



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-ST. BASE PRESUMIDA. RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DA DIFERENÇA DO ICMS PRESUMIDO E O EFETIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.849/MG DO STF (TEMA 201). DECRETO ESTADUAL Nº 54.308/2018. INSTITUIÇÃO OU MAJORAÇÃO DE TRIBUTO. NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE OFENÇA AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR.

1. Consoante Recurso Extraordinário nº 593.849/MG do STF (Tema 201), descabe a compensação administrativa, devendo o contribuinte pagar o ICMS-ST conforme estabelecido e, posteriormente, comprovada que a base de cálculo efetiva da operação for inferior a presumida, requerer a restituição da diferença paga a maior.

2. Tendo em vista os princípios da isonomia e da equidade, a restituição da diferença também deve ocorrer quando o valor presumido for inferior ao efetivo, de forma que a Fazenda Pública também deve ser beneficiada.

3. Considerando que o Decreto Estadual nº 54.308/18 foi editado a fim de se adequar ao entendimento firmado no julgamento do Tema 201/STF, tenho como inexistente quaisquer dos vícios formais ou materiais apontados, haja vista que a obrigação do contribuinte substituído de complementar a diferença do ICMS presumido e o efetivo da sua operação de venda não caracteriza instituição ou majoração de tributo, bem como não ofende as garantias constitucionais das limitações ao poder de tributar.

RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

BELCENTER PERFUMARIA E COSMETICA LTDA

AGRAVANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVADO

DELEGADO DA RECEITA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL EM PORTO ALEGRE

AGRAVADO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em desprover o agravo de instrumento.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE) E DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO.**

Porto Alegre, 24 de abril de 2019.

DES. SÉRGIO LUIZ GRASSI BECK,

Relator.

RELATÓRIO

DES. SÉRGIO LUIZ GRASSI BECK (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BELCENTER PERFUMARIA E COSMETICA LTDA inconformado com a decisão que concedeu parcialmente o pedido liminar nos autos do mandado de segurança impetrado em desfavor do DELEGADO DA RECEITA ESTADUAL RIO GRANDE DO SUL EM PORTO ALEGRE

Em suas razões recursais, a parte agravante faz síntese dos fatos. Sustenta que o Decreto nº 54.308 estabeleceu que, na sistemática da substituição tributária, a partir de 1º de janeiro de 2019, quando a operação de venda real ocorrer em valor maior que a presumida, os substituídos tributários gaúchos devem complementar o ICMS pago pelo substituto. Afere que o ICMS a complementar gera um custo novo ao negócio, comprometendo significativamente a continuidade da empresa. Alega que, para regulamentar eventual complemento do ICMS, deve ser feito por Lei Complementar,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

conforme art. 146 da Constituição Federal, de forma que o Decreto referido se mostra inconstitucional. Refere que a Lei Complementar que regulamenta a substituição tributária é a Lei 87/96 (Lei Kandir), a qual determina apenas a restituição, não tratando sobre complementação. Entende que outras espécies normativas, que não sejam Lei Complementar, apenas podem dispor sobre a matéria se observarem os limites que a Constituição e que a Lei Complementar estabelecerem. Aduz que o Decreto nº 54.308 possui inconstitucionalidade formal, haja vista o desrespeito ao art. 146, II, da CF, bem como ilegalidade formal, por contrariar as disposições da Lei Complementar 87/96. Saliencia que o art. 150, inciso I, da CF estabelece como garantia do contribuinte a exigência de lei para majorar tributos, devendo o Decreto nº 54.308 ser considerado como majorador de tributos, pois impõe nova obrigação ao substituído e alarga a base de cálculo da exação. Discorre sobre os vícios materiais que entende possui o referido Decreto. Colaciona jurisprudência. Pleiteia a antecipação da tutela recursal. Requer a reforma da decisão. Postula pelo provimento do recurso.

Deferida a medida liminar postulada, foram oferecidas contrarrazões.

Em parecer, o Ministério Público opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

DES. SÉRGIO LUIZ GRASSI BECK (RELATOR)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Eminentes colegas. Busca a parte autora a suspensão da aplicação integral do Decreto Estadual nº 54.308/18, de forma que, quando a operação de venda real ocorra em valor maior que a presumida no regime de substituição tributária, não deva complementar o ICMS pago.

Com efeito, a questão relativa à restituição da diferença de ICMS pago a mais no regime de substituição tributária, consoante artigo 150, §7º, da Constituição



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

Federal, restou pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849, senão vejamos:

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



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

Inclusive, foi editado o Tema 201 pelo plenário da Corte Maior, o qual estabelece que:

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.

Ademais, em concordância com o tema 201 do STF, foi editada a Lei Estadual nº 15.056/2017, que alterou a redação da Lei Estadual nº 8.820/89 (Lei do ICMS/RS), a qual regulamenta todo o procedimento a ser utilizado a fim da consecução da restituição requerida, *in verbis*:

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 subseqüentes 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 responsabilidade por substituição tributária.

.....

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



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

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.

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

Ainda, recentemente, o Decreto Estadual nº 54.308/2018 foi editado, dispondo o que segue:

DECRETO Nº 54.308, DE 6 DE NOVEMBRO DE 2018. (publicado no DOE n.º 212, de 7 de novembro de 2018)

Modifica o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS).

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 82, inciso V, da Constituição do Estado, D E C R E T A:

Art. 1º Com fundamento na alínea "h" do § 1º do art. 33, no art. 36-A e no § 5º do art. 37, da Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, ficam introduzidas as seguintes alterações no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 37.699, de 26/08/97:

.....
ALTERAÇÃO Nº 4976 - Na Seção I do Capítulo I do Título III do Livro III, fica acrescentada a Subseção IV-A, com a seguinte redação:

"Subseção IV-A

Do Ajuste do Imposto Retido por Substituição Tributária



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

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-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;

NOTA - O imposto deverá ser pago em separado utilizando código de receita específico para complementação de imposto retido por substituição tributária, conforme o disposto em instruções baixadas pela Receita Estadual.

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."

Assim, revendo o posicionamento anteriormente adotado ao deferir o efeito suspensivo, entendo que, ainda que o Tema 201/STF faça referência apenas aos casos em que a base de cálculo presumida for superior à base de cálculo real, pelo princípio da isonomia e da equidade, o mesmo deve valer em situações contrárias, quando o valor presumido for inferior ao real, tendo em vista que a Fazenda Pública também deve ser beneficiada.

Portanto, considerando que o Decreto Estadual nº 54.308/18 foi editado a fim de se adequar ao entendimento firmado no julgamento do TEMA 201/STF, tenho como inexistente quaisquer dos vícios formais ou materiais apontados, haja vista que a obrigação do contribuinte substituído de complementar a diferença do ICMS presumido e o efetivo da sua operação de venda não caracteriza instituição ou majoração de tributo, bem como não ofende as garantias constitucionais das limitações ao poder de tributar.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

SLGB

Nº 70080368475 (Nº CNJ: 0008756-27.2019.8.21.7000)

2019/CÍVEL

Não é demais destacar, outrossim, o objetivo do instituto da substituição tributária, no qual se insere a agravante: o encargo financeiro inicial suportado pelo contribuinte é ressarcido quando concluída a operação da mercadoria.

Não há falar, portanto, em suspensão dos efeitos do Decreto nº 54.308/2018.

Por fim, dou por prequestionados os dispositivos legais invocados pelas partes, com a finalidade de evitar eventual oposição de embargos de declaração, tão somente com esse propósito.

Ante o exposto, desprovejo o agravo de instrumento, nos termos supra delineados.

É o voto.

DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. IRINEU MARIANI - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70080368475, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O AGRAVO DE INSTRUMENTO."

Julgador(a) de 1º Grau: