forma do art. 406 do CC. Designado relator o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor). Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Alexandra Codo Ferreira de Azevedo, Cindy Andrade Moraes e Erick de Paula Carmo.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2020.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator designado**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.497/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001422972-04
Impugnação: 40.010147103-74
Impugnante: Datamed Instrumentos Científicos e Médicos Ltda
CNPJ: 38.658399/0001-75
Proc. S. Passivo: João Henrique Galvão/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Erick de Paula Carmo, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

No caso, a divergência deste voto vencido em relação ao Acórdão proferido pela 3ª Câmara de julgamento do CCMG se centra, unicamente, na concessão de atualização monetária e juros moratórios, conforme a incidência da taxa SELIC sobre o valor da restituição do indébito tributário deferido à Contribuinte, sob a forma de creditamento em sua conta gráfica de ICMS.

Em que pese a existência do art.1º- F da Lei n. 9.494/97, que estabeleceu os juros moratórios próprios da caderneta de poupança, isto é, o indexador da TR, para os débitos de qualquer sorte contra a Fazenda Pública, a ADI n. 4.357 e a ADI n. 4.425, julgadas em 11/03/13, e com a modulação dos seus efeitos pela decisão de plenário do STF, que foi proferida no dia 25/03/15, em sede de repercussão geral no STF, julgou inconstitucional a fixação dos juros moratórios com base na TR (Taxa Referencial) apenas quanto aos débitos estatais de natureza tributária, conforme se pode perceber de excertos de sua ementa, *in litteris*:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). (...)”

6. A QUANTIFICAÇÃO DOS JUROS MORATÓRIOS RELATIVOS A DÉBITOS FAZENDÁRIOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS SEGUNDO O ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA VULNERA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA (CF, ART.

5º, CAPUT) AO INCIDIR SOBRE DÉBITOS ESTATAIS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, PELA DISCRIMINAÇÃO EM DETRIMENTO DA PARTE PROCESSUAL PRIVADA QUE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO, RESPONDE PELOS JUROS DA MORA TRIBUTÁRIA À TAXA DE 1% AO MÊS EM FAVOR DO ESTADO (EX VI DO ART. 161, §1º, CTN). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DA EXPRESSÃO INDEPENDENTEMENTE DE SUA NATUREZA, CONTIDA NO ART. 100, §12, DA CF, INCLUÍDO PELA EC Nº 62/09, PARA DETERMINAR QUE, QUANTO AOS PRECATÓRIOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, SEJAM APLICADOS OS MESMOS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE TODO E QUALQUER CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

7. O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09, AO REPRODUZIR AS REGRAS DA EC Nº 62/09 QUANTO À ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E À FIXAÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS DE CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS INCORRE NOS MESMOS VÍCIOS DE JURIDICIDADE QUE INQUINAM O ART. 100, §12, DA CF, RAZÃO PELA QUAL SE RÉVELA INCONSTITUCIONAL POR ARRASTAMENTO, NA MESMA EXTENSÃO DOS ITENS 5 E 6 SUPRA.

(SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

DESTARTE, A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FOI CLARA NO SENTIDO DE QUE O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09, NÃO FOI DECLARADO INCONSTITUCIONAL POR COMPLETO. ESPECIFICAMENTE QUANTO AO REGIME DOS JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE AS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA CORTE FOI A SEGUINTE:

QUANTO AOS JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES ORIUNDAS DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA, DEVEM SER APLICADOS OS MESMOS JUROS DE MORA PELOS QUAIS A FAZENDA PÚBLICA REMUNERA SEU CRÉDITO TRIBUTÁRIO; (...). (GRIFO NOSSO)

Na decisão de mérito ainda ficou consignada a aplicação isonômica da taxa SELIC para a atualização monetária das condenações oriundas de relação jurídico-tributária contra a Fazenda Pública, sendo que nos exatos termos do **§ 2º do art. 102 da CF/88**, “*as decisões de mérito, proferidas pelo STF, nas ADIs e nas ADCs, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*” Portanto, desde o dia 25/03/15, quando houve a modulação dos efeitos da ADI n. 4.357 e da ADI n. 4.425, os juros moratórios da taxa SELIC para os débitos contra a Fazenda Pública Estadual, tal como ocorre com a hipótese de restituição do indébito tributário, já são incontroversos e com efeito vinculante para a administração pública direta, na esfera estadual, que abrange este Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, uma vez que é órgão público subordinado à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG).

Segundo nossa vertente interpretativa, mesmo no período que entremeou a declaração de inconstitucionalidade, em decisão de mérito, e a modulação dos efeitos da decisão da ADI n. 4.357 e n. 4.425 pelo plenário do STF, o fato é que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, que teve sua redação textual alterada pela Lei n. 11.960/09, apesar de ainda não gozar dos efeitos *erga omnes* e do efeito vinculante, houve a criação de lacuna normativa, quanto à regulação dos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza tributária contra a Fazenda Pública e, de conseguinte, se possibilitou a atração da regra do **art. 406 do Código Civil/2002**, que já permitia a aplicação subsidiária da taxa SELIC, nas hipóteses de inexistência de lei estipuladora dos juros moratórios cabíveis.

Calha neste ensejo se transcrever a literalidade da redação textual do **artigo 406 do Código Civil de 2002**, *in verbis*:

Art. 406 do Código Civil de 2002. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional."

No tocante à controvérsia suscitada durante a sessão de julgamento do presente PTA, inicialmente, não se cuida de inobservância do art. 110, II, do RPTA mineiro, vez que não houve aplicação de equidade ao caso concreto, mas de aplicação da norma geral do art. 406 do CC/2002, malgrado o período autuado seja anterior à produção de efeitos vinculantes da decisão do STF na ADI n. 4.357 e n. 4.425, ou seja, a partir do dia 25/03/15.

Com relação ao art. 167 do CTN, no seu bojo, há previsão explícita para a aplicação dos juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar, logo, isso apenas significaria, **em tese**, que a partir da formação da coisa julgada administrativa da restituição do indébito do imposto estadual seriam devidos juros moratórios pela taxa SELIC, conforme a decisão soberana e vinculante das ADIs n. 4357 e n. 4425 no STF, que claramente substitui a previsão legal dos juros moratórios contra a Fazenda Pública Estadual até o advento de lei instituidora da aludida taxa de juros moratórios.

Consoante a regra hermenêutica de que não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue, fica patente que não existe previsão na redação textual do art. 167 do CTN, de que não serão deferidos juros moratórios ao contribuinte que deixa de formular pedido formal de sua aplicação em petição administrativa de restituição do indébito tributário.

Nada obstante, o argumento principal é de que esse entendimento de aplicação do parágrafo único do art. 167 do CTN já resta superado pelo Colendo STJ, que o encara como lacuna normativa, porquanto no âmbito dos tributos federais, prevalece a regulação normativa dos juros moratórios pela taxa SELIC para a restituição do indébito tributário, segundo o comando do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, desde 01/01/96, *in litteris*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“**Art.167 do CTN.** 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.39 da Lei n. 9.250/1995. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

§ 4º. A partir de 1º 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.”

Portanto, por intermédio de interpretação isonômica (emparelhamento dos entes políticos da Federação Brasileira) e analógica (norma programática de juros moratórios para a restituição do indébito tributário), o C. STJ (**REsp n. 1.111.189-SP e REsp n. 879.844-MG** – excertos alhures) consolidou que para o pedido de restituição para os tributos estaduais e municipais, incidem juros moratórios de 1% ao mês, a não ser que o legislador estadual, utilizando da reserva de competência do § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

E, foi exatamente o que fez o legislador mineiro, quando erigiu a norma do **art. 226 da Lei n.6.763/75** para os tributos estaduais, sobre os quais incide a taxa SELIC, desde o dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, *in litteris*:

“**Art. 226 da Lei n. 6.763/75. (Efeitos a partir de 07/08/2003)** 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.**” (grifo nosso)

Segundo o entendimento do STJ, o art. 226 da Lei n. 6.763/75 substituiria como norma jurídica especial e analógica o parágrafo único do art. 167 do CTN, até mesmo porque a parte final do aludido dispositivo legal extrai seu fundamento de

validade do critério objetivo de cobrança dos débitos fiscais federais, o que autoriza o referido emparelhamento isonômico dos entes federativos estaduais ao ente federal.

É imperioso gizar que os dois precedentes judiciais do STJ serviram de substrato para a consolidação de sua jurisprudência na **Súmula n. 523 do STJ** (publicada no DJe em 27/04/2015) reproduzida integralmente abaixo:

“SÚMULA N. 523 DO STJ. A TAXA DE JUROS DE MORA INCIDENTE NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTOS ESTADUAIS DEVE CORRESPONDER À UTILIZADA PARA COBRANÇA DO TRIBUTO PAGO EM ATRASO, SENDO LEGÍTIMA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC, EM AMBAS AS HIPÓTESES, QUANDO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO LOCAL, VEDADA SUA CUMULAÇÃO COM QUAISQUER OUTROS ÍNDICES.” (GRIFO NOSSO)

As ementas do **REsp n. 1.111.189-SP** e do **REsp n. 879.844-MG** são assaz elucidativas e corroboram tudo o que já foi vergastado acima. Confira-se:

“RECURSO ESPECIAL N. 1.111.189-SP (2009/0030752-0)-

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI – JULG. EM 13/05/2009 – PUBL. NO DJE EM 25/05/2009

EMENTA - TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL.

1. RELATIVAMENTE A TRIBUTOS FEDERAIS, A JURISPRUDÊNCIA DA 1ª SEÇÃO ESTÁ ASSENTADA NO SEGUINTE ENTENDIMENTO: NA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS, SEJA POR REPETIÇÃO EM PECÚNIA, SEJA POR COMPENSAÇÃO, (A) SÃO DEVIDOS JUROS DE MORA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO, NOS TERMOS DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN E DA SÚMULA 188/STJ, SENDO QUE (B) OS JUROS DE 1% AO MÊS INCIDEM SOBRE OS VALORES RECONHECIDOS EM SENTENÇAS CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU EM DATA ANTERIOR A 1º.01.1996, PORQUE, A PARTIR DE ENTÃO, PASSOU A SER APLICÁVEL APENAS A TAXA SELIC, INSTITUÍDA PELA LEI 9.250/95, DESDE CADA RECOLHIMENTO INDEVIDO (ERESP 399.497, ERESP 225.300, ERESP 291.257, ERESP 436.167, ERESP 610.351).

2. **RELATIVAMENTE A TRIBUTOS ESTADUAIS OU MUNICIPAIS, A MATÉRIA CONTINUA SUBMETIDA AO PRINCÍPIO GERAL, ADOTADO PELO STF E PELO STJ, SEGUNDO O QUAL, EM FACE DA LACUNA DO ART. 167, § ÚNICO DO CTN, A TAXA DOS JUROS DE MORA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO DEVE, POR ANALOGIA E ISONOMIA, SER IGUAL À QUE INCIDE SOBRE OS CORRESPONDENTES DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS OU MUNICIPAIS PAGOS COM ATRASO; E A TAXA DE JUROS INCIDENTE SOBRE ESSES DÉBITOS DEVE SER DE 1% AO MÊS, A NÃO SER QUE O LEGISLADOR, UTILIZANDO A RESERVA DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO § 1º DO ART. 161 DO CTN, DISPONHA DE MODO DIVERSO.**

3. **NESSA LINHA DE ENTENDIMENTO, A JURISPRUDÊNCIA DO STJ CONSIDERA INCIDENTE A TAXA SELIC NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTOS ESTADUAIS A PARTIR DA DATA DE**

VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DE TAL ENCARGO SOBRE O PAGAMENTO ATRASADO DE SEUS TRIBUTOS.

PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO.

4. NO ESTADO DE SÃO PAULO, O ART. 1º DA LEI ESTADUAL 10.175/98 PREVÊ A APLICAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE IMPOSTOS ESTADUAIS PAGOS COM ATRASO, O QUE IMPÕE A ADOÇÃO DA MESMA TAXA NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.”

“RECURSO ESPECIAL N. 879.844-MG (2006/0181415-0) –

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX - JULG. EM 11/11/2009 – PUBL. NO DJE EM 25/11/2009

EMENTA - TRIBUTÁRIO . RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS.

(PRECEDENTES: AGRG NO AG 1.103.085/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04/08/2009, DJE 03/09/2009; RESP 803.059/MG, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 24/06/2009; RESP 1.098.029/SP, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 29/06/2009; AGRG NO AG 1.107.556/SP, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 1º/07/2009; AGRG NO AG 961.746/SP, REL. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19/05/2009, DJE 21/08/2009)

3. **RACIOCÍNIO DIVERSO IMPORTARIA TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO, PORQUANTO A FAZENDA RESTARIA OBRIGADA A REEMBOLSAR OS CONTRIBUINTES POR ESTA TAXA SELIC, AO PASSO QUE, NO DESEMBOLSO, OS CIDADÃOS EXONERAR-SE- IAM DESSE CRITÉRIO, GERANDO DESEQUILÍBRIO NAS RECEITAS FAZENDÁRIAS.**

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM 22.10.2009, RECONHECEU A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461, CUJO THEMA IUDICANDUM RESTOU ASSIM IDENTIFICADO:

“ICMS. INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM. / TAXA SELIC. APLICAÇÃO PARA FINS TRIBUTÁRIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. / MULTA MORATÓRIA ESTABELECIDADA EM 20% DO VALOR DO TRIBUTO. NATUREZA CONFISCATÓRIA.”

5. NADA OBSTANTE, É CERTO QUE O RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL PELO STF, COM FULCRO NO ARTIGO 543-B, DO CPC, NÃO TEM O CONDÃO, EM REGRA, DE SOBRESTAR O JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS PERTINENTES.

6. COM EFEITO, OS ARTIGOS 543-A E 543-B, DO CPC, ASSEGURAM O SOBRESTAMENTO DE EVENTUAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO, INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STJ OU POR OUTROS TRIBUNAIS, QUE VERSE SOBRE A CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL TENHA SIDO RECONHECIDA PELA EXCELSA CORTE (PRECEDENTES DO STJ: AGRG NOS ERESP 863.702/RN, REL. MINISTRA LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 13.05.2009, DJE 27.05.2009; AGRG NO AG 1.087.650/SP, REL. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 18.08.2009, DJE 31.08.2009; AGRG NO RESP 1.078.878/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 18.06.2009, DJE 06.08.2009; AGRG NO RESP 1.084.194/SP, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 05.02.2009, DJE 26.02.2009; EDCL NO AGRG NOS EDCL NO AGRG NO RESP 805.223/RS, REL. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, JULGADO EM 04.11.2008, DJE 24.11.2008; EDCL NO AGRG NO RESP 950.637/MG, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 13.05.2008, DJE 21.05.2008; E AGRG NOS EDCL NO RESP 970.580/RN, REL. MINISTRO PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, JULGADO EM 05.06.2008, DJE 29.09.2008).

7. DESTARTE, O SOBRESTAMENTO DO FEITO, ANTE O RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO THEMA IUDICANDUM, CONFIGURA QUESTÃO A SER APRECIADA TÃO SOMENTE NO MOMENTO DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO APELO DIRIGIDO AO PRETÓRIO EXCELSO.

8. O ART. 535 DO CPC RESTA INCÓLUME SE O TRIBUNAL DE ORIGEM, EMBORA SUCINTAMENTE, PRONUNCIA-SE DE FORMA CLARA E SUFICIENTE SOBRE A QUESTÃO POSTA NOS AUTOS. ADEMAIS, O MAGISTRADO NÃO ESTÁ OBRIGADO A REBATER, UM A UM, OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELA PARTE, DESDE QUE OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS TENHAM SIDO SUFICIENTES PARA EMBASAR A DECISÃO.

9. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008.” (GRIFO NOSSO)

Partindo-se da premissa de que o pedido de restituição do indébito tributário não precisa necessariamente ser realizado pela via judicial, se o contribuinte optar pelo

uso da via administrativa, acaso haja o seu deferimento pelo órgão público colegiado administrativo, não se exige a validação da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, até mesmo em face do princípio da autoexecutoriedade das decisões e dos atos administrativos. Desta feita, o trânsito em julgado como marco inicial de fruição dos juros moratórios de restituição de indébito tributário somente se aplica se o contribuinte optar pela via judicial, o que não é o caso dos autos.

Por derradeiro, se a extinção do crédito tributário in casu se operou pela compensação de créditos escriturais de ICMS na conta gráfica da Impugnante, conforme se pode verificar pelos extratos das DAPIs juntadas aos autos, não é possível haver a restituição em espécie, porém tão somente o deferimento do creditamento atualizado pela SELIC para compor o saldo credor de sua conta gráfica, vez que é vedado se converter créditos de ICMS em dinheiro, fora das hipóteses estritas detalhadas no Anexo VIII do RICMS/02.

Isto posto, em prejudicial de mérito, não reconheço a decadência do direito de se pleitear a restituição do ICMS, no período postulado, e, no mérito, julgo parcialmente procedente a impugnação do requerente para que se lhe defira o valor do indébito tributário comprovadamente quitados, mediante o creditamento no saldo credor de sua conta gráfica de ICMS, com a correção monetária pela taxa SELIC, *ex vi* do art. 406 do CC, excluindo-se apenas da restituição os valores das 3 Notas Fiscais relacionadas na “situação 2”, alínea “a”, da fl. 15 (verso) da resposta do Fisco pelo indeferimento da restituição.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2020.

**Erick de Paula Carmo
Conselheiro**