

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.298/14/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000494347-01
Recurso de Revisão: 40.060136309-83
Recorrente: 3ª Câmara de Julgamento
Recorrida: Pedreira Aliança Ltda
Proc. S. Passivo: Edna Maria de Souza
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição fundamentado na tributação das operações internas com “areia” e “brita” quando já vigorava a isenção para tais operações. Entretanto, por restar evidenciado nos autos o atendimento aos requisitos impostos no art. 166 do Código Tributário Nacional, deve ser restituído o valor de ICMS pago em relação ao produto "brita" em face da comprovação de que não houve oscilação de preços no período e, conseqüentemente, repasse do imposto aos destinatários. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de valores recolhidos indevidamente, no período de abril a setembro de 2012, uma vez que a Recorrida, não observou o benefício fiscal da isenção nos termos do item 189 do Anexo I do RICMS, introduzido pelo Decreto n.º 46.116/12.

Em decisão consubstanciada no Acórdão 21.324/14/3ª, a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente a impugnação para restituir os valores de ICMS pagos em relação ao produto "brita", em face da comprovação de que não houve oscilação de preços no período e, conseqüentemente, repasse do imposto aos destinatários. Vencidos, em parte, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior, que julgavam improcedente a impugnação.

Mediante declaração na decisão, foi interposto de ofício, pela 3ª Câmara de Julgamento, o presente Recurso de Revisão.

A Câmara Especial, na sessão realizada no dia 18/01/13, em preliminar, à unanimidade, conheceu do Recurso de Revisão. Também, em preliminar, à unanimidade, deferiu o pedido de vista formulado pela Presidente do CC/MG, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, nos termos da Portaria n.º 04/01, marcando a continuação do julgamento para o dia 01/08/14.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Relator), Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor), Carlos Alberto Moreira Alves e Luciana Mundim de Mattos Paixão que lhe negavam provimento e, da Conselheira Ivana Maria de Almeida que lhe dava provimento, nos termos do voto vencido. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

DECISÃO

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Os fundamentos expostos no acórdão recorrido foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente, salvo pequenas alterações.

Compete à Câmara Especial a análise do presente Recurso de Revisão, o qual versa sobre a decisão proferida pela 3ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Contribuintes que, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente a impugnação para restituir os valores de ICMS pagos em relação à mercadoria "brita", em face da comprovação de que não houve oscilação de preços no período e, conseqüentemente, repasse do imposto aos destinatários.

Ao pedido de restituição foram anexados vários documentos e esclarecimentos específicos dos motivos e fundamentação da restituição do ICMS, no montante de R\$ 134.930,20 (cento e trinta e quatro mil, novecentos e trinta reais e vinte centavos), referente ao recolhimento do ICMS nas vendas de "brita", no período de abril a setembro de 2012, que, por equívoco, a Recorrida, não observou o benefício fiscal da isenção nos termos do item 189 do Anexo I do RICMS, introduzido pelo Decreto n.º 46.116/12.

Na oportunidade, a Defesa anexou as DAPIs, retificadas em junho de 2013, do período em referência, com a exclusão dos débitos das vendas isentas e dos créditos do ICMS a maior sob o consumo de energia elétrica, diante da proporcionalidade nos termos do art. 70, inciso II do RICMS, recompondo, desta forma, sua conta gráfica e, ao fim, demonstrando os pagamentos efetuados a maior.

Para fins de instrução e análise do pedido, a Recorrida apresentou todas as vendas do período, por destinatário, identificando o perfil dos clientes, pessoas físicas e pessoas jurídicas, em suas diversas formas de tributação.

Cumprido destacar que, segundo esses documentos, a maioria dos clientes da Recorrida não é revendedor ou industrial que poderiam ter se creditado do ICMS destacado nos documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para comprovar a legitimidade em receber a restituição, a Recorrida, declarou não ter ocorrido a transferência do encargo financeiro do ICMS aos seus clientes e, por não possuir controle de custos, apresentou as notas fiscais de vendas no intuito de demonstrar que não houve oscilação de preços antes e depois da adoção do benefício da isenção.

Não há dúvidas em relação à ocorrência do pagamento indevido tendo em vista a clara disposição do item 189 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/MG, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02, a saber:

DAS HIPÓTESES DE ISENÇÃO

(a que se refere o artigo 6º deste Regulamento)

- Saída, em operação interna, de areia e brita.

Ademais, a própria Fiscalização afirma pelo indeferimento do pedido (fl. 639):

“Da análise do processo ficou evidenciado que houve, em princípio, recolhimento a maior, considerando que houve saídas tributadas de produtos (areia e brita), beneficiados pela isenção do ICMS conforme item 89 do Anexo I do RICMS/2002 (Decreto 43.080/2002).”

Continua o Fisco, no mesmo parecer afirmando que:

“No entanto, todos os impostos destacados nas notas fiscais foram repassados aos adquirentes das mercadorias, como é normal na sistemática do ICMS, já que o imposto integra o preço do produto vendido. Por consequência, quem suportou o encargo relativo ao imposto cobrado foram os adquirentes do produto e não o contribuinte requerente.”

A possibilidade de restituição do indébito tributário é tratada nos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Em relação ao art. 165 do Código Tributário Nacional a Doutora Misabel Abreu Machado Derzi, ao atualizar recentemente a consagrada obra de Aliomar Baleeiro – Direito Tributário Brasileiro (12ª edição – Editora Forense), assim se expressa:

Não obstante, o direito à restituição, tendo havido pagamento voluntário de dívida inexistente, consagrado em norma de Direito Civil codificada, acarreta o ônus ao *solvens* de provar o erro, o que já causou profunda polêmica no Direito Tributário, a saber: “àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro” (art. 877). Alerta ALIOMAR BALEEIRO para o fato de que a norma civil (destinada a proteger a autonomia da vontade, manifesta nas doações e contratos em geral) é inaplicável ao Direito Tributário, em que a compulsoriedade com a instituição *ex lege* do tributo é característica essencial das obrigações.

A matéria, no âmbito da legislação estadual, é tratada pelos seguintes dispositivos do 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. 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.

Ao estabelecer que o sujeito passivo da obrigação tributária, aquele a quem se atribui o dever de recolher o tributo, pode cobrar o valor respectivo do adquirente o

legislador está criando a repercussão jurídica que, no plano jurídico, sempre se efetivará. Entretanto, a repercussão econômica é presumida em face da repercussão jurídica.

Daí por que o art. 166 do Código Tributário Nacional e a legislação estadual que o acompanha dizem que a restituição, em se tratando de tributo que, por sua natureza, comporte a repercussão jurídica, *“somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”*.

Portanto, em face da regra jurídica que autoriza a repercussão, presume-se que essa de fato aconteça, vale dizer, que efetivamente ocorra a repercussão econômica. Contudo, como toda e qualquer presunção é possível demonstração em contrário.

Assim, cabe ao contribuinte que requer a restituição de um tributo, ainda que demonstrado claramente que seu recolhimento se deu a maior, como no caso em tela, afastar a presunção de repercussão econômica mediante prova em sentido contrário.

No caso em análise, são incontroversos os valores do ICMS pagos a maior, uma vez que vigorava a isenção para as operações e a Recorrida regularmente as levou a tributação.

Cabe, portanto, verificar se a Recorrida alcançou demonstrar a não repercussão econômica do imposto que pretende ver restituído, ou seja, que suportou o ônus do ICMS por ela destacado indevidamente nas notas fiscais, ou que, na hipótese de ter repassado o ônus, está autorizada por quem o suportou para pedir a restituição. Para tal, ela anexa aos autos os relatórios das vendas realizadas (fls. 670/673) e cópias das notas fiscais (fls. 674/881).

Quanto à demonstração de não oscilação de preços, a análise comparativa dos documentos, notas fiscais, autuados às fls. 73/121 emitidos respectivamente no período de 1º de março a 28 de setembro de 2012, período em que a Recorrida ainda não aplicava a isenção em suas operações, com os de fls. 674/881, emitidos entre 02 de outubro de 2012 e 11 de dezembro de 2013, revela que o preço unitário/tonelada da mercadoria “brita nº 0 (zero) ou nº 1”, não se alterou durante todo o período compreendido entre 1º de março de 2012 e 11 de dezembro de 2013, ou seja, manteve-se em R\$ 32,85 (trinta e dois reais e oitenta e cinco centavos) por tonelada.

Cumprido esclarecer que a Recorrida apenas passou a observar a isenção para operações, conforme notas fiscais por ela mesmas apresentadas, a partir de 12 de novembro de 2013, pois as notas fiscais juntadas aos autos às fls. 674/697, emitidas nos meses de outubro e novembro de 2012, apresentam destaque do imposto.

Procedendo a esta análise, verifica-se que não houve alteração do preço da mercadoria. Esse fato conduz à conclusão de que o imposto não estava embutido no preço da mercadoria em relação às notas fiscais que a Recorrida requer a restituição.

Dessa forma, provada a não repercussão do tributo e, demonstrado que a Recorrida suportou o ônus do imposto por ela destacado indevidamente nas notas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais emitidas, devem ser restituído os valores recolhidos de forma incorreta a título de ICMS nas operações com a mercadoria “brita”.

Por fim, deve ser destacado que, em havendo direito a restituição, sobre os valores pagos indevidamente devem incidir os juros e atualização monetária.

Este entendimento consta da decisão citada pela Recorrida consubstanciada no Acórdão n.º 4.074/13/CE, que se encontra assim ementado:

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.

Desta decisão extrai-se, ainda, o seguinte trecho:

NESSE DIAPASÃO, IMPORTANTE CITAR OS ENSINAMENTOS DO PROF. KIYOSHI HARADA, TRAZIDOS PELA RECORRENTE, NOS SEGUINTE TERMOS:

A REPETIÇÃO DE INDÉBITO FUNDA-SE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. O QUE FOI PAGO A MAIS DEVE SER REPETIDO COM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, O QUE FOI PAGO AQUÉM DO LIMITE LEGAL DEVE SER COMPLEMENTADO COM JUROS E CORREÇÃO E, SE FOR O CASO, COM IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE.

O ART. 167 DO CTN DISPÕE SOBRE A PROPORCIONALIDADE NA RESTITUIÇÃO, COMO SEGUE:

.....
COMO SE VÊ, O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN PREVÊ A INCIDÊNCIA DOS JUROS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO, MAS NÃO TRATA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE, QUANDO DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS E MULTAS.

CONTUDO, PREVÊ A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO TRIBUTO DEVIDO PELO CONTRIBUINTE, CONFORME ART. 97, § 2º (COMO EXCEÇÃO DO POSTULADO DA RESERVA LEGAL).

POR OUTRO LADO, A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FIRMOU ENTENDIMENTO DE QUE OS TRIBUTOS E MULTAS DEVEM SER RESTITUÍDOS COM CORREÇÃO MONETÁRIA, CUJO TERMO INICIAL É A DATA DO PAGAMENTO INDEVIDO: STF RE 89.7666-6-SP; STJ SÚMULA 162.

O MINISTRO LEITÃO DE ABREU DEIXOU CONSIGNADO NO RE 88.516-1-SP (2ª TURMA):

COM APOIO NOS PRECEDENTES CITADOS, CONHEÇO DO RECURSO E LHE DOU PROVIMENTO PARA DETERMINAR, PRIMEIRO, QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA DESDE O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECOLHIMENTO INDEVIDO, SEGUNDO, QUE OS JUROS DE MORA SEJAM CALCULADOS À TAXA DE UM POR CENTO AO MÊS.

ADEMAIS, OS PROCEDIMENTOS PARA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS, SEJAM DIRETOS OU INDIRETOS, DE COMPETÊNCIA DE QUAISQUER DOS ENTES TRIBUTANTES, RECOMENDA-SE QUE SEJAM HARMÔNICOS.

NESSE SENTIDO, O MINISTRO FUX DO STJ DEIXOU CONSIGNADO NO AGRG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 766.948 - RS (2006/0082258-5) QUE:

O ACÓRDÃO RECORRIDO, ASSIM COMO OS PARADIGMAS, CUIDA DE ATUALIZAÇÃO E ÍNDICES APLICÁVEIS EM REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. E MESMO QUE NÃO SE DISCUTA SOBRE O MESMO TRIBUTOS, TAL CIRCUNSTÂNCIA É IRRELEVANTE IN CASU, POIS O PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO FAZ ESSA DISTINÇÃO, COMO SE EXTRAI DAS MESMAS EMENTAS QUE TRATAM DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE VARIADOS TRIBUTOS, COM UMA ORIENTAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA UNIFORME.

NO ESTADO DE MINAS GERAIS, A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE TRIBUTOS ESTÁ PREVISTA NO ART. 226 DA LEI Nº 6.763/75, NOS SEGUINTE TERMOS:

.....
DESSE MODO, A LEI ESTADUAL PERMITE A CORREÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS PELOS MESMOS CRITÉRIOS APLICÁVEIS AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS. PORTANTO, INCIDE A TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTÓDIA – SELIC NA CORREÇÃO DOS REFERIDOS DÉBITOS.

RESSALTE-SE QUE, EMBORA O CTN NÃO PREVEJA EXPRESSAMENTE, É ENTENDIMENTO PACÍFICO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF ACIMA CITADO E STJ) DE QUE CABE ATUALIZAÇÃO NA RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS PAGOS INDEVIDAMENTE.

ORA, SE O ESTADO PERMITE A CORREÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS PELOS MESMOS CRITÉRIOS APLICÁVEIS AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS, A CONSEQUÊNCIA LÓGICA É QUE PARA A RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS ESTADUAIS SEJA ADOTADO O MESMO CRITÉRIO. POR ISSO, DEVE SER APLICADA A TAXA SELIC NA RESTITUIÇÃO, QUE INCLUI, A UM SÓ TEMPO, A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 25/07/14. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencidas as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiras Ivana Maria de Almeida e Maria de Lourdes Medeiros que lhe davam provimento, nos termos do voto vencido. Participaram do julgamento, além dos signatários e, das Conselheiras vencidas, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor), Carlos Alberto Moreira Alves e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 01 de agosto de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Fernando Luiz Saldanha
Relator**

CC/CMG

CL