



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO N.º : 0156/2011 – CRF
PAT N.º : 0366/2010 – 1ª. U.R.T
RECORRENTE : CABO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA
RECORRIDO : SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO – SET
ADVOGADO : RODRIGO FONSECA ALVES DE ANDRADE
RECURSO : VOLUNTÁRIO
RELATOR : CONS. TEREZA JÚLIA PEREIRA PINTO

RELATÓRIO

Contra a empresa acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração n.º 0211/10 – 1ª URT, dando conta de que, teria ela, cometido as seguintes infrações: Falta de recolhimento de imposto em virtude de aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao apurado pelo fisco, conforme informação contida no processo n.º 188.653/2007, às folhas 138/139, que trata de pedido de restituição de imposto.

Com isso, infringiu o disposto no art. 150, inciso III, c/c art. 108 e art. 150, XIII, art. 118, todos do Decreto 13.640/97.

Foi aplicada a penalidade prevista no art. 340, II, alínea “a”, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, todos do regulamento do ICMS, aprovado pelo decreto 13.640 de 13/11/97.

Devidamente intimada, a ora recorrente apresentou em tempo hábil reclamação ao feito, alegando que “a hipótese dos autos decorre de suposta falta de recolhimento de imposto, em virtude de aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao apurado pelo fisco”. É que restou reconhecida a cabo serviços de telecomunicações Ltda o direito a restituição de valores referentes ao adicional do fundo estadual de combate á pobreza – FECOP.

“Deste modo, face aos elementos comprovativos favoráveis ao pleito do requerente, JULGO PROCEDENTE o pedido de restituição no valor de R\$ 514.888,53, sob a forma de compensação, com

fundamento no art. 156 do regulamento de procedimentos e de processo administrativo tributário, aprovado pelo decreto de nº 13.796/98. Ressalto que o referido crédito fiscal foi devidamente compensado na escrita fiscal do requerente nos meses de setembro, outubro e novembro de 2007.”(v. decisão da Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais em anexo).

Em momento seguinte, foi prolatado despacho retificador em que se considerou como valor correto a ser restituído, sob a forma de compensação de crédito, o montante de R\$ 411.189,67. Tal despacho foi objeto de homologação pelo Secretário Adjunto de tributação(v. informações, despacho retificador e homologatório, pela autoridade superior, em anexo). A diferença resultaria do fato de que o valor a ser restituído não poderia ser objeto correção monetária, devendo ser apurado por seu valor nominal, nos termos do art. 109, do regulamento do ICMS.

Chamado a apresentar, no tempo regular, a contestação à impugnação da autuada contra peça vestibular do presente processo, o indigitado autor aduz que em atendimento de a Ordem de Serviço nº 1321/2010-COFIS, 01.09.2007 a 30.11.2007, especificamente com relação ao lançamento da diferença do crédito fiscal apropriado indevidamente no período retro mencionado, de acordo com o apurado no processo nº 188.653/2007, foi verificada falta de recolhimento do imposto em virtude de aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao apurado pelo fisco, conforme informação contida no referido processo, às folhas nº 138/139(fl. 27 e 28), que trata de restituição de imposto. O valor homologado, conforme despacho exarado à folha nº 134 do processo 188.653/2007(fl. 26), perfaz o total nominal e histórico de R\$ 411.189,67. No entanto, conforme demonstrado à folha 29, a empresa lançou em sua apuração do ICMS, crédito fiscal no valor de R\$ 551.286,97, incorrendo em crédito indevido de R\$ 140.097,30. Expõem, ainda, que as multas fiscais tem caráter objetivo, não necessitando a demonstração de dolo ou culpa do contribuinte em débito com o Fisco, têm, assim, o nítido escopo de impor castigo e um evidente caráter pedagógico e inibitório do não cumprimento das determinações legais. Conclui requerendo a manutenção do auto de infração em sua integralidade.

Consta dos autos, conforme Termo de informação sobre antecedentes fiscais, às fls. 35, que a autuada não reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

Submetido os autos a julgamento singular, o digno prolator, sem maiores delongas, julgou o feito procedente como posto na inicial, por não vislumbrar na defesa qualquer elemento ou prova capaz de elidir as acusações de que cuida a inicial.

Regularmente intimada da decisão a ela desfavorável, manifestou o contribuinte sua irrisignação, interpondo voluntariamente recurso a esta egrégia corte.

De resto, os autos foram remetidos ao representante da Doutra Procuradoria Fiscal do Estado, de onde foram devolvidos ao Conselho de Recursos Fiscais

sob a alegação de que o parecer da Procuradoria Geral do Estado seria proferido oralmente no dia de audiência de julgamento.

É o que importa relatar.

Sala Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal, 11 de dezembro de 2012.

Tereza Júlia Pereira Pinto

Relator



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO N.º : 0156/2011 – CRF
PAT N.º : 0366/2010 – 1ª. U.R.T
RECORRENTE : CABO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA
RECORRIDO : SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO – SET
ADVOGADO : RODRIGO FONSECA ALVES DE ANDRADE
RECURSO : VOLUNTÁRIO
RELATOR : CONS. TEREZA JÚLIA PEREIRA PINTO

V O T O

Contra a empresa acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração n.º 0211/10 – 1ª URT, dando conta de que, teria ela, cometido as seguintes infrações: Falta de recolhimento de imposto em virtude de aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao apurado pelo fisco, conforme informação contida no processo n.º 188.653/2007, às folhas 138/139, que trata de pedido de restituição de imposto.

Com isso, infringiu o disposto no art. 150, inciso III, c/c art. 108 e art. 150, XIII, art. 118, todos do Decreto 13.640/97.

Foi aplicada a penalidade prevista no art. 340, II, alínea “a”, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, todos do regulamento do ICMS, aprovado pelo decreto 13.640 de 13/11/97.

Quanto à questão meritória, melhor sorte não assiste à ora recorrente, eis que decorrente de aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao apurado pelo fisco no Processo de pedido de restituição de n.º 188.653/2007, onde foi proferida decisão n.º 7/2008 – COJUP favorável ao contribuinte juntamente com despacho retificador, homologada pelo Secretário Adjunto da tributação, no valor R\$ 411.189,67, sob a forma de compensação de crédito.

No entanto, em procedimento de Diligência Fiscal, foi constatado que “a empresa se apropriou nos meses de setembro a novembro/2007, de crédito fiscal no valor de R\$ 551.286,97, valor este superior ao autorizado em R\$ 140.097,30, onde tenta justificar o aproveitamento indevido do crédito, a autuada alega, no caso em espécie, pretende-se afastar a correção monetária do valor a ser restituído, sob o pretexto de incidir o disposto no

art. 109, do RICMS, e que o disposto no mencionado artigo “se aplica às hipóteses de crédito escritural, jamais a situações de pagamento indevido”.

Mas, o que se verifica do art. 109, inciso VIII, e § 2º, do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, é exatamente o contrário, senão vejamos:

Art. 109 - A. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, o imposto anteriormente cobrado em operações de que tenham resultado a entrada, real ou simbólica, de mercadoria no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso, consumo, ativo permanente, recebimento de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, salvo disposição em contrário: (AC pelo Decreto 21.055, de 10/03/2009)

.....
X - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, mediante lançamento, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro;

.....
§ 2º O crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal.

Ou seja, o referido dispositivo legal é claro e objetivo quando contempla o crédito fiscal pelo seu valor nominal no caso do imposto pago indevidamente.

Entendimento este reforçado pelos art. 157, parágrafo único, e 162-B, § 1º, do Regulamento de procedimentos e processos administrativo tributário – RPPAT/RN, aprovado pelo decreto nº 13.796, de 16.02.1998, ao dizerem que “a importância é corrigida monetariamente, observados os mesmo critérios de atualização montaria aplicáveis à cobrança do crédito tributário” e “quando a compensação ocorrer em data posterior à de vencimento do crédito tributário, este não deverá sofrer os acréscimos moratórios previstos na legislação tributária, ficando sujeito apenas à legislação monetária”. Isto é. Quando da aplicação das referidas determinações ao valor nominal, objeto da restituição concedida à empresa autuada, a sua atualização monetária ou correção monetária, não considerando os acréscimos moratórios(juros e multa de mora) ali impedidos, impostará exatamente no valor igual ao originalmente homologado pelo representante legal da SET/RN.

Por tudo isso, este conselho recebe tal alegação como uma forma de postergar a obrigação do contribuinte para com o fisco, sendo a requisição de caráter meramente protelatório, uma vez que a documentação arrolada pelo auditor fiscal e a não existência de contra-provas, que poderiam ensejar uma terceira opinião, são determinantes para afastar qualquer dúvida quanto aos fatos alegados pela Administração.

A discordância do requerente quanto à base de cálculo poderá ser esclarecida quando diferencarmos a cobrança do tributo com a penalidade aplicada.

Os valores discriminados pela autoridade fiscal no auto de infração estão respaldados no art. 340, § 1º, combinado com o art. 946, inciso X:

Art. 340. São punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:

.....

§ 1º A aplicação de penalidades far-se-á sem prejuízo do pagamento do imposto acaso devido ou da ação penal que couber ou, ainda, da ação fiscal cabível contra os demais responsáveis pela infração.

Art. 946. Para efeito do cálculo do ICMS a que se refere a alínea "e" do inciso I do art. 945, com os produtos abaixo discriminados, quando destinados a contribuintes com regime de apuração normal do imposto, toma-se como referência o valor da operação acrescido da despesa de frete, se for o caso, e dos seguintes percentuais de agregação: **(NR. Dada ao caput do artigo 946, pelo Decreto 15.271, de 4/1/2001)**

.....

Melhor sorte não assiste ao ilustre patrono da ora recorrente, quanto às alegações de que a multa infligida seria confiscatória, com efeito, é cediço e de fácil percepção o abismo existente entre tributo e penalidade, especialmente, porque brotam de fontes totalmente distintas.

Outro não é o magistério da eminente tributarista das terras da inconfidência, Misabel Abreu Machado Derzi: *“É que a obrigação tributária, como distingue o art. 3º do CTN, não é sanção de ato ilícito, sendo juridicamente inconfundível com penalidade”*.¹

Nesse mesmo norte, ao lecionar sobre o tema, o insigne tributarista das terras Alencarinas, Hugo de Brito Machado², pontifica: *“A vedação constitucional de que se cuida não diz respeito às multas, porque tributo e multa são essencialmente distintos”*. E continua o mestre dos mestres: *“No plano estritamente jurídico, ou plano da Ciência do Direito, em sentido estrito, a multa distingue-se do tributo porque em sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito”*. E conclui o ex-magistrado: *“... já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte que as condutas que ensejam sua cobrança restem efetivamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória”*. O que, evidentemente, não é o caso dos autos.

Os esclarecimentos supra realizados somados ao parecer da PGE são suficientes para rechaçar as razões recursais da autuada.

Destarte, entendendo que o auto de infração define claramente a ocorrência, enquadrando corretamente na legislação vigente e a presente tipificação caracteriza fato típico de cominação legal; considerando que as denúncias se constituem em motivo de penalidade, conforme disciplina o Regulamento do ICMS, aprovado pelo decreto 13.640/97.

Por tais razões, e considerando tudo mais que do processo consta, VOTO, pelo conhecimento e improvemento do recurso interposto, para manter íntegra a decisão singular que julgou o feito procedente.

¹ In comentários ao Código Tributário Nacional, p.377, 2ª ed. Forense editora – RJ – 1998.

² In curso de Direito Tributário, 15ª. ed P 206 – Malheiros Editores

É como voto.

Sala Conselheiro Danilo Gonçalves dos Santos, Natal RN, 11 de dezembro de 2012

Tereza Júlia Pereira Pinto

Relator.



RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO nº : 191418/01/09/2010-2/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0156/2011-CRF.

PAT Nº 0366/2010-1ª URT.

RECORRENTE : CABO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ADVOGADO: RODRIGO FONSECA ALVES TRINDADE e OUTROS

RECORRIDO : SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RELATORA : Cons. TEREZA JÚLIA PEREIRA PINTO

RELATOR VOTO VISTA: Cons. WALDEMAR ROBERTO MORAES DA SILVA

RECURSO :VOLUNTÁRIO.

VOTO VISTA

1. Da análise do Auto de Infração n.º 0211, da 1ª URT (p. 01), de 26/08/2010, depreende-se que a empresa acima epigrafada, qualificada nos autos, foi autuada em 01 (uma) infringência, onde consta, no item OCORRÊNCIA “falta de recolhimento de imposto em virtude de aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao apurado pelo fisco, conforme informação contida no processo nº 188.653/2007, às folhas 138/139, que trata de pedido de restituição de imposto”, e como INFRINGÊNCIA, “o contribuinte infringiu o disposto no(s) Art. 150, incisos III, c/c o Art 108 e Art. 150, XIII, Art. 118, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640 de 13/11/1997” e a PENALIDADE “prevista no(s) Art. 340, II, alínea “a”, combinado com o Art. 133, todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Dec. 13.640 de 13/11/97”,
2. As infringências apontadas redundaram nas propostas de penalidades citadas, tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de R\$ 140.097,30 (cento e quarenta mil e noventa e sete reais e trinta centavos), e multa de R\$ 210.145,95 (duzentos e dez mil, cento e quarenta e cinco reais e noventa e cinco centavos), perfazendo um total de R\$ 350.243,25 (trezentos e cinquenta mil, duzentos e quarenta e três reais e vinte e cinco centavos) a serem corrigidos monetariamente.
3. Dos fatos constantes dos presentes autos e das questões apontadas, no âmbito deste voto vista, é de imperiosa relevância assentar a questão fulcral, qual seja, se na repetição de indébito, originado por pagamento de valor ao Estado acima do legalmente devido, ou indevidamente recolhido a título de tributo, aplica-se a correção a partir da data do pagamento ou restitui-se pelo seu valor nominal, ou ainda, somente a partir da decisão administrativa definitiva que determinou a restituição do valor pago a maior é que importa a aplicação dos acréscimos legais, pois ao se estabelecer esta questão, resolve-se a lide.

4. Assim, mesmo diante de que o Relatório já foi aprovado, importa balizarmos situações fáticas incontroversas, para à partir daí podermos deslindar com pretensa segurança a questão que originou a autuação da Recorrente.
5. Isto posto, temos que nos autos do Processo nº 188.653/2006, onde consta como interessado a Recorrente, tendo como assunto a “Restituição de ICMS”, foi-lhe dado a Decisão nº 7/2008 – COJUP, na data de 16 de janeiro de 2008, da lavra do Julgador Fiscal Isnard Dubeux Dantas, que diz “Deste modo, face aos elementos comprovativos favoráveis ao pleito do Requerente, **JULGO PROCEDENTE** o pedido de restituição no valor total de R\$ 514.888,53” (p. 058), e logo em seguida, “sob forma de compensação, com fundamento no art. 156 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário, aprovado pelo Decreto nº 13.796/98. Ressalto que o referido crédito fiscal foi devidamente compensado na escrita fiscal do requerente nos meses de setembro, outubro e novembro de 2007. Submeto esta decisão ao Exmo. Sr. Secretário de Estado da Tributação, a quem compete autorizar a restituição, nos termos do art. 158 do referido regulamento” (p. 058).
6. Assim consta nos autos cópia do DESPACHO do Exmo. senhor Secretário – Adjunto da SET (p. 061) datado de 29 de janeiro de 2008 onde diz “Encaminhe-se o presente processo à Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais – COJUP, para esclarecimento sobre a divergência entre o valor constante da decisão 7/2008 e aquele informado pelo contribuinte no demonstrativo de fls. 108”, como também cópia do DESPACHO RETIFICADOR (p. 62), datado de 12 de março de 2008, da lavra do do Julgador Fiscal Isnard Dubeux Dantas, o qual dita que “Atendendo o pedido de esclarecimento do Sr. Secretário Adjunto, efetuamos revisão no presente processo, juntamente com os Auditores do Grupo Especializado em Energia e Comunicação, e constatamos que o valor da restituição constante na Decisão, fl. 131, é incorreto. O valor correto a ser restituído, sob forma de compensação de crédito, é de R\$ 411.189,67 (quatrocentos e onze mil, cento e oitenta e nove reais e sessenta e sete centavos). Tal quantia é resultante da soma dos valores constantes nos demonstrativos às fls. 06 e 128”, e cópia da INFORMAÇÃO, datada de 19 de junho de 2008, também da lavra do Julgador Fiscal Isnard Dubeux Dantas, onde afirma que “O valor constante da 1ª decisão foi modificado em razão de equívoco cometido pelo julgador que analisou o processo, e, logo após ter sido provocado a reexaminá-lo fez retificação necessária. Assim, mantenho a retificação da decisão de fls. 133, em razão do pagamento realizado do adicional relativo ao FECOP não estar incluído nas hipóteses relacionadas no art. 104 – A, do Regulamento de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado do Rio Grande do Norte – RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997. Tal valor refere-se aos valores nominais efetivamente recolhidos de forma indevida e está em consonância com o preconizado pelo art. 109, inciso VIII, § 2º do RICMS” e o DESPACHO (p. 063), do Exmo senhor Secretário Adjunto da Secretaria de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte que determina “Homologo a decisão nº 7/2008 – COJUP, da lavra do julgador fiscal Isnard Dubeux Dantas, com observância do despacho retificador de fls. 133, e autorizo a restituição do imposto pago indevidamente no valor de R\$ 411.189,67

(quatrocentos e onze mil, cento e oitenta e nove reais e sessenta e sete centavos), sob forma de compensação de crédito. Encaminhe-se o presente processo à COFIS, para verificar a exatidão da apropriação do valor da restituição, que segundo consta da referida decisão foi compensado na escrita fiscal do requerente nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2007”.

7. Isto posto, passemos a análise do conflito, e para tal, inicio com o artigo 167 do Código Tributário Nacional – CTN, a lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que diz:

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

8. Ao comentar este artigo o ilustre professor Aliomar Baleeiro, no seu DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, FORENSE, 10ª edição, Rio de Janeiro, 1981 nos ensina que “Ordenada, administrativa ou judicialmente, a restituição do principal – o tributo indevido, inclui-se também o montante dos juros moratórios e das penalidades impostas em decorrência da cobrança ilegal, arbitrária, ou errônea, exceto as de caráter formal não vinculadas à causa da repetição” (ob. Cit. p. 569), e ao tratar dos juros de mora diz que estes “contar-se-ão da decisão da qual não caiba mais recurso na fase cognoscitiva e não da liquidação do julgado. Nesse ponto, o CTN foi mais generoso do que outros diplomas, que só fazem fluir os juros contra a Fazenda depois de executada e liquidada a decisão” (ob. Cit. p. 569), e nas linhas de rodapés expõe que “Como se sabe, não estando prevista em lei a correção monetária do que tenha sido indevidamente pago a título de tributo, a jurisprudência, especialmente a do STF, só recentemente – a partir de 1975 – passou a admiti-la, com fundamento, ora na interpretação extensiva, ora na analogia, ora em considerações de equidade. Entre os muitos acórdãos que concedem a correção, predominando o argumento analógico, v. ERE 77.698-SP, RTJ, 75/810; ERE 80.196-SP, RTJ, 76/876; RE 80.198-SP, RTJ, 75/873; RE 83.506-SP, RTJ, 76/322; ERE 75.239-SP, RDA, 126/120; RE 81.080-SP, RDA, 126/122; RE 79.900-SP, RDA, 126/123; RE 83.436-SP, RTJ, 81/570; RE 83.344, RTJ, 80/205; RE 84.460, RTJ 80/227; RE 86.820-SP, RDA, 133/99; RE 87.253-SP, RDA, 134/77” (ob. Cit. p. 569).
9. O eminente professor Hugo de Brito Machado, no seu CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, MALHEIROS EDITORES, 21ª edição, 2002, São Paulo, Brasil, pp., 174 a 180, ao tratar do pagamento indevido, no tocante a restituição diz que “A restituição do tributo indevidamente pago enseja a restituição, na mesma proporção, das multas e dos juros respectivos. Se o tributo não era devido, indevida também era a multa, e indevidos os juros. A restituição é de todo o crédito indevidamente pago, que há de ser monetariamente corrigido. Assim já vinha decidindo o Supremo

Tribunal Federal, que inicialmente decidira em sentido contrario. Hoje, relativamente aos tributos federais, há lei determinando a correção monetária (Lei n. 8.383/91, art. 66, § 3º). Não são restituídas, porém, como decorrência da restituição do tributo, as multas por infrações formais, vale dizer, pelo descumprimento de obrigações acessórias. A razão é simples: se a obrigação acessória efetivamente foi descumprida, e por isto a multa efetivamente era devida, não há por que se cogitar de sua restituição (CTN, art. 167)” (p. 177), e trás o regramento adequado a matéria ao ensinar que “A restituição do que a título de crédito tributário foi pago indevidamente pressupõe de uma decisão administrativa que a determina, vale dizer, que defere o pedido do contribuinte. A partir da data em que essa decisão transita em julgado, isto é, torna-se definitiva no âmbito da Administração, se por qualquer motivo a restituição não se efetiva, o valor respectivo é acrescido de juros (CTN, art. 167, parágrafo único)” (ob. Cit. p. 177), e mais adiante que “E embora não exista regra legal expressa, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento pelo qual é devida também a correção monetária na restituição do tributo pago indevidamente. Chegou o Supremo a essa conclusão por aplicação analógica, com fundamento no art. 108 do CTN, da regra que cuida da restituição do depósito. Se o contribuinte, em lugar de depositar paga e depois pede a restituição, deve ter direito de haver o que pagou corrigido, tal como receberia se houvesse depositado”.

10. Ainda, o pré-falado professor, em outra obra de fôlego, o seu *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL*, EDITORA ATLAS S A, São Paulo, 2009, 2ª edição, v. III, pp., 394 a 404, ao comentar o citado artigo 167 e parágrafo único do CTN, e definir os acréscimos legais na repetição de indébito, nos ensina que “Com a expressão acréscimos legais designamos aqui todos os valores que são, por força de lei, acrescentados ao tributo. Multas, juros, atualização monetária – se for o caso – e tudo o mais que a lei determine seja acrescentado ao valor tributo. Trata-se de expressão genérica que se presta para designar tudo o que a lei determina seja acrescentado ao tributo, seja a título de simples mora, ou de uma outra forma de sanção, ou a título de atualização do valor em decorrência da inflação. Basta que o acréscimo seja em decorrência automática da aplicação da lei para que o mesmo caiba na expressão acréscimos legais. A norma albergada pelo art. 167 do Código Tributário Nacional é meramente explicitante, posto que ainda que o mesmo não existisse ter-se-ia de entender como nela é estabelecido. Se o tributo foi pago indevidamente e ao valor do mesmo foram acrescentados outros valores, esses acréscimos legais devem ser restituídos na mesma proporção, posto que nessa mesma proporção tais acréscimos foram pagos indevidamente. Se o tributo foi pago indevidamente, e por isto mesmo há de ser restituído, também restituídos devem ser aqueles acréscimos legais” (ob. Cit. p. 394),
11. e que “Os valores por nos aqui denominados *acrécimos legais* são verdadeiros acessórios do tributo, no sentido em que a palavra *acessório* é em geral utilizada. Não devemos, todavia, confundi-los com as obrigações tributárias acessórias. As multas, moratórias ou não, e até os juros, integram a obrigação tributária principal. Quando qualificamos um acréscimo legal como acessório do tributo, apenas queremos dizer que a exigência do mesmo decorre automaticamente da exigência nas circunstâncias em que tal exigência se efetiva. O ser acessório, aqui, nada tem a ver com as denominadas obrigações acessórias, posto que estas não tem natureza pecuniária. O acessório, aqui,

tem o sentido no qual essa palavra é geralmente utilizada, na linguagem, comum e na linguagem jurídica em geral. E tal como acontece com o acessório da linguagem jurídica em geral, o acessório, como acréscimo legal ao valor do tributo, segue a sorte do principal” (ob. Cit. pp., 394 a 395),

12. ainda ao tratar dos juros estabelecidos no parágrafo único, diz que é a lei que determina “ que a restituição do tributo vence juros não capitalizáveis a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar. Juros *não capitalizáveis* quer dizer juros simples, juros que não se incorporam ao valor do tributo indevido para que sobre eles incidam os juros de período subsequente” (ob. Cit. p. 397), e ao balizar o momento em que deve começar a ser calculados os juros diz que “Orientou-se a jurisprudência no sentido de que, na restituição de tributo indevidamente pago, os juros devem ser contados a partir do trânsito em julgado da sentença que a determina. Prestigiamos esse entendimento em diversas sentenças, como Juiz Federal da 2ª Vara no Ceará, e, em diversos acórdãos, como Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Em 1993, como Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apreciando mais uma vez a matéria, modificamos aquele entendimento, e nosso voto foi acompanhado pelos demais integrantes da 1ª Turma daquele Tribunal que, à unanimidade, decidiu manter sentença na qual fora a Fazenda Nacional condenada a pagar juros a partir da citação. Esta é a melhor interpretação do art. 167 do Código Tributário Nacional” (ob. Cit. p. 397),
13. e discorrendo sobre este parágrafo, no caso de haver decisão administrativa de repetição de indébito, diz que “relendo mais uma vez os arts. 165 a 169 do Código Tributário Nacional, restamos convencidos de que a norma do art. 167, parágrafo único, no qual se funda a jurisprudência, refere-se à decisão definitiva da autoridade administrativa, e não à sentença na ação de repetição do indébito. O parágrafo único, do art. 167, do Código Tributário Nacional, diz que ‘*a restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar*’. Essa norma, porém está colocada imediatamente antes daquela segundo a qual o prazo para pleitear a restituição extingue-se em cinco anos (art. 168), e que, indubitavelmente, refere-se ao pedido de restituição na via administrativa. O elemento sistemático, portanto, está a indicar que a decisão mencionada no parágrafo único, do art. 167, é a administrativa” (ob. Cit. p. 398),
14. e que ao se reportar a jurisprudência diz que “Não obstante as razões já expostas nestes comentários, a jurisprudência adotou a interpretação meramente literal do art. 167 do Código Tributário Nacional e consolidou-se, assim, no sentido de que os juros somente são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença que determina a restituição. Resquício evidente do autoritarismo, que levou o mestre Baleeiro a considerar que o CTN, aí, criou regra própria, pois outros diplomas só oneram o Tesouro Nacional com juros depois de liquidada, em execução, a decisão que o condenou” (ob. Cit. p. 402),
15. e trás também notícias interessantes sobre o tema ao dizer que “ O Supremo Tribunal Federal, por despacho do Ministro Marco Aurélio, proferido no Agravo de Instrumento nº 228.519-4 em 11 de outubro de 1988, 15 manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 167 do Código Tributário Nacional, com a interpretação que ao mesmo vinha

sendo dada pela jurisprudência. Não temos, porém, conhecimento de julgamento final da Corte Maior, sendo possível que tenha havido desinteresse na apreciação da matéria em face da legislação superveniente” (ob. Cit. p. 403), e que “ Seja como for, de tão imoral que é a contagem dos juros somente a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, e não obstante o apoio da jurisprudência, o próprio Governo Federal resolveu propor ao Congresso Nacional, e este aprovou, lei nova no sentido de que os juros devem ser calculados a partir da data do pagamento indevido”(ob. Cit. p. 403),

16. assim, sobre a referida lei diz que “Por isto mesmo, reportando-se ao dispositivo inovador, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu que, "a partir da lei, a regra do art. 167, parágrafo único, do CTN, segundo a qual os juros na restituição se contam pela taxa legal do trânsito em julgado, é neste ponto inaplicável (se não derogada), sem qualquer objeção constitucional porque esse não é um preceito reservado à lei complementar como se pode verificar do art. 146, III, da CF/88”, e mais especificamente que “O art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, indexou, a partir de 1º de janeiro de 1996, o indébito tributário à Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e Custódia- SELIC, e a jurisprudência tem entendido que se trata de inovação esperada, que iguala a Fazenda e os particulares no cumprimento de suas obrigações” (ob. Cit. p. 404), para ao final fechar o assunto ao proclamar que “E não há dúvida de que se trata de uma igualdade que bem poderia ter sido assegurada pelo Judiciário, com apoio da Constituição Federal. Não o fazendo, os juízes brasileiros perderam excelente oportunidade de contribuir positivamente para a edificação de nosso Direito”.
17. A jurisprudência têm decidido pela repetição do indébito privilegiando o princípio isonômico e legal, e para tal reproduzimos o EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 286.404 - PR (20020161442-0) que diz:

RELATOR	MINISTRO LUIZ FUX
EMBARGANTE	CHRISTIANO DE CARLI E COMPANHIA LTDA E OUTROS
ADVOGADO	EDILSON JAIR CASAGRANDE E OUTRO
EMBARGADO	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR	JOSÉ ALEXANDRE P NUNES E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. TERMO A QUO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DA 2ª TURMA QUE CONCLUIU PELA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC (LEI 9.250/95) EM COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO PARA MODIFICAR O ACÓRDÃO EMBARGADO.

1. O parágrafo 4º, do artigo 39, da Lei nº 9.250/95 dispõe que a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa SELIC, calculados a partir de 1º de janeiro de 1.996 até o mês anterior ao da compensação ou restituição. *A fortiori*, os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora até a aplicação da TAXA SELIC. Consectariamente, os juros de mora devem ser aplicados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir do trânsito em julgado da decisão. Todavia, os juros pela taxa Selic devem incidir somente a partir de 1º/01/96. Decisão que ainda não transitou em julgado implica a incidência, apenas, da taxa SELIC.

2. Destarte, a restituição a que se refere a Lei 9.250/95 não é senão a consequência do pedido de repetição.

3. Aliás, o próprio CTN no seu art. 167 que deu ensejo à Súmula 188 E. S.T.J. que versa o termo *a quo* dos juros na repetição, refere-se à repetição do indébito como "restituição". Em assim sendo, impõe-se a higidez da novel legislação (Lei 9.250/95) que é claríssima em seu § 4º, e que mantém-se em vigor até a sua declaração difusa ou concentrada de inconstitucionalidade.
4. Deveras, aplicar a taxa SELIC para os créditos da Fazenda e inaplicá-la para as restituições viola o princípio isonômico e o da legalidade, posto causar privilégio não previsto em lei.
5. O eventual confronto entre o CTN e a Lei 9.250/95 implica em manifestação de inconstitucionalidade inexistente, por isso que, vetar a Taxa SELIC implica em negar vigência à lei, vício *in iudicando* que ao STJ cabe coibir.
6. É assente nas Turmas de Direito Público, com ressalvas minoritárias, que na repetição do indébito, os juros SELIC são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência do campo tributário (art. 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95).
7. Deveras, a imputação de juros em débitos tributários ou em créditos da mesma origem prescinde de lei complementar para instituí-la, conforme resta evidente do art. 146, III, da CF, restando a fixação dos juros como intervenção estatal no domínio econômico.
8. Sedimentou-se, assim, a tese vencedora de que o termo *a quo* para a aplicação da taxa de juros SELIC em repetição de indébito é a data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência no campo tributário, consoante dispõe o art. 39, parágrafo 4º, da lei 9.250/95.
9. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2003(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

18. A Lei nº 6.968, de 30 de dezembro de 1996, ao tratar do aspecto temporal da restituição, estabelece que os valores deverão ser devolvidos, "a partir da data do pagamento indevido", ou seja, se o sujeito passivo pagou indevidamente ICMS, multa, juros e correção monetária, deverá ter a restituição a partir da data do pagamento, conforme art. 42 e parágrafo único ao dizer que

Art. 42. A restituição total ou parcial do ICMS dá lugar à devolução de penalidade tributária, juros de mora e correção monetária pagos, atualizados a partir da data do pagamento indevido até a data do despacho concessório.

Parágrafo único. A restituição não abrange as multas de natureza formal não prejudicadas pela causa assecuratória da restituição,

19. e o parágrafo único do art. 41 da referida Lei diz que o sujeito passivo que pagou tributo indevidamente ao Estado “poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo”,
20. e “segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo”, de conformidade com o § 4º do seu art. 40, que diz “Nas hipóteses do parágrafo anterior e do parágrafo único do art. 41, sobrevindo decisão contrária irreversível,” o sujeito passivo “procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis”, claramente podemos entender, que é os valores pagos indevidamente e os acréscimos legais cabíveis,
21. e mais especificamente, como estabelece nos artigos 38 a 39, que trata sobre os critérios referentes ao tributo, dita:

Art. 38. O pagamento espontâneo do imposto, fora dos prazos regulamentares e antes de qualquer procedimento do Fisco, ficará sujeito à multa de mora, de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) diários, até o limite de 4% (quatro por cento), sem prejuízo da correção monetária.

Art. 39. O crédito tributário, inclusive o decorrente de multas, atualizado monetariamente, será acrescido de juros de mora, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, para títulos federais, acumuladas mensalmente, ao mês ou fração.

§1º O percentual de juros de mora relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado será de 1% (um por cento).

§2º Em nenhuma hipótese, os juros de mora previstos neste artigo poderão ser inferiores à taxa de juros estabelecida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

§3º Os juros previstos neste artigo serão contados a partir do mês em que expirar o prazo de pagamento.

§4º No caso de parcelamento, os juros de mora serão calculados até o mês da celebração do respectivo termo de acordo e, a partir daí, nova contagem até o mês do efetivo pagamento de cada parcela.

§5º Nos casos de verificação fiscal, quando não for possível precisar a data da ocorrência do fato gerador, adotar-se-á:

I - o índice correspondente ao mês de julho, quando o período objeto de verificação coincidir com o ano civil;

II - o índice correspondente ao mês central do período, se o número de meses for ímpar, ou o correspondente ao primeiro mês da segunda metade do período, se aquele for par.

§6º A Secretaria de Tributação adotará as taxas de juros estabelecidas pelo Governo Federal

22. dispositivos legais, que obedecem ao princípio da isonomia, entre o Estado e o Contribuinte Cidadão e da moralidade, onde evita-se de modo patente o enriquecimento ilícito do Estado em detrimento do particular.
23. Ainda, é todo importante esclarecer, que o Recorrente realizou o pedido de restituição no exercício de 2006, e como não obteve a decisão do órgão competente para deliberar, creditou-se por força do parágrafo único do artigo 41 da citada Lei que diz “Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo”, assim, como também é atestado na Decisão nº 7/2008 – COJUP, datada de 16 de janeiro de 2008, que após exarar “Deste modo, face aos elementos comprovativos favoráveis ao pleito do Requerente, **JULGO PROCEDENTE** o pedido de restituição no valor total de R\$ 514.888,53” (p. 058), diz “Ressalto que o referido crédito fiscal foi devidamente compensado na escrita fiscal do requerente nos meses de setembro, outubro e novembro de 2007”(p. 058)
24. O Regulamento de Procedimento e de Processo Administrativo Tributário, aprovado pelo Decreto nº 16 de fevereiro de 2013 diz no seu artigo 157 e parágrafo único que

Art. 157. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar, também, à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo se referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A importância a ser restituída é corrigida monetariamente, observados os mesmos critérios de atualização monetária aplicáveis à cobrança do crédito tributário.
25. Isto posto, cabe ressaltar que o artigo 109, caput, citado na época do inusitado “DESPACHO RETIFICADOR” (p. 062) e INFORMAÇÃO (pp., 059 e 060), reporta-se aos créditos fiscais, dito escriturais, de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, e nunca em se tratando de valores pagos, indevidamente aos cofres públicos, em moeda corrente, a título de imposto, os quais, ao serem restituídos devem se comportar nas mesmas regras do tributo a ser pago pelo contribuinte.
26. Diante das cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS (pp., 22 a 30) constando que nos períodos set, out e nov/2007, valores R\$ 208.183,81, 207.252,78 e 208.028,25 respectivamente e como a Decisão Singular apurou R\$ 514.888,53, os autos após o julgamento deve ser encaminhado a COFIS para eventuais correções se for o caso.

27. Portanto, decorrente de tais razões, e ainda, de tudo mais que consta do processo, VOTO, pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário, para contrariar o voto da Ilustre Relatora, reformar a decisão de Primeiro Grau, e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração N° 00000211/2010.

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal/RN, 31 de janeiro de 2013.

Waldemar Roberto Moraes da Silva.
Relator



RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO nº : 191418/01/09/2010-2/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0156/2011-CRF.

PAT Nº 0366/2010-1ª URT.

RECORRENTE : CABO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ADVOGADO: RODRIGO FONSECA ALVES TRINDADE e OUTROS

RECORRIDO : SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RELATORA : Cons. TEREZA JÚLIA PEREIRA PINTO

RELATOR VOTO VISTA: Cons. WALDEMAR ROBERTO MORAES DA SILVA

RECURSO :VOLUNTÁRIO.

ACÓRDÃO Nº 016/2013

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO EM VIRTUDE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITO FISCAL EM MONTANTE SUPERIOR AO APURADO PELO FISCO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO FORMULADO. DEMORA NO ATENDIMENTO. CREDITAMENTO POR FORÇA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 41 DA LEI 6968/1996. DECISÃO POSTERIOR DA COJUP CONFIRMANDO A REPETIÇÃO E VALORES. DESPACHO RETIFICADOR DA COJUP ALTERANDO DECISÃO ANTERIOR. DESPACHO HOMOLOGADOR DA AUTORIDADE COMPETENTE CONFIRMANDO DECISÃO NOS MOLDES DO DESPACHO RETIFICADOR. IMPROCEDÊNCIA. A RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE OBEDECE AOS MESMOS CRITÉRIOS PARA O PAGAMENTO DO TRIBUTO. DICÇÃO DOS ARTS. 38 A 42 DA LEI Nº 6968/96. **RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. CONTRARIANDO VOTO DA RELATORA E PARA REFORMAR A DECISÃO DA COJUP. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por maioria de votos, em conhecer dar provimento ao recurso voluntário, para **CONTRARIAR O VOTO DA RELATORA, REFORMAR A DECISÃO DA COJUP e JULGAR o AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.**

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal/RN, 31 de janeiro de 2013.

Marta Jerusa Pereira Souto Borges da Silva
Presidente

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Relator

