

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.592/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000478297-76
Impugnação: 40.010134969-64
Impugnante: Recimap Geração de Energia Elétrica Ltda
CNPJ: 17.433970/0001-83
Proc. S. Passivo: Guilherme Rodriguez de Macedo/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – Tendo em vista a expressa manifestação da Fiscalização pelo direito da Impugnante ao ressarcimento das parcelas pleiteadas nos autos, acolhe-se o pedido de restituição do ICMS. Havendo direito à restituição, há o consequente direito à correção do indébito pela Taxa Selic, uma vez que esse índice é o mesmo utilizado pelo Estado de Minas Gerais para a correção dos débitos não pagos no vencimento, na forma do art. 226 da Lei nº 6.763/75.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de ICMS relativo ao Termo de Auto Denúncia nº 05.000167619-11, cujo parcelamento encontra-se em andamento, e, também, relativo à correção monetária referente às parcelas quitadas desse PTA e de outro, nº 16.000458191-61, que se refere à valores pagos indevidamente e já ressarcidos pelo Estado.

Em Despacho de fls. 23/25, o Delegado Fiscal indefere o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 31/33, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 122.

A 3ª Câmara de Julgamento, na sessão de 06/11/13, defere o requerimento de juntada de documento formulado da Tribuna pelo Patrono da Impugnante, determinando, em seguida, vista ao Fisco, oportunidade em que também deverá se manifestar em relação à restituição referente ao parcelamento, às fls. 31/33.

A Requerente apresenta Impugnação de fls. 134/139, acompanhada de documentos às fls. 140/216, reiterando o pedido de restituição da correção monetária pela Taxa Selic do PTA já ressarcido e do parcelamento (Auto Denúncia), também acrescido da correção pela Taxa Selic.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 218/219, pelo deferimento do ICMS objeto do parcelamento (Auto Denúncia), sem, contudo, o acréscimo da correção monetária pela Taxa Selic.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada em 02/04/14, a 3ª Câmara de Julgamento defere, à unanimidade, nos termos da Portaria nº 04/01, o pedido de vista do processo formulado pelo Conselheiro José Luiz Drumond, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 08/04/14. Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros Orias Batista Freitas (Relator), René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que julgaram procedente a impugnação. A continuação do julgamento foi prorrogada até o dia 15/04/14.

A 3ª Câmara de Julgamento, na sessão de 15/04/14, acordou, à unanimidade, em preliminar, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, demonstrasse, em relação às Notas Fiscais nº 260, 261 e 266 (fls. 58/59 e 62), o cumprimento do disposto no art. 166 do CTN c/c art. 30 do RPTA, acompanhado de cópias dos livros Registro de Entrada e Apuração de ICMS das destinatárias, em que constasse o registro das notas fiscais. Em seguida, vista ao Fisco. Também em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência para que o Fisco esclarecesse e demonstrasse quais as parcelas do pedido que foram deferidas, relativamente aos valores pagos no parcelamento. Em seguida, vista à Impugnante. Na ocasião, o Presidente tornou sem efeito os votos proferidos pelos Conselheiros na sessão anterior.

Em atenção ao despacho interlocutório, a Impugnante requer a dilação do prazo para seu cumprimento, sob a alegação de que as destinatárias das notas fiscais tratam-se de empresas de grande porte localizadas no Estado de São Paulo e que os referidos documentos datam dos anos de 2006 e 2007.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 232/243, pelo deferimento do pedido de restituição do ICMS incidente sobre a saída de energia elétrica para outro Estado da Federação, e pelo indeferimento da parcela referente à saída de eucalipto. Mantém, ainda, seu entendimento quanto à impossibilidade de devolução da correção monetária pela Taxa Selic.

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se de pedido de restituição de ICMS relativo ao Termo de Auto Denúncia nº 05.000167619-11, cujo parcelamento encontra-se em andamento, e, também, relativo à correção monetária referente às parcelas quitadas desse PTA e de outro, nº 16.000458191-61, que se refere à valores pagos indevidamente e já ressarcidos pelo Estado.

Em 04/07/12, a Requerente formulou pedido de restituição referente a notas fiscais de venda de energia elétrica para outra unidade da Federação, destinadas à industrialização, o qual foi deferido pela SEF/MG em 07/08/12, porém não foram restituídos os valores referentes à correção monetária pela Taxa Selic. Esse PTA recebeu o nº 16.000458191-61.

Em 28/01/13, requer outra restituição, agora da correção monetária referente ao PTA já deferido e, ainda, dos valores das parcelas já pagas do Termo de Auto Denúncia nº 05.000167619-11 (que gerou o parcelamento nº 12.030057500-47 e o parcelamento nº 12.030787700-72), que, também, refere-se a notas fiscais de venda

de energia elétrica para outra unidade da Federação, destinadas à industrialização, bem como da correção monetária pela Taxa Selic incidente sobre as parcelas.

Analisando o termo de auto denúncia, observa-se que se refere a 5 (cinco) Notas Fiscais nºs 260, 261, 262, 264 e 266, sendo que as de nº 262 e nº 265 referem-se a venda de eucalipto para o Estado de Minas Gerais.

No caso em análise, são incontroversos os valores do ICMS pagos a maior, o que resultou na manifestação da Fiscalização (fls. 232/233) pelo deferimento do pedido de restituição do imposto incidente nas saídas de energia para outras unidades federadas.

Nessas condições, tendo em vista a expressa anuência da Fiscalização, após a análise da documentação ofertada pela Impugnante, há de se acolher o pedido de restituição das parcelas referentes ao ICMS incidente nas saídas de energia elétrica para outros estados da federação.

Por fim, havendo direito à restituição, há o consequente direito à correção do indébito pela Taxa Selic, uma vez que esse é o índice utilizado pelo Estado de Minas Gerais para a correção dos débitos não pagos no vencimento, na forma do art. 226 da Lei nº 6.763/75:

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

De fato, conforme decidiu a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), a repetição de indébito deve ser corrigida, por analogia e isonomia, pelo mesmo índice que recai sobre os débitos tributários estaduais pagos em atraso. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. 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.

(RESP 1111189/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 13/05/2009, DJE 25/05/2009) (ORIGINAL SEM DESTAQUES).

Como não poderia deixar de ser, nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG):

EMENTA: ANULATÓRIA DE DÉBITO. ICMS. RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO INDEVIDO. EMPRESA OPTANTE PELO SISTEMA SIMPLES MINAS. VEDAÇÃO AO DESTAQUE DO IMPOSTO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166 DO CTN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE.

- NA HIPÓTESE DE IMPOSTOS INDIRETOS, A LEI CONDICIONA O DIREITO DE REPETIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE À PROVA PELO CONTRIBUINTE (TAMBÉM DENOMINADO DE "CONTRIBUINTE DE DIREITO") DE QUE ASSUMIU ENCARGO FINANCEIRO DO TRIBUTO, E, POR CONSEQUÊNCIA, NÃO RECUPEROU DAQUELE (CONTRIBUINTE DE FATO) O QUANTUM RESPECTIVO.

- NO CASO DOS AUTOS, TRATA-SE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS A TÍTULO DE RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA DE ICMS, EM DECORRÊNCIA DA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS, POR CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES MINAS E EM SENDO COMPROVADO O RECOLHIMENTO INDEVIDO, LEGÍTIMO É O DIREITO À RESTITUIÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES CORRIGIDOS PELA TAXA SELIC A PARTIR DO PAGAMENTO INDEVIDO, TENDO EM VISTA A COMPROVAÇÃO DA NÃO REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FINANCEIRO CONFORME DISPOSTO NO ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

- EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, A TAXA SELIC DEVE INCIDIR EM FAVOR DO CONTRIBUINTE NAS RESTITUIÇÕES E COMPENSAÇÕES, APLICÁVEL TAMBÉM NA COBRANÇA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.174507-9/001, RELATOR(A): DES.(A) DUARTE DE PAULA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 10/04/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 15/04/2014)

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO ANULATÓRIA - ICMS - RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - ART. 166, CTN - APLICABILIDADE - EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES MINAS - VEDAÇÃO DO DESTAQUE DO IMPOSTO NA NOTA FISCAL - RESTITUIÇÃO DEVIDA - CORREÇÃO - SELIC - RECURSO PRINCIPAL PROVIDO - RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDO.

- SENDO A EMPRESA AUTORA OPTANTE PELO REGIME TRIBUTÁRIO SIMPLIFICADO, SENDO-LHE VEDADO O DESTAQUE DO TRIBUTO NOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS, NÃO SE OBSERVA A REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO FINANCEIRO DECORRENTE DO PAGAMENTO INDEVIDO. DESSA FORMA, LEGÍTIMO O DIREITO À RESTITUIÇÃO PLEITEADA PELA APELANTE PRINCIPAL.

- NÃO HÁ ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NO CÁLCULO DOS JUROS MORATÓRIOS DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, POR FORÇA DA PERMISSÃO CONTIDA NO ART. 161, I, DO CTN. E, POR ISONOMIA, TAL NORMA TAMBÉM SE APLICA ÀS RESTITUIÇÕES DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS DEVIDOS PELO FISCO, DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. - RECURSO PRINCIPAL PROVIDO E RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.174506-1/001, RELATOR(A): DES.(A) HILDA TEIXEIRA DA COSTA, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 10/07/2013, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 19/07/2013)

Vale citar, por fim, os seguintes acórdãos deste Conselho de Contribuintes:

ACÓRDÃO N.º 4.074/13/CE:

RESTITUIÇÃO - ICMS - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RESTITUÍDO - TAXA SELIC - INCIDÊNCIA. A RECORRENTE PLEITEIA A ATUALIZAÇÃO, PELA TAXA SELIC, DO VALOR DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO, CUJO RESSARCIMENTO FOI AUTORIZADO PELA FISCALIZAÇÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO E PROVIDO À UNANIMIDADE.

ACÓRDÃO N.º 19.815/10/3ª:

RESTITUIÇÃO - ICMS - CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RESTITUÍDO - TAXA SELIC - INCIDÊNCIA. O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DECORREU DE ERRO DE DIREITO DA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REQUERENTE POR RECOLHIMENTO EM DUPLICIDADE DO ICMS/ST. O FISCO RESTITUIU O VALOR ORIGINAL DO ICMS/ST. ENTRETANTO, A IMPUGNANTE TEM DIREITO À RESTITUIÇÃO CORRIGIDA PELA TAXA SELIC QUE INCLUI, A UM SÓ TEMPO, A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS MORATÓRIOS. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

ACÓRDÃO Nº 17.998/08/2ª:

RESTITUIÇÃO – ICMS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RESTITUÍDO – TAXA SELIC – INCIDÊNCIA. O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DECORREU DE ERRO DE DIREITO DA REQUERENTE, RECOMPONDO INDEVIDAMENTE A ALÍQUOTA NAS AQUISIÇÕES DE MÓVEIS DIRETAMENTE DE INDÚSTRIAS LOCALIZADAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. O FISCO RESTITUIU O VALOR ORIGINAL DO ICMS, ENQUANTO QUE A IMPUGNANTE TEM DIREITO À RESTITUIÇÃO CORRIGIDA PELA TAXA SELIC QUE INCLUI, A UM SÓ TEMPO, A ATUALIZAÇÃO E OS JUROS MORATÓRIOS. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO Nº 18.800/08/1ª:

RESTITUIÇÃO – ICMS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RESTITUÍDO – TAXA SELIC – INCIDÊNCIA. O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DECORREU DE ERRO DE DIREITO DA REQUERENTE, RECOMPONDO INDEVIDAMENTE A ALÍQUOTA NAS AQUISIÇÕES DE MÓVEIS DIRETAMENTE DE INDÚSTRIAS LOCALIZADAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. O FISCO RESTITUIU O VALOR ORIGINAL DO ICMS, ENQUANTO QUE A IMPUGNANTE TEM DIREITO À RESTITUIÇÃO CORRIGIDA PELA TAXA SELIC QUE INCLUI, A UM SÓ TEMPO, A ATUALIZAÇÃO E OS JUROS MORATÓRIOS. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência do STJ, do TJMG e deste Conselho de Contribuintes, deve ser deferido o pedido de restituição do ICMS recolhido indevidamente nas saídas de energia elétrica para outras unidades da Federação, nos termos da Manifestação Fiscal de fls. 232/233, devidamente corrigida pela Taxa Selic, desde cada recolhimento indevido.

Ademais, deve ser deferida a restituição dos valores correspondentes à correção monetária pela Taxa Selic, incidente sobre o ICMS já restituído pela SEF/MG, por meio do PTA nº 16.000458191-61 (fls. 48/49), também contada desde cada recolhimento indevido.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em indeferir requerimento de juntada de documentos protocolados no CC/MG em 21/10/14, sendo os mesmos devolvidos ao representante da Impugnante presente à sessão de julgamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o deferia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para deferir a restituição do valor pago em relação às notas fiscais de energia elétrica (parcelamento e restituição de fl. 112). Vencidos em parte os Conselheiros José Luiz Drumond (Relator) e Ivana

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Maria de Almeida, que julgavam improcedente a impugnação. Designada relatora a Conselheira Luciana Goulart Ferreira. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento o Dr. Guilherme Rodrigues de Macedo. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 22 de outubro de 2014.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora**

**Luciana Goulart Ferreira
Relatora designada**

GR/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.592/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000478297-76
Impugnação: 40.010134969-64
Impugnante: Recimap Geração de Energia Elétrica Ltda
CNPJ: 17.433970/0001-83
Proc. S. Passivo: Guilherme Rodriguez de Macedo/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro José Luiz Drumond, 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 questão tratada neste PTA diz respeito a pedido de restituição que contempla duas situações. A primeira é de importância a título de atualização monetária pela Taxa Selic incidente sobre valores de ICMS que foram restituídos à empresa por meio do PTA nº 16.000458191-61, cuja cópia se encontra às fls. 65/122. Já a segunda compreende as importâncias de ICMS, multa moratória, juros moratórios e atualização pela Taxa Selic referentes a parcelas pagas no Parcelamento nº 12.03005755-47.

A decisão majoritária, pelo voto de qualidade da Presidente, julgou parcialmente procedente a impugnação, deferindo a restituição da atualização monetária pela Taxa Selic, em ambos os casos, e das parcelas de ICMS, multa moratória e juros moratórios pagas no Parcelamento nº 12.03005755-47.

No entanto, com o devido respeito, como se verá na sequência, não há nos autos elementos que autorizam a restituição das importâncias pagas no parcelamento em curso, bem como da atualização monetária pela Taxa Selic nas duas situações.

Primeiramente, importante registrar que as duas situações que estão sendo objeto do indébito tributário decorrem de ICMS destacado em notas fiscais de saídas de energia elétrica emitidas para contribuintes do imposto localizados em outras unidades da Federação.

Para a primeira situação em que a Requerente pleiteia a correção pela Taxa Selic do valor que lhe foi restituído no PTA nº 16.000458191-61, são 11 (onze) notas fiscais de vendas de energia elétrica para a empresa “Fundição Balancins Ltda”, estabelecida no município de Embu-Guaçu/SP, vide cópias às fls. 37/47.

No outro caso, são 03 (três) notas fiscais, também de venda de energia elétrica, emitidas em nome das empresas “Textil J Serrano Ltda” e Vivo S/A, estabelecidas nos municípios de Vargem Grande Paulista/SP e São Paulo/SP, respectivamente, cópia às fls. 58/59 e 62.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constata-se, em ambas as situações, que as notas fiscais foram emitidas com destaque do ICMS à alíquota de 12% (doze por cento), o que indica que os adquirentes suportaram o encargo do tributo das operações.

Como é sabido, o art. 166 do CTN, c/c o § 3º do art. 92 do RICMS/02 determinam que a restituição do ICMS somente será feita a quem provar haver assumido o respectivo encargo financeiro ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, de modo a impedir o enriquecimento sem causa do contribuinte de direito. Confira-se:

CTN

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

(...)

RICMS/02

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

(...)

§ 3º A restituição do imposto somente será feita a quem provar haver assumido o respectivo encargo financeiro ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Nesse caso, não se tem nos autos nenhuma prova de que a Requerente não tenha transferido o encargo financeiro do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas de energia elétrica em operações interestaduais ou tenha autorização dos adquirentes para pleitear a restituição.

Importante, ainda, observar que no caso não há se quer provas de que os adquirentes da energia elétrica não tenham se creditado do imposto destacado nas notas fiscais.

Não se discute que o destaque e o pagamento do imposto nas operações interestaduais com energia elétrica tenham sido incorretos, mas esse fato, por si só, não permite, ressalvado melhor juízo, que sejam restituídos os valores à Requerente sem o cumprimento do que dispõe legislação para a repetição do indébito.

Ressalva-se que houve a concordância do Fisco para a restituição dos valores de ICMS, tendo inclusive no caso das 11 (onze) notas fiscais emitidas para a empresa “Fundição Balancins Ltda”, estabelecida no município de Embu-Guaçu/SP,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sido restituído o valor do ICMS, conforme atesta a Ordem de Pagamento Bancária de fls. 116.

No entanto, o fato de concordância do Fisco não impõe ao Conselho de Contribuintes a obrigação de autorizar a restituição de valores quando não se têm nos autos os elementos exigidos pela legislação, em especial o art. 166 do CTN c/c o § 3º do art. 92 do RICMS/02, acima reproduzidos.

Registre-se que para o requerimento da restituição das importâncias pagas no Parcelamento nº 12.03005755-47, a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG exarou o despacho interlocutório de fls. 223 solicitando à Requerente que trouxesse aos autos comprovação do cumprimento do disposto no art. 166 do CTN, bem como cópias dos livros Registro de Entradas e Apuração do ICMS das destinatárias.

Para essa medida, a Requerente limitou-se a apresentar o expediente de fls. 227, alegando dificuldades em atender o despacho interlocutório sob o argumento de tratar-se de empresas de grande porte localizadas no Estado de São Paulo e as notas fiscais terem sido emitidas nos anos de 2006 e 2007, mas, de fato, não trazendo nenhum documento solicitado.

Diante dessa situação, em que não se têm nos autos os elementos exigidos para a repetição de indébito, entendo que não há como a Câmara de Julgamento autorizar a restituição pleiteada, mesmo diante do fato de haver concordância do Fisco, porque seria negar aplicação de ato normativo, o que é vedado ao Conselho de Contribuintes pelo art. 182 da Lei nº 6.763/75 c/c art. 110 do RPTA/MG.

Noutra vertente, superada a questão da ausência das provas para a repetição do indébito, entendo que a restituição de importância a título de atualização monetária, por meio da aplicação da Taxa Selic, desde o pagamento indevido não pode ser autorizada por falta de previsão legal.

A possibilidade de restituição do indébito tributário é tratada nos arts. 165 a 167 do Código Tributário Nacional (CTN), nos seguintes termos:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, arts. 28 a 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), 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:

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 assecratória 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (GRIFOU-SE).

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.

(...)

(GRIFOU-SE)

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).

Ora, o caso dos 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 desde o recolhimento indevido.

Por outro, o indébito tributário se deu por exclusivo erro de fato perpetrado pela Requerente. Não é oriundo de divergência acerca de interpretação da legislação tributária e nem de imposição do Estado pela antecipação de recolhimento do imposto, como é o caso do ICMS/ST relativo a operações subsequentes ao fato gerador originário.

Ressalte-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.

Dessa forma, entendo que a Requerente não faz *jus* à atualização do indébito tributário, pois, além de não haver previsão legal para tanto, a utilização da Taxa Selic, no caso presente pune o Estado, que não contribuiu para que tal fato ocorresse, e premia o erro cometido pelo Contribuinte e a sua falta de zelo na gestão dos próprios negócios e no cumprimento de suas obrigações tributárias, proporcionando-lhe resultado financeiro até melhor que determinadas aplicações financeiras.

Sala das Sessões, 22 de outubro de 2014.

**José Luiz Drumond
Conselheiro**