



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. ART. 150, §7º, DA CRFB/88. INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO STF. DEVER DE RESTITUIÇÃO QUANDO À BASE DE CÁLCULO REAL FOR INFERIOR À PRESUMIDA. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA SISTEMÁTICA INTRODUZIDA PELO DECRETO 54.308/18. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DECISÃO PROFERIDA PELO STF. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE RESTRINGIR O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA SISTEMÁTICA, SOB PENA DE HAVER ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO FISCO.

- O Supremo Tribunal Federal, no RE 593849, fixou o entendimento segundo o qual, na hipótese de substituição tributária para frente, a restituição do imposto pago é cabível, não somente quando o fato gerador presumido não ocorrer, mas, também, quando, a despeito de sua ocorrência, a base de cálculo real for inferior à presumida, hipótese em que o contribuinte fará jus à diferença do imposto pago a maior.

- Regulamentando a forma pela qual deve ocorrer a restituição da diferença do ICMS pago a mais, no regime de substituição tributária para frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, o Estado do Rio Grande do Sul editou o Decreto 54.308/18.

- Conforme a sistemática introduzida para fins de restituição do imposto pago a maior, nas hipóteses em que a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, o contribuinte deverá creditar-se nas operações subsequentes, ou seja, em tais hipóteses, a restituição do valor pago a maior a título de ICMS ocorrerá, não em pecúnia, mas pela via da compensação, por meio de crédito escritural, com base nas futuras operações a serem realizadas.

- A restituição, a ser promovida pela via da compensação, e não em pecúnia, em nada viola a decisão proferida pelo STF, no RE 593849. Primeiro, porque não restou decidido que a restituição deveria ocorrer somente em pecúnia. Segundo, porque, em sendo o ICMS



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

tributo não cumulativo, em que o acerto de contas ocorre por meio do sistema de créditos e débitos, nada justifica que a restituição de imposto pago a maior, em razão da substituição tributária, seja em pecúnia, sobretudo porque o sistema de compensação se dá, ordinariamente, pelo sistema de conta-corrente fiscal, próprio do ICMS.

- Contudo, a depender do caso concreto, se a base de cálculo efetiva da operação se mostrar sempre inferior à base levada à efeito pelo fisco nunca haverá restituição, pela via da compensação, a favor do contribuinte, e, com isso, o fisco locupletar-se-á indevidamente. Em razão disso, a sistemática da restituição do imposto pago a maior, introduzida pelo Decreto 54.308/18, somente confere funcionalidade ao modo de apuração do ICMS quando o contribuinte, em razão de operações subsequentes que vier a praticar, possuir débito de ICMS; do contrário, eventual crédito que o contribuinte possuir, em razão do imposto pago a maior, por força de substituição tributária para frente, permanecerá com o fisco, que nunca promoverá a restituição dos valores.

- Apesar disso, o pedido de antecipação de tutela não pode ser concedido na extensão pretendida pelo agravante, pois, caso sejam suspensos os efeitos do art. 1º do Decreto 54.308/2018, toda a sistemática de restituição para casos de substituição tributária ficará afetada, e, aí sim, os contribuintes que efetivamente possuem crédito a compensar ficarão alijados. Por isso, mostra-se possível restringir o âmbito de incidência do art. 1º do Decreto 54.308/18 apenas à necessidade de a restituição dar-se por creditamento, até que surja algum débito de ICMS a compensar, salvo se, no prazo de 90 dias, o contribuinte não tiver débito a compensar, quando a restituição deverá se dar em pecúnia ou por transferência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARCIALMENTE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-
57.2018.8.21.7000)

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

SINDIPETRO - SINDICATO DO COM
VAREJISTA DE DERIVADOS DE
PETROLEO

AGRAVANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, [à unanimidade, em prover parcialmente o agravo de instrumento.](#)

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA.**

Porto Alegre, 07 de maio de 2019.

DES.ª MARILENE BONZANINI,

Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SINDIPETRO - SINDICATO DO COM VAREJISTA DE DERIVADOS DE PETROLEO, nos autos do mandado de segurança impetrado em face de ato praticado pelo DELEGADO DA 3ª DELEGACIA DA RECEITA ESTADUAL



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

DE CAXIAS DO SUL, contra a decisão que indeferiu o pedido liminar, consistente na suspensão dos efeitos do art. 1º do Decreto Estadual nº 54.308/2018.

Nas razões, após historiar os fatos, disse que, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal, “o ICMS ‘atenderá’ às normas constantes do § 2º, do art. 155 da CF, assim como ‘será não cumulativo’”. Salientou que as alterações promovidas pelo Decreto Estadual 54.308/18 violam a sistemática da não cumulatividade inerente ao ICMS e ICMS/ST, ao argumento de que, na forma como restou disciplinado, a existência de eventual saldo credor será transferido sempre para os períodos seguintes para posterior compensação com saldos credores também de substituição tributária. Em razão disso, sustentou que a alteração, “na forma como está posta, fere não só o já citado princípio da não cumulatividade (art. 155, inciso II, § 2º, inciso I, da CF), na medida em que afasta a aplicação do art. 22, do Livro III do RICMS (o qual assegura restituição imediata do valor recolhido a maior), como também fere a decisão tomada no Tema 201 da repercussão geral junto ao STF no precedente veiculado pelo RE 593.849.” Advertiu que “instituir sistema de restituição de créditos de ICMS recolhidos pelo sistema de substituição tributária somente via compensação, sepultará o princípio da não-cumulatividade, eis que os valores recolhidos a maior em função da prática de preços ao consumidor final em patamares inferiores à pauta fiscal passarão a pertencer ao erário Estadual, sem qualquer possibilidade de restituição.” Mencionou que a alteração legislativa promovida, caso mantida, viola o que restou decidido pelo STF, no RE 593.849, sobretudo porque, “a partir do momento em que o Estado pretende, segundo a dicção do Decreto 54.308/18, impedir a restituição do imposto indevidamente recolhido ou recolhido a maior, instituindo sistema anômalo de restituição via compensação compulsória, está se apropriando indevidamente de valores pertencentes ao contribuinte, o que configura indesejável e constitucionalmente proibido confisco.”



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Arrematou afirmando que, caso mantida as alterações legislativas promovidas pelo agravado, “os valores que os contribuintes têm eventualmente a restituir ficarão eterna e indevidamente nos cofres do Estado, sem possibilidade de restituição.” Ainda, ponderou que “não é lícito ao Poder Executivo Estadual, por meio de um mero Decreto, criar empecilhos à restituição de valores provenientes da substituição tributária do ICMS, ainda mais quando tal diploma cria condições e exigências não previstas na Constituição e tampouco em Lei Complementar, em nítida violação ao princípio da legalidade e à hierarquia das leis.” Por outro lado, caso o Decreto Estadual 54.308/18 não seja considerado ilegal e inconstitucional, sustentou que as alterações devem ser submetidas ao disposto no art. 150, III, ‘c’, da CF, pois, “ao criar óbices para impedir a restituição de valores do ICMS/ST, bem como, ao exigir o recolhimento aos cofres públicos de eventual saldo positivo (“valor a complementar”), nas hipóteses em que o montante do imposto efetivo seja maior do que o montante do imposto presumido (recolhido com base de cálculo fixada por pauta fiscal), acabou por majorar, ainda que em algumas hipóteses indiretamente, a carga tributária dos contribuintes sujeitos à essa sistemática.” Postulou a antecipação dos efeitos da tutela recursal, “para suspender os efeitos do art. 1º do Decreto Estadual nº 54.308/2018 e, em consequência, suspender os efeitos das alterações realizadas pelo referido Decreto no Livro III do RICMS, posto que absolutamente ilegais e inconstitucionais, até o julgamento definitivo do mérito no presente mandamus, bem como determine que os eventuais pedidos de restituição formalizados pelos” seus “associados (...) sejam devidamente analisados e julgados, nos exatos termos do estabelecido pelo art. 22 do Livro III do RICMS”, ou, alternativamente, reconhecer “a impossibilidade de o Decreto nº 54.308/2018 produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019, tendo em vista a necessidade de que seja respeitado o princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, inc. III, alínea “c”, da CF), razão pela qual somente



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

poderá começar a ser aplicado após 05/02/2019.” Ao final, requereu o provimento o agravo para que seja reconhecida a “nulidade do Decreto Estadual nº 54.308/2018, posto que indiscutivelmente eivado de ilegalidades e inconstitucionalidades” (fls. 04/25-e).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido, em sede de plantão (fls. 100/109-e).

Os autos foram distribuídos por sorteio, em regime de substituição, vindo conclusos (fl. 114-e).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 128/133-e).

O Ministério Público opinou, preliminarmente, pela intimação do agravante para realizar o preparo, em dobro, e, caso cumprida a determinação, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 139/147-e).

Intimado (fl. 151-e), o agravante efetuou o preparo do agravo, em dobro (fl. 156-e).

Os autos retornaram conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Colegas, a discussão, na essência, é saber se as alterações promovidas no RICMS, pelo Decreto 54.308/18, violam a interpretação conferida pelo STF ao art. 150, §7º, da CRFB/88, ao impor apenas a compensação como forma de restituição do imposto pago a mais em razão da substituição tributária progressiva.

De início, reproduzo o disposto no art. 150, §7º, da CRFB/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Interpretando o referido disposto legal, o Supremo Tribunal Federal, no RE 593849, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. em 19/10/2016, fixou o entendimento segundo o qual, na hipótese de substituição tributária para frente, a restituição do imposto pago é cabível, não somente quanto o fato gerador presumido não ocorrer, mas, também, quando, a despeito de sua ocorrência, a base de cálculo real for inferior a presumida, hipótese em que o contribuinte fará jus à diferença do imposto pago a maior. Eis a ementa do referido julgamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida". 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

Do voto vencedor, de lavra do Min. EDSON FACHIN, extraio o seguinte trecho:

“Na qualidade de chave analítica para uma leitura prudencial do §7º do art. 150 da Constituição Federal, torna-se imperativo recorrer à inafastável tensão entre a justiça fiscal (enriquecimento ilícito) e a segurança jurídica (dimensão material do fato gerador).

Em relação à vedação ao enriquecimento ilícito, seja do Estado, seja do contribuinte, a relação jurídico-tributária deve estar constantemente aberta ao factual, porquanto o modo de raciocinar “tipificante” não deve ser intransponível ao pensamento problemático, o qual por muitas vezes se queda mais próximo da justiça fiscal.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Isso porque, segundo Thomas Nagel e Liam Murphy, a moralidade política se manifesta no sistema tributário pelo ideal de justiça, uma vez que o sistema em si deve ser não só eficiente do ponto de vista econômico, mas também se guiar por um valor social, a justiça. Ao fim e ao cabo, de acordo com esses juristas norte-americanos, tem-se que “ a questão da legitimidade política [da matriz tributária] resume-se ao seguinte: dentro de qual estrutura todos nós consideramos moralmente aceitável viver? É a essa questão que se devem aplicar os valores como os da liberdade, responsabilidade, igualdade, eficiência e bem-estar”. (O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 57)

Nesse panorama, deve-se interpretar o dispositivo constitucional em comento cioso do significado jurídico-político do Estatuto Constitucional dos Contribuintes, como erigido na Seção “Das Limitações do Poder de Tributar”. Noutras palavras, na qualidade de invenção humana voltada a discriminar o público do privado e redistribuir renda e patrimônio, a tributação não pode transformar uma ficção jurídica em uma presunção juris et de jure, tal como ocorreria se o fato gerador presumido tivesse caráter definitivo, logo alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico.

Na esteira do professor Marco Aurélio Greco, a coerência e validade da substituição tributária progressiva remanesce na cláusula de restituição. Em síntese, “o que justifica a exigência antecipadamente feita é o evento que ocorrerá posteriormente; não ocorrendo este evento o recolhimento perde seu fundamento, sua justificação, e o excesso recolhido deve ser restituído ” (Substituição Tributária: antecipação do fato gerador. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31)

Ao perquirir se tal cláusula também se aplicaria na hipótese da dimensão material do fato gerador presumido não guardar identidade com o que aferido no aspecto temporal da hipótese de incidência, a abalizada doutrina tributarista referida é categórica no sentido de qualificar o excesso como indébito, nos seguintes termos:

“(…) O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contribuinte contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

obrigação tributária. Não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido. Portanto, a devolução é de rigor sempre que o fato não se realizar ou, realizando-se, não se der na dimensão originalmente prevista. O excesso tem natureza de uma cobrança indevida, e a Constituição não está legitimando o indébito” (Ibid., loc. cit., grifos nossos)

Conclui-se, então, que uma interpretação restritiva do §7º do artigo 150 da Carta Constitucional, para fins de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e Contribuinte. Em suma, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, tendo em conta a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.

Por outro lado, emerge daí a questão da segurança jurídica. Segundo o professor Humberto Ávila, o princípio da segurança jurídica se apresenta como corolário do Estado de Direito, estabelecendo o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público. Nas palavras do tributarista, “A Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal”. (Sistema Constitucional Tributário. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308)

Nesse panorama, convém perquirir a relação entre o princípio da segurança jurídica e a dimensão material da hipótese de incidência nos casos de substituição tributária.

A propósito, Marçal Justen Filho articula em seu pensamento doutrinário três requisitos autorizadores da instituição da chamada substituição tributária:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

“a) existência de uma situação de poder, por decorrência da qual o destinatário legal tributário esteja subordinado à vontade de outra pessoa; b) referir-se essa situação de poder ao gozo, pelo destinatário legal tributário, da situação presuntiva de riqueza estatuída na materialidade da hipótese de incidência da norma autônoma; e c) ser essa situação de poder decorrente de circunstâncias alheias a uma norma tributária”. (Sujeição Passiva Tributária . Pará: CEJUP, 1986, p. 275, grifos nossos)

No particular, está em questão a exigência (b) para a autorização legítima da substituição tributária “para frente”. Nesse ponto, colho da obra de Paulo de Barros Carvalho lição esclarecedora na medida em que estabelece as funções da base de cálculo, no seguintes termos:

“Tenho para mim, por isso mesmo, que a base de cálculo é a grandeza presente no elemento quantitativo da relação jurídica tributária, cumprindo papel mensurador e determinativo do valor que deve ser prestado a título de tributo. Isso não impede que, paralelamente, tenha o condão de confirmar, infirmar ou afirmar o elemento material expresso na composição do antecedente da norma individual e concreta. Essas reflexões nos conduzem a ver, na base calculada, três funções nitidamente distintas: a) medir as proporções reais do fato, ou função mensuradora; b) compor a específica determinação da dívida, ou função objetiva; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o correto elemento material do antecedente normativo, ou função comparativa [...] Essas ponderações nos conduzem, também, a perceber a razão pela qual, havendo discordância entre a hipótese de incidência e a base de cálculo, esta última deva prevalecer, em face de hospedar aspectos estruturais do fato previsto no antecedente da norma, ao passo que o suposto apenas a ele se refere, muitas vezes até de maneira obscura e imprecisa”. (Direito



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Tributário: fundamentos jurídicos da incidência, 8 ed., 2010, pp. 241-243, grifos no original)

À luz dessas conclusões, não nos parece ser outra solução que, de fato, guarde obediência ao princípio da segurança jurídica, senão esta apresentada pelo professor João Eduardo Soares de Melo:

“A descoincidência entre o valor real (efetiva operação realizada entre o substituído e o consumidor) e o valor presumido (anterior situação existente entre substituto e substituído) caracteriza uma base de cálculo fictícia, resultando num ICMS fictício, que não pode prevalecer diante dos princípios da segurança e certeza do crédito tributário, indispensáveis no caso de intromissão patrimonial” (ICMS: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 228)

Nesses termos, no âmbito da ADI 1.851, o eminente Ministro Carlos Velloso já havia apontado para a incoerência que ali se formara:

“É dizer, Sr. Presidente, o valor da operação ou da prestação de serviço é o dado básico, fundamental da base de cálculo, que constitui o aspecto material do fato gerador, ou do fato imponível, a sua expressão valorativa. Sem essa expressão valorativa, sem essa dimensão material, não há fato gerador, não há fato imponível. Noutras palavras, o fato gerador se realiza na sua dimensão material, na sua expressão valorativa [...] na substituição tributária ‘para frente’, é assegurada a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Ora, se o fato gerador tem, na base de cálculo, a sua expressão valorativa, ou a sua dimensão material, força é convir que o fato gerador se realiza nos termos dessa sua dimensão material, nem mais, nem menos.”



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Em síntese, parece-nos claro que da tensão produtiva entre justiça fiscal e segurança jurídica exsurge uma interpretação constitucionalmente adequada do §7º da art. 150 do Constituição Federal no sentido de garantir o direito à restituição, conforme se depreende da cláusula de devolução do excesso.

Em razão da reviravolta da jurisprudência, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao modular os efeitos da decisão proferida, reconheceu a necessidade de “realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros”, sendo que, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul ocorreu com a edição da Lei Estadual 15.056/17, que acrescentou à Lei 8.820/89, o art. 36-A e o §5º do art. 37, nos seguintes termos:

Art. 36-A - Para fins da complementação do imposto decorrente da hipótese prevista na alínea "h" do § 1.º do art. 33 ou da restituição do imposto prevista no § 5.º do art. 37, o regulamento definirá a forma, o prazo e as condições para o cálculo do imposto decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária.

Parágrafo único. No cálculo do imposto previsto no "caput", deverão ser consideradas todas as operações do estabelecimento realizadas no período de apuração.

Art. 37. - É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

(...)

§ 5º Na hipótese em que o preço praticado na operação a consumidor final seja inferior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, o Poder Executivo poderá, em substituição ao disposto nos §§ 1º, 2º e 4º deste artigo, definir



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

forma diversa de restituição do valor apurado conforme disposto no art. 36-A.

Regulamentando a forma pela qual deve ocorrer a restituição da diferença do ICMS pago a mais, no regime de substituição tributária para frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, o Estado do Rio Grande do Sul editou o Decreto 54.308/18, cujas disposições, na disciplina que interessa ao feito, reproduzo:

Do Ajuste do Imposto Retido por Substituição Tributária

(Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4976) do Decreto 54.308, de 06/11/18. (DOE 07/11/18) - Efeitos a partir de 01/01/19.)

NOTA 01 - Em relação às operações com mercadorias incluídas no ajuste previsto nesta Subseção, não se aplicam as formas de restituição previstas nos arts. 22 a 24-A. (Transformado Nota em Nota 01 pelo art. 1º (Alteração 5025) do Decreto 54.490, de 23/01/19. (DOE 24/01/19) - Efeitos retroativos a 01/01/19.)

(...)

Art. 25-A - O contribuinte substituído varejista, para fins de ajuste do montante do imposto retido por substituição tributária decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, deverá apurar mensalmente, considerando todas as operações com mercadorias recebidas pelo estabelecimento no período que tenham sido submetidas ao regime de substituição tributária: (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4976) do Decreto 54.308, de 06/11/18. (DOE 07/11/18) - Efeitos a partir de 01/01/19.)

I - o montante do imposto presumido, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o valor da base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

informado nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, deduzido o valor correspondente às mercadorias que não sejam objeto de saídas destinadas a consumidor final deste Estado, ou cuja saída a consumidor final deste Estado seja isenta ou não tributada; (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4976) do Decreto 54.308, de 06/11/18. (DOE 07/11/18) - Efeitos a partir de 01/01/19.)

II - o montante do imposto efetivo, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o preço praticado na operação a consumidor final deste Estado constante nos documentos fiscais de saída das mercadorias. (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4976) do Decreto 54.308, de 06/11/18. (DOE 07/11/18) - Efeitos a partir de 01/01/19.)

Art. 25-B - O contribuinte substituído não varejista, para fins de ajuste do montante do imposto retido por substituição tributária decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, deverá apurar, nas saídas destinadas a consumidor final deste Estado com mercadorias recebidas que tenham sido submetidas ao regime de substituição tributária:

I - o montante do imposto efetivo, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o preço praticado na operação a consumidor final deste Estado constante nos documentos fiscais de saída das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária;

II - o montante do imposto presumido, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o valor da base de cálculo do débito de substituição tributária, informado nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária que foram objeto de operações de saídas destinadas a consumidor



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

final deste Estado, exceto se isentas ou não tributadas.

Art. 25-C - Ao final de cada período de apuração, deverá ser deduzido do montante do imposto efetivo o montante do imposto presumido, calculados na forma dos arts. 25-A ou 25-B, sendo que: (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4976) do Decreto 54.308, de 06/11/18. (DOE 07/11/18) - Efeitos a partir de 01/01/19.)

I - o saldo positivo constituirá valor a complementar, que será compensado com saldo credor de substituição tributária, se houver, e, havendo valor remanescente, o recolhimento será feito no prazo previsto no Apêndice III, Seção II, item XII; (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 4976) do Decreto 54.308, de 06/11/18. (DOE 07/11/18) - Efeitos a partir de 01/01/19.)

II - o saldo negativo constituirá valor a restituir, que será compensado com saldo devedor de substituição tributária, se houver, e, havendo valor remanescente, o saldo será transferido para o período ou períodos seguintes.

Conforme a sistemática introduzida para fins de restituição do imposto pago a maior, nas hipóteses em que a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, o contribuinte deverá creditar-se nas operações subsequentes, ou seja, em tais hipóteses, a restituição do valor pago a maior a título de ICMS ocorrerá, não em pecúnia, mas pela via da compensação, por meio de crédito escritural, com base nas futuras operações a serem realizadas.

A restituição, a ser promovida pela via da compensação, e não em pecúnia, em nada viola a decisão proferida pelo STF, no RE 593849. Primeiro, porque não restou decidido que a restituição deveria ocorrer somente em pecúnia. Segundo, porque, em sendo o ICMS tributo não cumulativo, em que o acertamento de contas ocorre por meio do



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

sistema de créditos e débitos, nada justifica que a restituição de imposto pago a maior, em razão da substituição tributária, seja em pecúnia, sobretudo porque o sistema de compensação se dá, ordinariamente, pelo sistema de conta-corrente fiscal, próprio do ICMS.

Como bem referiu o Des. ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, nos autos do AI 70080559354:

“Entretanto, a norma local, pretendeu atender a definição do Supremo Tribunal Federal mediante compensação na conta corrente do ICMS, indo ao ponto de, em não havendo saldo devedor a ser compensado, ser remetido o encontro de contas para o período subsequente, como claramente dispõe o inciso II do art. 25-C:

Art. 25-C - (...)

II - o saldo negativo constituirá valor a restituir, que será compensado com saldo devedor de substituição tributária, se houver, e, havendo valor remanescente, o saldo será transferido para o período ou períodos seguintes.

Neste passo, penso não derivar, diretamente, do enunciado do Supremo Tribunal Federal que a restituição tenha de ser feita em pecúnia, bem podendo ocorrer, na sistemática adotada quanto ao ICMS, por creditamento na conta corrente, notadamente quando a razão de ser da alteração jurisprudencial assenta, ao fim, em evitar locupletamento ilícito.

Nenhum sentido lógico e, até, jurídico (sabido que o instituto da compensação é dos mais óbvios em Direito), em se fazer giro absolutamente inútil de capital, devolvendo Estado ao contribuinte em moeda o tributo pago a mais, quando, imediatamente, terá este que lhe pagar valor até maior.

Por conseguinte, a alusão a “restituição” pelo Tema 201 há de ser lida em consonância com a sistemática de apuração e recolhimento do ICMS.

Com efeito, não deixa de haver encontro de contas, crédito e débito, ao se apurar o saldo positivo ou negativo na apuração do ICMS, na forma do art. 38, RICMS.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

A rigor, cuida-se de compensação, com recíproca extinção dos créditos do Estado e do contribuinte, evitando que o devedor que paga tenha que acionar o outro devedor a pagar o que lhe deve, na aplicação de princípio de economia política, qual seja, as trocas sejam realizadas com a menor circulação da moeda, na lúcida síntese de EUCLIDES DE MESQUITA, "A Compensação no Direito Civil Brasileiro", ed. EUB, 1975, p. 54."

Por outro lado, o agravante sustenta que tal sistema de restituição, por vezes, poderá violar o art. 150, §7º, da CRFB/88, nas hipóteses em que as operações do contribuinte sempre possuem base de cálculo inferior à presumida.

Assiste-lhe razão.

Com efeito, presente a substituição tributária progressiva, se a base de cálculo efetiva da operação se mostrar sempre inferior à base levada à efeito pelo fisco nunca haverá restituição, pela via da compensação, a favor do contribuinte, e, com isso, o fisco locupletar-se-á indevidamente.

Nessa linha de intelecção, cito excerto do voto proferido pelo Des. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, nos autos do AI 70080559354:

"A controvérsia contida nos autos não é relativa à possibilidade de cobrança pelo Estado dessa diferença, mas referente à forma de restituição do saldo negativo – saldo credor do contribuinte – prevista no art. 25-C, inciso II.

De acordo com o dispositivo, o saldo negativo "será compensado com saldo devedor de substituição tributária, se houver, e, havendo valor remanescente, o saldo será transferido para o período ou períodos seguintes".

A norma prevê apenas a possibilidade de compensação do tributo, contrariando a decisão do STF que determina a restituição do imposto recolhido a maior.

Ocorre que é possível que não haja saldo devedor a ser compensado, caso se mantenham os contribuintes praticando preços de venda a consumidor final inferiores à base de cálculo presumida. Desta forma, nada haverá a compensar, locupletando-se o Estado indevida e indefinidamente."



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Com isso, percebe-se que a sistemática da restituição do imposto pago a maior, introduzida pelo Decreto 54.308/18, somente confere funcionalidade ao modo de apuração do ICMS quando o contribuinte, em razão de operações subsequentes que vier a praticar, possuir débito de ICMS; do contrário, eventual crédito que o contribuinte possuir, em razão do imposto pago a maior, por força de substituição tributária para frente, permanecerá com o fisco, que nunca promoverá a restituição dos valores.

Em razão disso, o pedido de antecipação de tutela não pode ser concedido na extensão pretendida pelo agravante, pois, caso sejam suspensos os efeitos do art. 1º do Decreto 54.308/2018, toda a sistemática de restituição para casos de substituição tributária ficará afetada, e, aí sim, os contribuintes que efetivamente possuem crédito a compensar ficarão alijados.

Por isso, e diante desse cenário, é que encampo a solução conferida pelo Des. ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, nos autos do AI 70080559354, de modo a restringir o âmbito de incidência do art. 1º do Decreto 54.308/18 apenas à necessidade de a restituição dar-se por creditamento, até que surja algum débito de ICMS a compensar, salvo se, no prazo de 90 dias, o contribuinte não tiver débito a compensar, quando a restituição deverá se dar em pecúnia ou por transferência. Eis os fundamentos do voto, que ora reproduzo, a fim de aclarar a solução proposta:

“Ocorre que haverá casos em que o varejista, ao correr de meses, quiçá sempre, não irá apresentar saldo algum a ser objeto de compensação.

E é esta a situação quanto a que se debate nestes autos.

Prosseguindo, registro conferir a decisão agravada alcance de eficácia que não se pode aceitar.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Com efeito, cuida-se de liminar que, simplesmente, suspendeu a eficácia do Decreto Estadual nº 54.308/18, em sede de mandado de segurança coletivo.

A primeira dificuldade que verifico em relação ao alcance da liminar diz, exatamente, com a suspensão, na íntegra, do art. 1º, Decreto Estadual nº 54.308/18.

Com isso, simplesmente, afastou-se a própria possibilidade de compensação quanto aqueles contribuintes que tenham imposto a recolher, afetando a própria aplicação do julgado do Supremo Tribunal Federal em sua exata interpretação.

Não parece ocorrer, em processo subjetivo, a mesma limitação que se tem em processo objetivo e a velha controvérsia entre legislador negativo e legislador positivo.

Mas, há de se lembrar a eficácia do processo concentrado de constitucionalidade e a norma jurídica que é seu objeto, o que é inteiramente estranho ao processo subjetivo e controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, posta em boa técnica, a pretensão da inicial diz com a apreciação da inconstitucionalidade das normas regulamentares questionadas incidenter tantum, para que se assegure o direito à restituição imediata do valor a maior pago ou seu equivalente.

Não se apresenta necessária, e, aliás, não cabe declaração principaliter de inconstitucionalidade.

Por isso, desde logo manifesto entendimento quanto ao provimento do recurso para afastar a suspensão do art. 1º do Decreto Estadual nº 54.308/18, restringindo âmbito da controvérsia apenas à necessidade de a restituição dar-se por creditamento e seu diferimento ao correr dos meses, até que surja algum débito de ICMS a compensar, como termina por ocorrer pela pauta normativa antes examinada.

Tema logicamente a ser enfrentado em sequência, diz com a existência na legislação estadual de procedimento destinado à restituição do tributo pago a maior, é dizer, art. 37, caput, e parágrafos, Lei Estadual nº 8.820/89:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Art. 37 - É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º - Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido. (Redação dada pela Lei nº 13.379/10)

§ 2º - Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte substituído, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados e ao pagamento dos acréscimos legais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 13.379/10)

§ 3º - O regulamento poderá prever outras hipóteses de restituição.

§ 4º - A restituição de que trata o § 1º e, se for o caso, o estorno de que trata o § 2º serão efetuados: (Incluído pela Lei nº 13.379/10)

a) na hipótese de pagamento ou creditamento anterior a 1º de janeiro de 2010: (Incluído pela Lei nº 13.379/10)

1 - monetariamente atualizados desde a data do pagamento ou do creditamento indevidos até 1º de janeiro de 2010, segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo, vedada a atualização monetária após essa data; (Incluído pela Lei nº 13.379/10)

2 - acréscimos dos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados de 1º de janeiro de 2010 até o mês anterior ao da restituição ou do estorno, e de 1% (um por cento) no mês da restituição ou do estorno; (Incluído pela Lei nº 13.379/10)

b) na hipótese de pagamento ou creditamento efetuado a partir de 1º de janeiro de 2010, acréscimos dos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados do primeiro dia do mês subsequente ao do pagamento ou do creditamento indevidos até o mês anterior ao da restituição ou do estorno, e de 1% (um por cento) no mês da restituição ou do estorno. (Incluído pela Lei nº 13.379/10) § 5º Na hipótese em que o preço praticado na operação

§ 5º Na hipótese em que o preço praticado na operação a consumidor final seja inferior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, o Poder Executivo poderá, em substituição ao disposto nos §§ 1º, 2º e 4º deste artigo, definir forma diversa de restituição do valor apurado conforme disposto no art. 36-A. (Incluído pela Lei nº 15.056/17)

Como se percebe, também aqui a restituição termina por ser encaminhada para (1) creditamento na conta fiscal (§ 1º); (2) sem falar na “forma diversa de restituição do valor a ser apurado”, por ato do Poder Executivo, o que, se infere, terminou por se materializar no Decreto Estadual nº 54.308/18.

Por certo, nos casos em que não houver o que compensar, a restituição passa a ser uma quimera.

Posto isto, estou em prover, em parte, o agravo de instrumento, restringindo a liminar para assegurar a restituição do valor pago a maior, nos casos em que, comprovadamente, o varejista não contar com débito de ICMS a ser compensado.

Evidentemente, tal confronto não pode se estabelecer a cada mês, posto que, se em algum mês não houver débito passível de compensação, mas o houver quanto ao mês imediatamente subsequente, ter-se-á indesejada circulação monetária e a razão, impregnada de utilidade, que leva à compensação.

Por conseguinte, acrescento outro requisito, qual seja, não contar o varejista, ao menos nos últimos três meses, débito algum de ICMS, o que traz consigo verossimilhança à assertiva de que não disporá de estoque de débitos sobre o qual se materialize o encontro de contas quando da apuração do ICMS.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

O prazo de três meses não retiro ao acaso, mas, por compreensão, do que estabelece o § 1º, art. 37, Lei Estadual nº 8.820/89.

Restituição esta que poderá ser em pecúnia ou mediante transferência dos créditos."

Ante o exposto, voto pelo parcial provimento do agravo, nos termos da fundamentação.

DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE)

Estou de acordo com a Eminente Relatora, mas gostaria de fazer algumas considerações.

O §7º do artigo 150 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº. 03/1993, assegura a restituição do imposto pago, no caso de substituição tributária para frente, quando o fato gerador presumido não venha a se realizar:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Muito se discutiu o cabimento da restituição no caso de o fato gerador fictício ocorrer, mas com base de cálculo diversa daquela considerada para o recolhimento do tributo.

Até 2016, o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento no sentido de que o fato gerador presumido não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.

(ADI 1851, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2002, DJ 22-11-2002 PP-00054 EMENT VOL-02092-01 PP-00139 REPUBLICAÇÃO: DJ 13-12-2002 PP-00060)

Em 19/10/2016, a Suprema Corte, quando do julgamento do RE 593.849/RG, em sede de repercussão geral, alterou seu entendimento anterior e definiu que, no regime de substituição tributária para a frente, é devida a restituição da diferença do ICMS quando pago a maior se a base de cálculo efetiva da operação for inferior a presumida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

(RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

Restou fixada a tese jurídica relativa ao Tema 201, nos seguintes termos: *“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.”*

Entenderam os Ministros, por maioria, que tributar-se a maior, quando é perfeitamente possível utilizar a base de cálculo do valor efetivo da operação, viola, entre outros, os princípios da capacidade contributiva e da razoabilidade.

Concluíram que a correta interpretação do §7º do artigo 150 da Carta Constitucional, seria no sentido de validar a restituição em todas as hipóteses em que não se realize o fato gerador presumido, nos exatos termos de como fora presumido, ou seja, incluindo-se as hipóteses em que o fato ocorreu em dimensão distinta da presumida, com operação em valores menores.

De acordo com o Relator, *“uma interpretação restritiva do §7º do artigo 150 da Carta Constitucional, para fins de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justiça entre Fisco e Contribuinte; em suma, a restituição do excesso atende ao princípio que*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

veda o enriquecimento sem causa, tendo em conta a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.”

Pessoalmente já possuía este entendimento, como se verifica, por exemplo, do julgamento das apelações cíveis nº. 70003235082, no qual ressaltai que não se permitir a devolução do imposto recolhido antecipadamente a maior quando a venda posterior for inferior ao que fora presumido viola o princípio constitucional da não-cumulatividade, que se exterioriza através do direito de compensação, previsto no art. 155, § 2º, inc. I da Constituição vigente, erigido a direito subjetivo do contribuinte.

Nesse contexto, necessário salientar que em 27 de dezembro de 2017, atendendo à orientação firmada pela Corte Suprema, foi publicada a Lei nº 15.056 do Estado do Rio Grande do Sul, que alterou a Lei Estadual nº 8.820/89, autorizando a restituição de diferenças entre a base de cálculo presumida e a efetivamente praticada. Por oportuno, transcrevo os dispositivos que sofreram alteração, que vão ressaltados:

Art. 33 - Na condição de substitutos tributários, são responsáveis pelo pagamento do imposto devido:

(...)

§ 1º O disposto neste artigo exclui a responsabilidade dos contribuintes substituídos em relação ao pagamento do imposto devido nas operações internas subsequentes por eles promovidas com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, exceto: (Redação dada pela Lei n.º 15.056/17)

(...)

h) na hipótese em que o preço praticado na operação a consumidor final seja superior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

***responsabilidade por substituição tributária.
(Incluído pela Lei n.º 15.056/17)
(...)***

Art. 36 - O contribuinte substituto conservará, para apresentação à Fiscalização de Tributos Estaduais, quando solicitado, demonstrativo dos custos e da composição de cada preço de venda no varejo, que será elaborado sempre que houver alteração, observado o disposto em regulamento.

Art. 36-A Para fins da complementação do imposto decorrente da hipótese prevista na alínea "h" do § 1.º do art. 33 ou da restituição do imposto prevista no § 5.º do art. 37, o regulamento definirá a forma, o prazo e as condições para o cálculo do imposto decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária. (Incluído pela Lei n.º 15.056/17)

Parágrafo único. No cálculo do imposto previsto no "caput", deverão ser consideradas todas as operações do estabelecimento realizadas no período de apuração. (Incluído pela Lei n.º 15.056/17)

Subseção III

Da Restituição

Art. 37 - É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º - Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido. (Redação dada pela Lei n.º 13.379/10)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

§ 2º - Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte substituído, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados e ao pagamento dos acréscimos legais cabíveis. (Redação dada pela Lei n.º 13.379/10)

§ 3º - O regulamento poderá prever outras hipóteses de restituição.

§ 4º - A restituição de que trata o § 1º e, se for o caso, o estorno de que trata o § 2º serão efetuados: (Incluído pela Lei n.º 13.379/10) a) na hipótese de pagamento ou creditamento anterior a 1º de janeiro de 2010: (Incluído pela Lei n.º 13.379/10)

1 - monetariamente atualizados desde a data do pagamento ou do creditamento indevidos até 1º de janeiro de 2010, segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo, vedada a atualização monetária após essa data; (Incluído pela Lei n.º 13.379/10)

2 - acrescidos dos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados de 1º de janeiro de 2010 até o mês anterior ao da restituição ou do estorno, e de 1% (um por cento) no mês da restituição ou do estorno; (Incluído pela Lei n.º 13.379/10) b) na hipótese de pagamento ou creditamento efetuado a partir de 1º de janeiro de 2010, acrescidos dos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados do primeiro dia do mês subsequente ao do pagamento ou do creditamento indevidos até o mês anterior ao da restituição ou do estorno, e de 1% (um por cento) no mês da restituição ou do estorno. (Incluído pela Lei n.º 13.379/10)

§ 5º Na hipótese em que o preço praticado na operação a consumidor final seja inferior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, o Poder Executivo poderá, em substituição ao



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

disposto nos §§ 1º, 2º e 4º deste artigo, definir forma diversa de restituição do valor apurado conforme disposto no art. 36-A. (Incluído pela Lei n.º 15.056/17)

Em momento posterior, foi editado o Decreto Estadual nº 54.308/18, regulamentando a sistemática de restituição prevista na referida lei.

Deste modo, a forma e valor a ser reembolsado, deverá observar o procedimento previsto na legislação estadual (Lei Estadual nº 8820/89 e respectivas alterações, cumulada com o Decreto Estadual nº 54.308/18).

Citem-se:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA ICMS/ST. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DOS VALORES RELATIVOS AO RECOLHIMENTO A MAIOR DE ICMS-ST, EM RAZÃO DE O PREÇO DE VENDA FINAL SER INFERIOR À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. RE 593.849/MG, JULGADO EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA Nº 201). I. O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento sobre a matéria em análise, por ocasião do julgamento do RE 593.849/MG, julgado em regime de repercussão geral (Tema nº 201), no qual restou assentada a tese jurídica no sentido de que é devida a restituição de diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida . II. O STF modulou os efeitos do julgamento, de molde a não gerar dúvida alguma sobre a questão, estabelecendo que o precedente (...) deva orientar todos



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

litígios judiciais pendentes, por isso submetidos à sistemática da repercussão geral, e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento . III. Inaplicável o art. 166 do CTN à espécie, dada a natureza da substituição tributária para frente, em que o tributo é pago de forma antecipada, calculado a partir do valor do produto presumido pelo fisco, bem como, a natureza do pedido - ressarcimento do pagamento a maior do imposto, considerado o preço de venda do produto ao consumidor em valor inferior ao presumido. Assim, na medida em que a antecipação do pagamento é própria do regime de substituição tributária para frente, não há falar em necessidade de prova da transferência do encargo. IV. O Estado do Rio Grande do Sul adequou a Lei Estadual nº 8.820/89 ao paradigma do STF, mediante a edição da Lei nº 15.056/17, que alterou a Lei nº 8.820/89, que estabeleceu o procedimento de restituição do ICMS pago a maior, na hipótese de venda do produto ao consumidor em valor inferior à base de cálculo presumida do imposto. V. Cabível a restituição do ICMS pago a mais desde a data do julgamento do RE 593.849/MG, 19/10/2016, devendo a apuração do montante observar o disposto na Lei Estadual nº 8.820/89. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70079862504, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, julgado em 13/12/2018)

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, INC. II, DO CPC/1973. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS.SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE . REVENDA DE AUTOMÓVEIS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO IMPOSTO COM SUPEDÂNEO EM BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA (FICTÍCIA). VALOR ESTIMADO MAIOR DO QUE O PRATICADO NA OPERAÇÃO FINAL. RESTITUIÇÃO/CREDITAMENTO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

DA DIFERENÇA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O DISPOSTO NO ART. 166 DO CTN. ART. 150, § 7º, DA CF/88. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF NO RE 593.849 TEMA 201, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 593.849, sob a sistemática do art. 543-B do CPC/1973, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte orientação: É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Para ser possível a compensação na conta-corrente fiscal, é necessário prévio reconhecimento administrativo ou judicial do crédito. Se a Carta Magna garante a restituição de forma imediata e preferencial (CF, art. 150, § 7º), isso pressupõe requerimento na esfera administrativa instruído com as provas. Só assim o Fisco não perde o controle, inclusive evitando a prática de subpreço. Considerando que não se está diante de pura e simples compensação na conta-corrente fiscal em cumprimento ao princípio da não cumulatividade, e sim de restituição do indébito que, após apurado o valor, administrativa ou judicialmente, tanto pode se efetivar pelo modo tradicional quanto por meio de compensação na conta-corrente fiscal, e considerando que o ICMS é tributo naturalmente repassável, impõe-se ao contribuinte cumprir o art. 166 do CTN. (ut trecho da ementa do Acórdão dos Embargos Infringentes nº 70007531080, julgados pelo 1º Grupo Cível deste Tribunal). In casu, a sociedade autora não logrou comprovar ter formulado prévio requerimento administrativo de restituição do ICMS recolhido a maior devidamente instruído com o demonstrativo dos custos e da composição de cada preço de venda no varejo, tampouco demonstrou ter suportado o encargo financeiro das operações registradas nas Notas Fiscais que acompanham a exordial, ônus que lhe incumbia, na forma do art. 166 do CTN. Assim, não há



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

como acolher a pretensão à compensação da dita quantia no tocante aos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento do feito, impondo-se reconhecer o direito ao aproveitamento do ICMS pago a mais, na forma do art. 150, § 7º, da CF/88, somente a partir da propositura desta ação ordinária, com a apuração do quantum sujeita ao procedimento previsto na Lei Estadual nº 15.056/2017. RECURSO PROVIDO EM PARTE, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A DEMANDA. (Apelação Cível Nº 70006799316, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 26/07/2018)

O ponto nevrálgico do presente recurso diz com a forma de restituição ao contribuinte estabelecida pelo Decreto nº 54.308/18 quando o valor da base de cálculo do praticada do imposto for inferior à presumida.

O agravante diz que a repetição do indébito deve ocorrer em pecúnia, em detrimento do sistema de compensação mediante creditamento do valor do imposto na escrita fiscal do contribuinte, como previsto no Decreto nº 54.308/18:

*"Subseção IV-A
Do Ajuste do Imposto Retido por Substituição
Tributária*

NOTA - Em relação às operações com mercadorias incluídas no ajuste previsto nesta Subseção, não se aplicam as formas de restituição previstas nos arts. 22 a 24-A.

Art. 25-A - O contribuinte substituído varejista, para fins de ajuste do montante do imposto retido por substituição tributária decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, deverá



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

apurar mensalmente, considerando todas as operações com mercadorias recebidas pelo estabelecimento no período que tenham sido submetidas ao regime de substituição tributária:

(...)

I - o montante do imposto presumido, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o valor da base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, informado nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, deduzido o valor correspondente às mercadorias que não sejam objeto de saídas destinadas a consumidor final deste Estado, ou cuja saída a consumidor final deste Estado seja isenta ou não tributada;

(...)

II - o montante do imposto efetivo, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o preço praticado na operação a consumidor final deste Estado constante nos documentos fiscais de saída das mercadorias.

Art. 25-B - O contribuinte substituído não varejista, para fins de ajuste do montante do imposto retido por substituição tributária decorrente da diferença entre o preço praticado na operação a consumidor final e a base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, deverá apurar, nas saídas destinadas a consumidor final deste Estado com mercadorias recebidas que tenham sido submetidas ao regime de substituição tributária:

(...)

I - o montante do imposto efetivo, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o preço praticado na operação a consumidor final deste Estado constante nos documentos fiscais de saída das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária;

(...)

II - o montante do imposto presumido, que corresponderá ao valor obtido pela aplicação da alíquota interna sobre o valor da base de cálculo do débito de substituição tributária, informado nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

submetidas ao regime de substituição tributária que foram objeto de operações de saídas destinadas a consumidor final deste Estado, exceto se isentas ou não tributadas.

(...)

Art. 25-C - Ao final de cada período de apuração, deverá ser deduzido do montante do imposto efetivo o montante do imposto presumido, calculados na forma dos arts. 25-A ou 25-B, sendo que:

I - o saldo positivo constituirá valor a complementar, que será compensado com saldo credor de substituição tributária, se houver, e, havendo valor remanescente, o recolhimento será feito no prazo previsto no Apêndice III, Seção II, item XII;

(...)

II - o saldo negativo constituirá valor a restituir, que será compensado com saldo devedor de substituição tributária, se houver, e, havendo valor remanescente, o saldo será transferido para o período ou períodos seguintes."

Entendo que não lhe assiste razão.

Não vejo óbice que a restituição, em regra, se dê pelo modo de encontro de contas na própria escrita fiscal da contribuinte, o que em nada contraria a orientação do STF no RE 593.849 – Tema 201. O precedente não especificou que a forma de restituição deveria ser em pecúnia.

Essa é a sistemática usual de compensação tributária de valores recolhidos a título de ICMS e em nada viola o princípio da não-cumulatividade do imposto, previsto no art. 155, § 2º, inc. I, da CF e no art. 19 da LC 87/96. Ao revés, é a forma que se utiliza para implementá-lo.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Portanto, a não-cumulatividade é o princípio, e o sistema de creditamento e compensação é o instrumento de concretização deste princípio.

Por oportuno, trago as lições de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA¹:

“A não cumulatividade no ICMS visa evitar o indesejável efeito conhecido como “cascata” ou “piramidização”, fenômeno que prejudica as atividades econômicas, já que onera, repetida e sobrepostamente, todas as etapas da circulação de bens e prestação de serviços.

(...)

Portanto, o princípio da não cumulatividade garante, ao contribuinte, o pleno aproveitamento dos créditos de ICMS e tem o escopo de evitar que a carga econômica do tributo (i) distorça as formações dos preços das mercadorias ou dos serviços de transporte transmunicipal e de comunicação, e (ii) afete a competitividade das empresas.

Daí dizer-se que o ICMS é um tributo neutro. Melhor explicitando, graças a esta característica, que lhe imprimida pelo princípio da não cumulatividade, o ônus econômico do imposto é sempre o mesmo, pouco importando o número de operações realizadas com a mercadoria ou de etapas para a prestação do serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Esta neutralidade, desestimula a verticalização, vale dizer, a união de empresas dedicadas a fases diferentes do processo de circulação da mercadoria (ou de prestação dos aludidos serviços), ao mesmo tempo em que evita que o consumidor final (ou o fruidor final) venha mais ou menos onerado com a carga econômica do ICMS, dependendo do maior ou menor número de elos de cada processo econômico.

Com efeito, ao cabo do processo econômico (i) de produção, distribuição e comercialização da mercadoria e (ii) de prestação dos serviços de transporte transmunicipal e de comunicação, quem acaba suportando, por inteiro, a carga econômica do ICMS é o consumidor final.

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS . 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 417-418.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

Este foi o motivo que levou o constituinte originário a conceber a técnica pela qual a contribuinte de iure (i) transfere ao adquirente da mercadoria ou ao fruidor do serviço de transporte transmunicipal e de comunicação o ônus financeiro do imposto que adiantará ao Estado (ou ao Distrito Federal) e, (ii) credita-se do imposto que suportou em suas aquisições, e que lhe foi transferido por seu fornecedor.”

Por outro lado, no caso de inexistir débitos de ICMS a título de substituição tributária, com o que não seria possível fazer o acerto de contas com o fisco, é bem verdade que se estaria causando um locupletamento indevido do Estado, tornando morta a letra da lei editada para atender a orientação firmada no STF.

Por isso, reputo justa e adequada a solução adotada pela Eminente Relatora na hipótese de as operações do contribuinte sempre possuírem base de cálculo praticada ao consumidor inferior à presumida, a exemplo do que já foi decidido na 21ª Câmara Cível, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 70080559354.

Em suma, via de regra, a restituição do imposto deverá ocorrer pelo creditamento na escritura fiscal da contribuinte, compensando os créditos com débitos de ICMS - substituição tributária que vierem a surgir.

Caso no prazo de 90 dias, contados da constituição do crédito, o contribuinte não possua débito algum de ICMS-ST a compensar, será autorizada a restituição por pecúnia ou transferência.

O que não se pode conceber, de forma alguma, é a suspensão dos efeitos do Decreto nº 54.308/18, prejudicando todos os demais contribuintes que tenham imposto a restituir mediante



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

MB

Nº 70080267461 (Nº CNJ: 0391958-57.2018.8.21.7000)
2019/CÍVEL

compensação, em decorrência da diferença entre a base de cálculo praticada e a presumida.

Com esses fundamentos, acompanho a Relatora pelo parcial provimento do agravo de instrumento.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70080267461, Comarca de Caxias do Sul: "PROVERAM O AGRAVO DE INSTRUMENTO, EM PARTE. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau:

	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme Lei Federal no 11.419/2006 de 19/12/2006, art. 1º, parágrafo 2º, inciso III.</p> <p>Signatário: MARILENE BONZANINI Nº de Série do certificado: 00D3A1E7 Data e hora da assinatura: 07/05/2019 15:50:13</p> <p>Signatário: FRANCISCO JOSE MOESCH Nº de Série do certificado: 010787D8 Data e hora da assinatura: 08/05/2019 16:39:24</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse o endereço http://www.tjrs.jus.br/verificadocs/ e digite o seguinte número verificador: 700802674612019720701</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------