

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.121/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000486484-14
Impugnação: 40.010134294-93
Impugnante: Seisan Engenharia e Construções Ltda.
CNPJ: 25.708348/0001-69
Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios/Outro(s)
Origem: DF/BH-1

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS E ACRÉSCIMOS - CONCRETO ASFÁLTICO – SAÍDA DESACOBERTADA – CRÉDITO TRIBUTÁRIO FORMALIZADO – DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. Pedido de restituição de importância paga a título de ICMS, multa de revalidação, multa isolada e juros moratórios, cujas exigências constaram do Auto de Infração nº 01.000168458.79, que teve o lançamento apreciado e confirmado pelo CC/MG, por meio dos Acórdãos nºs 20.472/11/1ª e 3.838/12/CE, em face de defesas interpostas pela Autuada e Coobrigada. Diante da correção das exigências, por estar, à época dos fatos geradores, a operação mercantil sujeita à incidência do ICMS e, ainda, por haver no inciso II, parágrafo único da Lei nº 20.824/13 expressa vedação à restituição de importância paga para o caso em análise, não se reconhece o direito à restituição pleiteada. Correto o indeferimento do pedido. Impugnação improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

Trata de pedido de restituição formulado pela Impugnante que, na condição de responsável solidária pela obrigação tributária exigida no Auto de Infração nº 01.000168458.79, após decisão final no âmbito do CC/MG, por meio dos Acórdãos nºs 20.472/11/1ª e 3.838/12/CE, quitou o crédito tributário, composto de ICMS, multa de revalidação, multa isolada e juros moratórios.

No entanto, por entender que a Lei nº 20.540/12, que alterou o inciso XXIV, art. 7º da Lei nº 6.763/75, incluindo o concreto asfáltico na não incidência do ICMS, tem efeitos retrospectivos por ser uma norma interpretativa, houve o recolhimento indevido da importância pleiteada.

Submetido à apreciação do Delegado Fiscal da DF/BH-1, o pedido foi indeferido por meio do despacho de fls. 87, com base no parecer fiscal de fls. 84/86, sob a fundamentação de que as decisões do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, que mantiveram as exigências fiscais, têm caráter imodificável e irretroatável no âmbito administrativo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, a Impugnação de fls. 91/98, na qual reitera as razões do pedido, acrescentando que os fundamentos e a causa de pedir do presente pleito são diferentes dos arguidos na defesa do PTA nº 01.000168458.79, em face da nova redação do inciso XXIV, art. 7º da Lei nº 6.763/75, introduzida pela Lei nº 20.540, de 15/12/12.

O Fisco, em manifestação de fls. 105/109, ratifica os termos do parecer que fundamentou o indeferimento do pedido e pede que seja julgada improcedente a impugnação.

DECISÃO

Como relatado, trata-se de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição de valores pagos a título de ICMS e correspondentes multa de revalidação, multa isolada e juros moratórios, relativamente à autuação decorrente da constatação de falta de recolhimento de ICMS referente à venda de massa asfáltica (CBUQ) e/ou industrialização para empresa de construção e/ou engenharia, no período de 01/01/05 a 31/07/10, desacobertada de documentação fiscal hábil, tendo em vista a utilização de nota fiscal de prestação de serviços autorizada pelo município.

A autuação foi formalizada por meio Auto de Infração nº 01.000168458.79, que teve o seu mérito apreciado e confirmado por este CC/MG em duas oportunidades, em face de impugnação e recurso interpostos pela Requerente, que figurou no polo passivo da obrigação tributária na condição de Coobrigada. Na primeira sentada, a 1ª Câmara de Julgamento por meio do Acórdão 20.472/11/1ª julgou procedente o lançamento. Inconformada com a decisão, interpôs Recurso de Revisão, que foi negado provimento, mantendo-se a decisão da Câmara *a quo*, Acórdão nº 3.838/12/CE, publicado no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais em 12/05/12.

Esgotada a esfera administrativa, o crédito tributário foi quitado em 11/06/12 pela Requerente, conforme comprovante de fls. 34 dos autos.

Na data de 25/04/13, ou seja, aproximadamente 11 (onze) meses após o pagamento, a Requerente requereu a restituição dos valores pagos em quitação ao crédito tributário consubstanciado no citado Auto de Infração, sob alegação de que o pagamento foi efetuado para que a empresa pudesse obter Certidão Negativa de Débitos para exercer regularmente suas atividades e, ainda, que a alteração introduzida na legislação mineira deixou claro que o ICMS não incide sobre a saída de concreto asfáltico.

No entanto, o indébito tributário suscitado pela Requerente não se verificou, como se verá em seguida, com que o Fisco está correto em indeferir o pedido.

Primeiramente, cabe observar que o argumento da Requerente de que pagou o crédito tributário para obter certidão negativa não é dos mais convincentes, já que, se discordava da exigência imposta pelo Fisco, como tudo indica, pois se utilizou de todas as etapas para recorrer do lançamento no âmbito administrativo, poderia ter se valido do seu direito amplo e irrestrito de recorrer ao Judiciário, com os efeitos suspensivos da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigência do crédito tributário garantidos pelos incisos IV e V, art. 151 do CTN e, obter a competente certidão positiva com efeito negativo:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

Quanto ser devido ou não o ICMS nas operações mercantis de saídas de concreto asfáltico ocorridas à época dos fatos geradores, que ensejaram a lavratura do AI nº 01.000168458.79, é questão que se encontra superada na esfera administrativa em face das decisões deste Conselho de Contribuintes consubstanciadas nos Acórdãos nºs 20.742/11/1ª e 3.838/12/CE.

A outra questão a ser analisada é se os efeitos da alteração na redação do inciso XXIV, art. 7º da Lei nº 6.763/75, introduzida pela Lei nº 20.540 de 15/12/12, são retrospectivos, como quer a Requerente, ora Impugnante, alcançando os fatos geradores pretéritos.

Neste caso, apesar do inciso XXIV fazer parte do art. 7º que se encontra no Capítulo da não incidência, a *mens legis* desse dispositivo é típica de norma isencional, porquanto as operações são de circulação econômica de mercadorias, mas o legislador entendeu que não deva ser exigido o crédito tributário dessas operações. E, como norma de caráter isencional que concede um benefício fiscal, deve ser analisado à luz do que dispõe o art. 111, *in verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

A redação do dispositivo em comento no texto da Lei nº 6.763/75 foi a seguinte, ao longo dos últimos anos:

CAPÍTULO II

Da Não-Incidência

Art. 7º O imposto não incide sobre:

(...)

XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico destinado a obra de construção civil promovida por quem a executa por administração, empreitada ou subempreitada e detenha a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART -, ainda que preparado fora do local da obra; **(Redação dada pela Lei nº 20.824, de 31/07/13).**

Efeitos de 15/12/2012 a 31/07/2013 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 31, ambos da Lei nº 20.540, de 14/12/2012:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico destinado a obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra;"

Efeitos de 30/12/2005 a 14/12/2012 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei 15.956, de 29/12/2005:

"XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra."

Efeitos de 21/11/2001 a 29/12/2005 - Acrescido pelo art. 5º e vigência estabelecida pelo art. 33, ambos da Lei 14.062, de 20/11/2001:

"XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico para emprego em obra de construção civil, quando preparado por construtor no trajeto até a obra."

Como pode ser observado acima, à época dos fatos geradores, período de 01/01/05 a 31/07/10, a norma estabelecia que não era devido o imposto nas saídas promovidas "*pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil*". Posteriormente, a partir de 15/12/12, o legislador estendeu o benefício às saídas destinadas "*à obra de construção civil*", sem trazer nenhuma restrição de que as saídas fossem promovidas "*pelo empreiteiro ou subempreiteiro*".

É exatamente nesse ponto que a Requerente entende que a norma trazida pela Lei nº 20.540/12 é meramente interpretativa de que o ICMS não incide sobre a saída de concreto asfáltico, independentemente de quem o aplicou.

Ora, mesmo admitindo que seja interpretativa e deva alcançar os fatos pretéritos, o inciso XXIV, conforme pode ser observado pela redação atual, sofreu no dia 31/07/13 nova alteração prevendo que o imposto não incide nas saídas "*destinadas a obra de construção civil promovida por quem a executa por administração, empreitada ou subempreitada e detenha a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART*", ou seja, o legislador novamente retornou com a restrição de que a saída deva ser realizada pelo executor da obra.

Nesse caso, se é interpretativa, como quer a Recorrente, ora Impugnante, a análise do pedido, por esta 3ª Câmara de Julgamento, deve ser feito nos termos da nova redação introduzida pela Lei nº 20.824 de 31/07/13, que, além da restrição de que a saída deva ser realizada pelo executor da obra, o mesmo deva deter "*Anotação de Responsabilidade Técnica - ART*".

Assim, para que se chegue a conclusão de que não é devido o ICMS sobre as operações mercantis autuadas e que ensejaram o pagamento objeto do pedido de restituição haveria a necessidade de análise de todo o lançamento, situação que não é mais possível na esfera administrativa, dada a decisão final deste CC/MG consubstanciada no Acórdão nº 3.838/13/CE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, relevante destacar que a Lei nº 20.824/13, a mesma que alterou a redação do citado inciso XXIV, trouxe no seu art. 14 expressa vedação de que não é devida a restituição de importância paga relativa à exigência de crédito tributário relativo às saídas de concreto asfáltico, *in verbis*:

Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a não exigir, até a data de publicação desta lei, observada a forma, o prazo e as condições previstos em regulamento, o crédito tributário relativo às saídas de concreto cimento ou asfáltico, mesmo que preparado fora do local da obra, para emprego em obra pública, ainda que esta seja realizada por particular na condição de concessionário, permissionário ou autorizatário.

Parágrafo único. **O disposto neste artigo:**

I - aplica-se ao crédito tributário formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança;

II - **não autoriza a devolução, a restituição ou a compensação de valores já recolhidos;**

III - fica condicionado:

a) à desistência de ações ou embargos à execução fiscal, nos autos judiciais respectivos, ou à desistência de impugnações, defesas e recursos apresentados no âmbito administrativo;

b) à desistência pelo advogado do sujeito passivo de cobrança do Estado de eventuais honorários de sucumbência;

c) ao pagamento das custas e demais despesas processuais e de honorários advocatícios devidos ao Estado. (Grifou-se).

Assim, em face do que dispõe o art. 182 da Lei nº 6.763/75, c/c art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que veda a este Órgão Administrativo a negativa de aplicar norma vigente, deve ser dada validade aos dispositivos da Lei nº 20.824, de 31/07/13.

Pelo exposto e, dada a legitimidade e regularidade das exigências fiscais, porquanto plenamente em conformidade com a legislação aplicável à época dos fatos geradores, apesar do inconformismo da Impugnante, e ainda, pela vedação expressa de restituir importância paga decorrente de autuações de saídas de concreto asfáltico trazida pela Lei nº 20.824/13, não se concretizou o indébito tributário, justificando a improcedência da impugnação.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a impugnação. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Orias Batista Freitas, que a julgavam procedente. Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, o Dr. Sérgio Timo Alves. Participaram do julgamento, além do signatário e dos conselheiros vencidos, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 21 de agosto de 2013.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator designado**

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.121/13/3 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000486484-14	
Impugnação:	40.010134294-93	
Impugnante:	Seisan Engenharia e Construções Ltda CNPJ: 25.708348/0001-69	
Proc. S. Passivo:	Marcelo Braga Rios/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-1- Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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 dos fundamentos a seguir expostos.

A ora Impugnante pleiteou, nos termos da legislação vigente, a restituição da importância de R\$134.947,08 (cento e trinta e quatro mil, novecentos e quarenta e sete reais e oito centavos), alegando pagamento indevido do Auto de Infração n.º 01.000168458-79, tendo em vista alteração posterior de norma tributária que versa sobre não incidência (art. 7º, inciso XXIV da Lei n.º 6.763/75).

Em despacho de fl. 87, o Delegado Fiscal/1º Nível/BH-1 indeferiu o pedido, com fundamento no Parecer de fls. 84/86.

Importante verificar o histórico dos fatos que resultaram no presente Pedido de Restituição.

Em 10 de dezembro de 2010 foi emitido o Auto de Infração n.º 001.000168458.79 (fl. 20/21) constando como Coobrigada a ora Impugnante. Em síntese, a atuação versava sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS referente venda de massa asfáltica desacobertada de documento fiscal hábil, uma vez que a empresa fornecedora (naquele caso Autuada) utilizou-se de nota fiscal de serviço nas saídas de tal produto.

Insurgiram-se contra o lançamento tanto a Autuada quanto a Coobrigada apresentando impugnações ao Conselho de Contribuintes que, apreciando o lançamento, o julgou procedente. A decisão está consubstanciada no Acórdão n.º 20.472/11/1^a (fls. 52/82).

A empresa Autuada (Unicapa) e a ora Impugnante, então Coobrigada, interpuseram, conjuntamente, Recurso de Revisão sendo a decisão tomada pela Câmara Especial pela manutenção da decisão da Câmara *a quo*. A decisão da Câmara Especial consta do Acórdão n.º 3.838/12/CE (fls. 23/32).

Contudo, após a decisão final do Conselho de Contribuintes, foi publicada a Lei n.º 20.540, de 14 de dezembro de 2012, alterando a Lei n.º 6.763/75, mais precisamente o art. 7º, inciso XXIV, que trata da matéria em discussão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com o entendimento da Impugnante, como a alteração trata-se de uma norma de não incidência, tendo tal norma caráter interpretativo, referida alteração produziu efeitos desde o início da vigência da Lei n.º 6.763/75.

Já o Fisco sustenta para o indeferimento do pedido que, de acordo com o art. 172 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 - RPTA, compete ao Conselho de Contribuintes dirimir as questões de natureza tributária suscitadas entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública Estadual no âmbito do contencioso administrativo fiscal, sendo esta decisão terminativa do feito na esfera administrativa como se observa pela transcrição abaixo:

CAPÍTULO IX

Do Conselho de Contribuintes

SEÇÃO I

Da Organização

Art. 172. O Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, integrante da estrutura administrativa da Secretaria de Estado de Fazenda, colegiado de composição paritária, formado por representantes da Fazenda Pública Estadual e de entidades de classes de contribuintes, é o órgão a quem compete dirimir as questões de natureza tributária, suscitadas entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública Estadual no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Assim, o principal fundamento para o indeferimento do pedido é o fato de que as decisões tomadas em processo administrativo, protegidas pelo manto da coisa julgada administrativa, adquirem caráter imodificável e irretratável para a própria administração que a proferiu, não cabendo a anulação das decisões do Conselho de Contribuintes.

Primeiramente torna-se de suma importância destacar que a impugnação apresentada em relação ao indeferimento de pedido de restituição se processa a partir do próprio ato do indeferimento e é feita contra os elementos ali postos. Portanto, a impugnação contra indeferimento do pedido de restituição deve ser analisada diferentemente da impugnação contra lançamento. Isto porque no caso de impugnação contra o lançamento o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, expressamente determina que cabe ao Conselho de Contribuintes analisar todo o lançamento. Já no caso de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição cabe ao Conselho de Contribuintes analisar a própria impugnação.

Assim, no caso da impugnação ao pedido de restituição, o contribuinte se insurge contra um ato especificamente e refuta a motivação constante daquele ato. Portanto, a análise do Conselho de Contribuinte a esta impugnação se dá levando em consideração exclusivamente a motivação do ato de indeferimento. Qualquer análise diferente e fora destes parâmetros, bem como se o Conselho de Contribuintes trazer

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fundamentação e/ou argumentos diferentes daqueles utilizados pelo Fisco para o indeferimento, redundando em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Traçados estes parâmetros nos quais deve se fundar a apreciação do pedido ora impugnado, faz-se apenas uma breve digressão sobre o art. 14 da Lei n.º 20.824/13 que tem a seguinte redação:

Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a não exigir, até a data de publicação desta lei, observada a forma, o prazo e as condições previstos em regulamento, o crédito tributário relativo às saídas de concreto cimento ou asfáltico, mesmo que preparado fora do local da obra, para emprego em obra pública, ainda que esta seja realizada por particular na condição de concessionário, permissionário ou autorizatário.

Parágrafo único. O disposto neste artigo:

I - aplica-se ao crédito tributário formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança;

II - não autoriza a devolução, a restituição ou a compensação de valores já recolhidos;

III - fica condicionado:

a) à desistência de ações ou embargos à execução fiscal, nos autos judiciais respectivos, ou à desistência de impugnações, defesas e recursos apresentados no âmbito administrativo;

b) à desistência pelo advogado do sujeito passivo de cobrança do Estado de eventuais honorários de sucumbência;

c) ao pagamento das custas e demais despesas processuais e de honorários advocatícios devidos ao Estado.

Como pode ser visto do texto acima transcrito, a Lei n.º 20.824/13, traz, em seu art. 14, uma regra de exceção. Esta regra apenas pode ser aplicada nos casos em que o Poder Executivo, valendo-se da autorização legal lhe concedida, deixar de exigir crédito tributário na situação citada no dispositivo. Assim, esta regra não pode ser tomada como válida para quaisquer situações, principalmente, para os casos que não dizem respeito. Lembre-se, ainda, que a norma constitui-se em uma autorização ainda carente de regulamentação. Dessa forma, tal regra não pode ser aplicada ao caso em análise.

Partindo-se para a análise do mérito propriamente dito, tem-se dos autos que, à época da autuação, o inciso XXIV do art. 7º da Lei n.º 6.763/75 reconhecia a não incidência sobre *"a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra"*.

No âmbito do processo originário a Fiscalização reconheceu que houve saída de concreto asfáltico com destino a obra de construção civil, mas entendeu que o ICMS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seria devido pelo fato da empresa responsável pela mistura do concreto não ter realizado a aplicação.

O Conselho de Contribuintes manteve a exigência fiscal segundo a interpretação de que pela legislação então vigente, a aplicação realmente seria necessária e indispensável para fins de não incidência do ICMS.

Importa destacar que a decisão não foi unânime.

No dia 15 de dezembro de 2012, após prolatada a decisão do Conselho de Contribuintes e realizado o pagamento, o Estado de Minas Gerais publicou a Lei n.º 20.540/12 elucidando a questão, de forma a indicar expressa e inequivocamente que a aplicação é irrelevante para fins da exigência do ICMS, estando configurada a não incidência, desde que a saída de concreto asfáltico seja destinada a obra de construção civil, *in verbis*:

Lei n.º 20.540/12.

Art. 1º O inciso XXIV do art. 7º, o art. 9º, a subalínea b.1 do inciso I, os §§ 4º e 20, a alínea "c" do inciso I do § 67 e o § 68 do art. 12, os §§ 1º e 2º e o inciso III do § 3º do art. 17, o inciso I do § 13 do art. 29, o inciso I do art. 32-A, os arts. 32-C e 32-F, o § 4º do art. 54, o inciso III do art. 133, o art. 134, o § 2º do art. 138, o art. 144, o parágrafo único do art. 219-A e o art. 225-A da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 7º.....

XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico destinado a obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra;

Fica claro que a Lei n.º 20.540/12 trouxe uma alteração à legislação de maneira a não deixar dúvidas de que o ICMS não incide sobre a saída de concreto asfáltico destinado a obra de construção civil, sendo irrelevante para fins da hipótese de não incidência quem aplica a mistura.

A não incidência é o contra ponto da incidência, no sentido de que se refere a fatos situados fora dos limites alcançados pela norma legal de regência do tributo. Assim, não haveria sequer a necessidade de indicação expressa ou da alteração legislação no caso destes autos para se chegar à não incidência, mas não é incomum a previsão legal de algumas hipóteses de não incidência como ocorre em todo o art. 7º da Lei n.º 6.763/75.

Nesta linha, tratando-se de operação até então tida como tributável pelo ICMS, a declaração de não incidência levada a efeito pela Lei n.º 20.540/12, opera efeitos retroativos e, conseqüentemente, implica considerar indevido o imposto pago relativamente às mencionadas operações, tanto no que respeita aos recolhimentos realizados pelos contribuintes, quanto no que se refere aos lançamentos efetuados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Adotando-se esta interpretação, fica evidente que o pagamento promovido pela Impugnante foi indevido, já que, em conformidade com a norma em vigor sobre a saída de concreto asfáltico com destino a obra de construção civil não incide o ICMS.

Também dentro deste entendimento, não é o caso de se considerar que houve “coisa julgada administrativa” como fez a decisão de indeferimento do pedido de restituição.

Posto-me plenamente de acordo com a imutabilidade das decisões do Conselho de Contribuintes na esfera administrativa, como ressaltado no parecer que levou ao indeferimento do presente pedido.

Contudo, os fundamentos e a causa de pedir deste pleito são diferentes daqueles que foram arguidos no PTA n.º 01.000168458-79.

Naquela ocasião a defesa se lastreou em uma exegese realizada sobre o art. 7º, inciso XXIV da Lei n.º 6.763/75, vigente à época dos fatos geradores e foi também com base neste dispositivo a decisão do Conselho de Contribuintes.

Agora, porém, o fundamento é o outro, qual seja, a nova redação do dispositivo.

Portanto, no caso em tela não se está rediscutindo a matéria já julgada pelo Conselho de Contribuintes, o que, sem dúvida, não seria possível. A questão agora é outra, ou seja, a aplicação da norma contida na Lei n.º 20.540/12 ao presente feito.

Diante do exposto, julgo procedente a impugnação.

Sala das Sessões, 21 de agosto de 2013.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**

Acórdão:	21.121/13/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000486484-14	
Impugnação:	40.010134294-93	
Impugnante:	Seisan Engenharia e Construções Ltda. CNPJ: 25.708348/0001-69	
Proc. S. Passivo:	Marcelo Braga Rios/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-1	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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 dos fundamentos a seguir expostos.

A ora Impugnante pleiteou, nos termos da legislação vigente, a restituição da importância de R\$134.947,08 (cento e trinta e quatro mil, novecentos e quarenta e sete reais e oito centavos), alegando pagamento indevido do Auto de Infração n.º 01.000168458-79, tendo em vista alteração posterior de norma tributária que versa sobre não incidência (art. 7º, inciso XXIV da Lei n.º 6.763/75).

Em despacho de fl. 87, o Delegado Fiscal/1º Nível/BH-1 indeferiu o pedido, com fundamento no Parecer de fls. 84/86.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante verificar o histórico dos fatos que resultaram no presente Pedido de Restituição.

Em 10 de dezembro de 2010 foi emitido o Auto de Infração n.º 001.000168458.79 (fl. 20/21) constando como Coobrigada a ora Impugnante. Em síntese, a autuação versava sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS referente venda de massa asfáltica desacobertada de documento fiscal hábil, uma vez que a empresa fornecedora (naquele caso Autuada) utilizou-se de nota fiscal de serviço nas saídas de tal produto.

Insurgiram-se contra o lançamento tanto a Autuada quanto a Coobrigada apresentando impugnações ao Conselho de Contribuintes que, apreciando o lançamento, o julgou procedente. A decisão está consubstanciada no Acórdão n.º 20.472/11/1ª (fls. 52/82).

A empresa Autuada (Unicapa) e a ora Impugnante, então Coobrigada, interpuseram, conjuntamente, Recurso de Revisão sendo a decisão tomada pela Câmara Especial pela manutenção da decisão da Câmara *a quo*. A decisão da Câmara Especial consta do Acórdão n.º 3.838/12/CE (fls. 23/32).

Contudo, após a decisão final do Conselho de Contribuintes, foi publicada a Lei n.º 20.540, de 14 de dezembro de 2012, alterando a Lei n.º 6.763/75, mais precisamente o art. 7º, inciso XXIV, que trata da matéria em discussão.

De acordo com o entendimento da Impugnante, como a alteração trata-se de uma norma de não incidência, tendo tal norma caráter interpretativo, referida alteração produziu efeitos desde o início da vigência da Lei n.º 6.763/75.

Já o Fisco sustenta para o indeferimento do pedido que, de acordo com o art. 172 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 - RPTA, compete ao Conselho de Contribuintes dirimir as questões de natureza tributária suscitadas entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública Estadual no âmbito do contencioso administrativo fiscal, sendo esta decisão terminativa do feito na esfera administrativa como se observa pela transcrição abaixo:

CAPÍTULO IX

Do Conselho de Contribuintes

SEÇÃO I

Da Organização

Art. 172. O Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, integrante da estrutura administrativa da Secretaria de Estado de Fazenda, colegiado de composição paritária, formado por representantes da Fazenda Pública Estadual e de entidades de classes de contribuintes, é o órgão a quem compete dirimir as questões de natureza tributária, suscitadas entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública Estadual no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o principal fundamento para o indeferimento do pedido é o fato de que as decisões tomadas em processo administrativo, protegidas pelo manto da coisa julgada administrativa, adquirem caráter imodificável e irretratável para a própria administração que a proferiu, não cabendo a anulação das decisões do Conselho de Contribuintes.

Primeiramente torna-se de suma importância destacar que a impugnação apresentada em relação ao indeferimento de pedido de restituição se processa a partir do próprio ato do indeferimento e é feita contra os elementos ali postos. Portanto, a impugnação contra indeferimento do pedido de restituição deve ser analisada diferentemente da impugnação contra lançamento. Isto porque no caso de impugnação contra o lançamento o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, expressamente determina que cabe ao Conselho de Contribuintes analisar todo o lançamento. Já no caso de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição cabe ao Conselho de Contribuintes analisar a própria impugnação.

Assim, no caso da impugnação ao pedido de restituição, o contribuinte se insurge contra um ato especificamente e refuta a motivação constante daquele ato. Portanto, a análise do Conselho de Contribuinte a esta impugnação se dá levando em consideração exclusivamente a motivação do ato de indeferimento. Qualquer análise diferente e fora destes parâmetros, bem como se o Conselho de Contribuintes trazer fundamentação e/ou argumentos diferentes daqueles utilizados pelo Fisco para o indeferimento, redundará em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Traçados estes parâmetros nos quais deve se fundar a apreciação do pedido ora impugnado, faz-se apenas uma breve digressão sobre o art. 14 da Lei n.º 20.824/13 que tem a seguinte redação:

Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a não exigir, até a data de publicação desta lei, observada a forma, o prazo e as condições previstos em regulamento, o crédito tributário relativo às saídas de concreto cimento ou asfáltico, mesmo que preparado fora do local da obra, para emprego em obra pública, ainda que esta seja realizada por particular na condição de concessionário, permissionário ou autorizatário.

Parágrafo único. O disposto neste artigo:

I - aplica-se ao crédito tributário formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança;

II - não autoriza a devolução, a restituição ou a compensação de valores já recolhidos;

III - fica condicionado:

a) à desistência de ações ou embargos à execução fiscal, nos autos judiciais respectivos, ou à desistência de impugnações, defesas e recursos apresentados no âmbito administrativo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) à desistência pelo advogado do sujeito passivo de cobrança do Estado de eventuais honorários de sucumbência;

c) ao pagamento das custas e demais despesas processuais e de honorários advocatícios devidos ao Estado.

Como pode ser visto do texto acima transcrito, a Lei n.º 20.824/13, traz, em seu art. 14, uma regra de exceção. Esta regra apenas pode ser aplicada nos casos em que o Poder Executivo, valendo-se da autorização legal lhe concedida, deixar de exigir crédito tributário na situação citada no dispositivo. Assim, esta regra não pode ser tomada como válida para quaisquer situações, principalmente, para os casos que não dizem respeito. Lembre-se, ainda, que a norma constitui-se em uma autorização ainda carente de regulamentação. Dessa forma, tal regra não pode ser aplicada ao caso em análise.

Partindo-se para a análise do mérito propriamente dito, tem-se dos autos que, à época da autuação, o inciso XXIV do art. 7º da Lei n.º 6.763/75 reconhecia a não incidência sobre *"a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra"*.

No âmbito do processo originário a Fiscalização reconheceu que houve saída de concreto asfáltico com destino a obra de construção civil, mas entendeu que o ICMS seria devido pelo fato da empresa responsável pela mistura do concreto não ter realizado a aplicação.

O Conselho de Contribuintes manteve a exigência fiscal segundo a interpretação de que pela legislação então vigente, a aplicação realmente seria necessária e indispensável para fins de não incidência do ICMS.

Importa destacar que a decisão não foi unânime.

No dia 15 de dezembro de 2012, após prolatada a decisão do Conselho de Contribuintes e realizado o pagamento, o Estado de Minas Gerais publicou a Lei n.º 20.540/12 elucidando a questão, de forma a indicar expressa e inequivocamente que a aplicação é irrelevante para fins da exigência do ICMS, estando configurada a não incidência, desde que a saída de concreto asfáltico seja destinada a obra de construção civil, *in verbis*:

Lei n.º 20.540/12.

Art. 1º O inciso XXIV do art. 7º, o art. 9º, a subalínea b.1 do inciso I, os §§ 4º e 20, a alínea "c" do inciso I do § 67 e o § 68 do art. 12, os §§ 1º e 2º e o inciso III do § 3º do art. 17, o inciso I do § 13 do art. 29, o inciso I do art. 32-A, os arts. 32-C e 32-F, o § 4º do art. 54, o inciso III do art. 133, o art. 134, o § 2º do art. 138, o art. 144, o parágrafo único do art. 219-A e o art. 225-A da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 7º....."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico destinado a obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra;

Fica claro que a Lei n.º 20.540/12 trouxe uma alteração à legislação de maneira a não deixar dúvidas de que o ICMS não incide sobre a saída de concreto asfáltico destinado a obra de construção civil, sendo irrelevante para fins da hipótese de não incidência quem aplica a mistura.

A não incidência é o contra ponto da incidência, no sentido de que se refere a fatos situados fora dos limites alcançados pela norma legal de regência do tributo. Assim, não haveria sequer a necessidade de indicação expressa ou da alteração legislação no caso destes autos para se chegar à não incidência, mas não é incomum a previsão legal de algumas hipóteses de não incidência como ocorre em todo o art. 7º da Lei n.º 6.763/75.

Nesta linha, tratando-se de operação até então tida como tributável pelo ICMS, a declaração de não incidência levada a efeito pela Lei n.º 20.540/12, opera efeitos retroativos e, conseqüentemente, implica considerar indevido o imposto pago relativamente às mencionadas operações, tanto no que respeita aos recolhimentos realizados pelos contribuintes, quanto no que se refere aos lançamentos efetuados.

Adotando-se esta interpretação, fica evidente que o pagamento promovido pela Impugnante foi indevido, já que, em conformidade com a norma em vigor sobre a saída de concreto asfáltico com destino a obra de construção civil não incide o ICMS.

Também dentro deste entendimento, não é o caso de se considerar que houve “coisa julgada administrativa” como fez a decisão de indeferimento do pedido de restituição.

Posto-me plenamente de acordo com a imutabilidade das decisões do Conselho de Contribuintes na esfera administrativa, como ressaltado no parecer que levou ao indeferimento do presente pedido.

Contudo, os fundamentos e a causa de pedir deste pleito são diferentes daqueles que foram arguidos no PTA n.º 01.000168458-79.

Naquela ocasião a defesa se lastreou em uma exegese realizada sobre o art. 7º, inciso XXIV da Lei n.º 6.763/75, vigente à época dos fatos geradores e foi também com base neste dispositivo a decisão do Conselho de Contribuintes.

Agora, porém, o fundamento é o outro, qual seja, a nova redação do dispositivo.

Portanto, no caso em tela não se está rediscutindo a matéria já julgada pelo Conselho de Contribuintes, o que, sem dúvida, não seria possível. A questão agora é outra, ou seja, a aplicação da norma contida na Lei n.º 20.540/12 ao presente feito.

Diante do exposto, julgo procedente a impugnação.

Sala das Sessões, 21 de agosto de 2013.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira

CC/MIG