



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

**JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE.**

1. O Supremo Tribunal Federal, com base no resultado do julgamento da ADIn n. 1.851-4/AL, entendia que à luz do comando contido no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, o contribuinte teria direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizasse, restando afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 593.849/MG, em sede de repercussão geral (Tema n. 201), firmou a tese de 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 frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

2. A questão controvertida posta em juízo de retratação diz respeito ao fato de o julgamento do Supremo limitar-se a admitir a apuração de diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida ou se haveria a possibilidade de apuração de diferença do ICMS pago a menor no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for superior à presumida.

3. Dessa forma, a alteração de entendimento manifestada pelo Supremo, releva ser necessário que a mudança de compreensão não possa beneficiar apenas o contribuinte, no sentido de ter direito à restituição do valor recolhido a maior, em decorrência da base de cálculo presumida, mas também deve ser beneficiada a Fazenda Pública, a partir do momento em que constatado que a mercadoria foi vendida por preço superior à base de cálculo presumida. Por isso, não há possibilidade de manutenção do entendimento anterior (inexistindo do substituto tributário complementar o valor do ICMS na hipótese de o valor real ser superior à base de cálculo presumida), em razão da mudança de entendimento, amparada no princípio da isonomia e na proibição do locupletamento indevido, com base nos termos do RE n. 593.849/MG. Provido o recurso do ente público.



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)  
1999/CÍVEL

4. O art. 150, inciso IV, da Constituição Federal veda à União, aos Estados ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que a multa é confiscatória se superior a 100% do valor do tributo. Ausência, no caso, de caráter confiscatório, considerando que a multa foi fixada no patamar de 100%. Desprovido o recurso adesivo da embargante. Sentença não confirmada em remessa necessária.

**REFORMARAM O JULGAMENTO ANTERIOR, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO, NÃO CONFIRMANDO A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME.**

APELAÇÃO REMESSA NECESSÁRIA

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

COMARCA DE CANOAS

EXMA SRA DRA JUIZA DE DIREITO DA 4 V CIVEL  
DA COMARCA DE CANOAS

APRESENTANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE/RECORRIDO ADESIVO

DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PETROLEO  
IPIRANGA S A

RECORRENTE ADESIVO/APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em reformar o julgamento anterior, em sede de juízo de retratação, para dar provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul e negar provimento ao recurso adesivo, não confirmando a sentença em remessa necessária.

Custas na forma da lei.



LLJ  
Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)  
1999/CÍVEL

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOÃO BARCELOS DE SOUZA JÚNIOR E DES. RICARDO TORRES HERMANN.**

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2019.

**DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET,**  
**Relatora.**

## **RELATÓRIO**

### **DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET (RELATORA)**

Trata-se de juízo de retratação determinado pela Colenda Primeira Vice-Presidência desta Corte, nos autos dos embargos à execução promovidos pela DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PETRÓLEO IPIRANGA S.A. em desfavor do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, decorrente de recurso de apelação do ente público provido, em parte, tendo restado prejudicado o recurso adesivo interposto pela embargante, para reapreciação da matéria, em razão da dissonância da decisão recorrida com o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 593.849/MG (Tema 201).

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET (RELATORA)**

É caso de reforma do acórdão anteriormente proferido, *data maxima venia*.

Em sede de embargos à execução promovidos pela DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PETRÓLEO IPIRANGA S.A. contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, alegou a executada ter sido autuada, na qualidade de substituta tributária, com exigência de pagamento de ICMS incidente sobre a diferença de preço auferida pela sua controlada Comercial Farroupilha S/A, na qualidade de empresa substituída, na venda de produtos



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)  
1999/CÍVEL

existentes em estoque, nas datas de alterações de preços, nos diversos postos revendedores que mantinha no Estado.

A sentença proferida pela Juíza Singular Lia Gehrke Brandão, em 07/05/1999, julgou procedentes os embargos à execução, desconstituindo o título executivo e promovendo a extinção da execução fiscal, condenando o ente público ao pagamento da sucumbência, com fixação de honorários no valor de 15% sobre o valor atribuído à causa, que foi de R\$ 830.346,82 quando do ajuizamento.

O ente público estadual interpôs apelação, sobrevivendo recurso adesivo pela executada, para fins de redução da multa, caso fosse provido o recurso do Estado.

Quando do julgamento dos recursos, restou consignada a seguinte ementa (n. 70000093492):

**DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DERIVADOS DO PETRÓLEO. DIFERENÇA ENTRE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E O VALOR REAL DA OPERAÇÃO.**

*Na chamada substituição tributária para a frente, o legislador estadual não pode exigir do substituto tributário a complementação do valor do ICMS na hipótese de o valor real da operação ser superior à base de cálculo presumida.*

**Recurso provido em parte.**

A eminente relatora, Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, consignou em seu voto, acompanhada pelos ilustres Des. Arno Werlang e Des. Teresinha de Oliveira Silva, que:

*[...]. De início, é relevante destacar que não está em debate a constitucionalidade da chamada substituição tributária para a frente. A controvérsia cinge-se à existência de obrigação legal de o substituto tributário pagar a diferença resultante do fato de o valor da operação futura praticada pelo substituído ter sido superior à base de cálculo utilizada quando do pagamento do tributo. A exigência do pagamento da diferença decorre da Lei Estadual n. 8.820/89. Daí que ao desate da lide cumpre saber se podia o legislador estadual exigir o tributo resultante da diferença entre a base de cálculo do imposto e o valor real da operação. [...]. Segundo o artigo 2º, § 9º, com redação conferida pela Lei Complementar n. 44/83, a base de cálculo do imposto, no caso de substituição tributária, será o do valor da operação promovida pelo responsável, acrescido da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadorias com preço de venda, máximo ou único, marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente. Trata-se, pois, de base de cálculo por estimativa com presunção juris et de jure. Segue-se daí que para o efeito da determinação da base de cálculo é irrelevante o valor real da operação realizada. Diante disto, não poderia o*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

legislador estadual exigir do substituto a complementação do valor do tributo na hipótese de o valor real da operação ser superior à base de cálculo, ainda que apenas quando o substituído seja empresa controlada pelo substituto. É que “uma vez que lei complementar determina a base de cálculo, segundo sua própria determinação, a lei estadual não pode inovar”. Diante disto, a circunstância de o fato gerador presumido se efetivar por preço superior, ainda que o substituído seja empresa controlada pelo substituto, não leva à complementação do pagamento do tributo. [...]. Grifei.

Após o referido julgamento, o Estado opôs embargos de declaração, os quais foram desacolhidos (fls. 392/396).

Posteriormente, houve a interposição de recurso extraordinário e de recurso especial pelo Estado, assim como de recurso especial pela embargante para fins de majoração da verba honorária, tendo sido negado seguimento a todos os recursos.

Nesse passo, depois de sucessivos recursos, quando da conclusão dos autos para exame de admissibilidade do recurso extraordinário, a eminente 1ª Vice-Presidente compreendeu pelo encaminhamento dos autos para juízo de retratação, visto que a decisão hostilizada estaria em dissonância com o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 593.849/MG (TEMA 201), com repercussão geral reconhecida.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, com base no resultado do julgamento da ADIn n. 1.851-4/AL, entendia que à luz do comando contido no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, o contribuinte teria direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizasse, ficando afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 593.849/MG, em sede de repercussão geral (Tema n. 201), firmou a tese de 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 frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Nesse particular, segue a ementa do julgado:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*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).*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

Tal entendimento vem sendo amplamente aplicado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Inclusive, a compreensão está em plena consonância com a proibição de enriquecimento sem causa, de forma que não poderia a Fazenda Pública “lucrar” com o equívoco em sua presunção de qual seria a base correta de incidência do imposto no ato futuro, devendo restituir eventual diferença.

A questão controvertida posta em juízo de retratação diz respeito ao fato de o julgamento do Supremo limitar-se a admitir a apuração de 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 ou se haveria a possibilidade de apuração de diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a menor no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for superior à presumida.

Nesse sentido, prestigia o entendimento operado pelo eminente colega Des. Ricardo Torres Hermann, em sede de declaração de voto, na qual, com propriedade, fazendo a contextualização do Tema n. 201, por meio da análise de votos lançados no julgamento, com precedente anterior (ADIn n. 1.851-4/AL), defendeu que, conquanto o Tema n. 201 apenas aluda aos casos em que a base de cálculo presumida for inferior à efetivamente praticada, pela nova sistemática, em atenção ao princípio da isonomia, devem ser considerados tanto os créditos decorrentes das vendas com valores inferiores ao presumido, como os débitos decorrentes das negociações em valores superiores ao presumido.

Dessa forma, a alteração de entendimento manifestada pelo Supremo, releva ser necessário que a mudança de compreensão não possa beneficiar apenas o contribuinte, no sentido de ter direito à restituição do valor recolhido a maior, em decorrência da base de cálculo presumida, mas também deve ser beneficiada a Fazenda Pública, a partir do momento em que constatado que a mercadoria foi vendida por preço superior à base de cálculo presumida.

Por isso, não há possibilidade de manutenção do entendimento anterior (inexigindo do substituto tributário complementar o valor do ICMS na hipótese de o valor



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

real ser superior à base de cálculo presumida), em razão da mudança de entendimento, amparada no princípio da isonomia e na proibição do locupletamento indevido, com base nos termos do RE n. 593.849/MG.

Sob outra perspectiva, no que diz com recurso adesivo apresentado pela embargante (fls. 262/266), a fim de ser reduzida a multa aplicação, não merece trânsito.

Destaco que o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal veda à União, aos Estados ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que a multa é confiscatória se superior a 100% do valor do tributo, *verbis*:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA FISCAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.*

*I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. Precedentes.*

*II – Agravo regimental improvido.*

*(RE 657372 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013). Grifei.*

Na mesma direção, cito precedentes desta Corte:

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA DE ICMS COM CRÉDITO INSCRITO EM PRECATÓRIOS EXPEDIDOS CONTRA O ESTADO E O IPERGS ADQUIRIDOS POR CESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI AUTORIZADORA QUE REGULAMENTE A COMPENSAÇÃO NO RIO GRANDE DO SUL. TRIBUTOS DISTINTOS. PESSOAS JURÍDICAS DIFERENTES. MULTA APLICADA*

*EM 120%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. 1. Hipótese em que descabe a compensação de débitos de ICMS, devidos ao Estado, com créditos obtidos mediante cessão inscritos em precatórios expedidos contra o mesmo, em virtude de inexistência de lei local que a autorize, nos termos do art. 170 do CTN, e também por parte deles envolver pessoas jurídicas de direito público distintas (IPERGS), não restando caracterizada a reciprocidade de que trata o art. 368 do Código Civil 2. Embora não seja possível a manutenção em 120%, tendo em vista o novo posicionamento do STF, quando do julgamento do RE nº 657.372/RS, cabe estabelecer a multa fiscal em 100% sobre o*





LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*valor do tributo devido, pois inexistente justificativa para sua fixação em patamar inferior. 3. Ônus sucumbências redistribuídos. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70069939098, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 27/07/2016).*

*DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. AUTUAÇÃO. OMISSÃO NA NOTA FISCAL DA DATA E HORA DE SAÍDA E PLACAS DO VEÍCULO TRANSPORTADOR. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. INFRAÇÃO MATERIAL QUALIFICADA. O transportador é o responsável pelo pagamento do imposto devido, com acréscimos legais, observado o disposto no art. 13, I, Livro II do Decreto nº 37.699/97 e artigo 306 do CTN. O trânsito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal idônea, uma vez que ausente omissão na nota fiscal da data e hora de saída e placas do veículo transportador, constitui infração material qualificada, restando correta a autuação com a aplicação de multa pelo Fisco. Lançamento com base nos arts. 7º, I, e 8º, I, "d", da Lei nº 6.537/73, por descumprimento dos arts. 42 e 43, I, da Lei nº 8.820/89; e alterações do Livro, II, arts. 13, I e 29 do RICMS. Precedentes do TJRS. BASE DE CÁLCULO. VALOR PROVÁVEL DA VENDA FUTURA. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE. A base de cálculo do imposto nas operações com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea é o valor provável da venda futura. Base de cálculo por arbitramento, na forma do art. 148 do CTN, não desfeito pela demandante. Precedentes do TJRS. MULTA. INFRAÇÃO MATERIAL QUALIFICADA. PERCENTUAL DE 120%. CONFISCO CARACTERIZADO. MINORAÇÃO PARA 100%. Constatada a ocorrência de infração material qualificada, mantém-se a multa aplicada, devendo, no entanto, ser minorado o percentual de 120%, pois, de acordo com o parâmetro estabelecido pelo STF, resta configurado caráter confiscatório, devendo ser reduzido para 100%, limite fixado naquela Corte. Incidência nos termos dos arts. 8º, I, d, e 9º, III, da Lei Estadual nº 6.537/73. Precedentes do TJRS e STJ. Apelação provida em parte liminarmente. (Apelação Cível Nº70067697268, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 16/12/2015).*

*APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO- ADMINISTRADOR. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DAS CDA'S. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO. (...) V. O*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*aproveitamento indevido de crédito fiscal configura infração material qualificada, descrita no art. 8º, I, letra j, da Lei Estadual n. 6.537/73. Descabimento da desclassificação da conduta infracional. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia seu caráter confiscatório, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao art. 150, IV, da Constituição Federal. Exclusão do que exceder a cem por cento do débito tributário. Precedentes do STF. Apelação da embargante parcialmente provida. Apelação do Estado desprovida. (Apelação Cível Nº 70063995112, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 08/04/2015).*

*AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSTO APURADO NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. CÓPIA REPROGRÁFICA DO DANFE. INFRAÇÃO MATERIAL QUALIFICADA. MULTA. CABIMENTO. O trânsito de mercadorias deve ser sempre acompanhado de nota fiscal idônea, preenchida de acordo com a legislação e regulamentos correlatos, sob pena de responsabilidade tributária. No caso concreto, depreende-se que efetivamente o transporte deu-se de forma irregular, uma vez que a parte autora portava cópia reprográfica do DANFE, que é uma reprodução gráfica da Nota Fiscal Eletrônica, o que constitui infração material qualificada, nos termos do art. 8º, I, "d", da Lei Estadual n.º 6.537/73. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. É do transportador a responsabilidade pelo pagamento de tributo devido pelo trânsito de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, nos termos do art. 7º, inc. III, b, da Lei Estadual 8.820/89. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A multa fiscal de 120% foi considerada confiscatória pelo STF. Redução do percentual da multa para 100% do valor do débito, de acordo com o entendimento desta Câmara. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70063615876, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 26/03/2015).*

No caso concreto, a multa aplicada pelo fisco estadual, no valor de 100%, não apresenta caráter confiscatório, como bem argumentado nas contrarrazões recursais (fls. 272/273):

*Nesse passo, cumpre observar que a autuação decorreu do fato da embargante/recorrente ter deixado de recolher o tributo devido na qualidade de substituta tributária, conforme consta no auto de lançamento. Em decorrência, descumpriu a apelada os artigos 3º; 4º, II; 5º, I, "a", §§ 1º a 6º; 10; 13, III, § 3º, II; 14, I; 22, II, "a"; 24, II, "b"; 11 e "c" da Lei n. 8.820/89.*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*Desta feita, caracterizado o não pagamento de tributo e, ainda, o ato lesivo ao patrimônio do Estado, tudo plenamente tipificado na legislação estadual aplicável, cabível a multa punitiva.*

*Com efeito, ao proceder ao lançamento da multa de 100% sobre o valor do principal, o Sr. Fiscal de Tributos Estaduais agiu de conformidade com os dispositivos legais que regem a matéria. E nem poderia ser diferente, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional.*

*Por sua vez, o benefício estabelecido no artigo 10, inciso I e II, da Lei n. 6.537/73 não tem o caráter de prêmio pela não apresentação de defesa, como alega a embargante. Nesse sentido, cumpre observar que a disposição legal em questão sequer faz referência à impugnação administrativa ou à apresentação de defesa pelo contribuinte. Tal dispositivo tão somente estabelece um benefício, ou anistia parcial da multa, em caso de pagamento do tributo devido dentro do prazo de 30 (trinta) dias da sua constituição.*

*Nesse passo, não há qualquer vinculação entre a não apresentação de defesa e o benefício legal da redução da multa. O que legislador estabeleceu no referido dispositivo legal foi uma anistia parcial da multa em caso de pagamento integral ou parcelado dentro de 30 dias contados da notificação do auto de lançamento.*

*Tal procedimento, diversamente do sustentado pela embargante, nada tem de ilegal ou ofensivo ao direito de defesa. [...].*

Sendo assim, merece provimento a apelação do ente público, para fins de serem julgados improcedentes os embargos à execução, com inversão dos ônus sucumbenciais estabelecidos na sentença (fl. 238), não merecendo prosperar a inconformidade da parte embargante.

Por tais razões, **REFORMO** o julgamento anterior, em sede de juízo de retratação, ao efeito de: (a) dar provimento à apelação do ente público, para fins de serem julgados improcedentes os embargos à execução, com inversão dos ônus sucumbenciais estabelecidos na sentença; (b) negar provimento ao recurso adesivo da parte embargante; e (c) não confirmar a sentença em sede de remessa necessária.

**DES. JOÃO BARCELOS DE SOUZA JÚNIOR** - De acordo com o(a) Relator(a).



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

**DES. RICARDO TORRES HERMANN**

Eminentes colegas, pedi vista dos autos, porque se trata de questão inusitada.

Por ocasião do RE n. 593849/MG, julgado sob a modalidade da repercussão geral (Tema 201), fixou-se a seguinte tese:

***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.***

A questão que se põe, em juízo de retratação, é saber se o julgamento da Suprema Corte restringiu-se a admitir a apuração de 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, ou se, até por coerência lógica do julgado, há possibilidade de apuração de diferença ***do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a menor no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for superior à presumida.***

Penso que sim. E explico.

De início, transcrevo, por oportuno, exceto das manifestações os eminentes Ministros EDSON FACHIN, TEORI ZAVASCHI e LUÍS ROBERTO BARROSO, de onde resulta lógica a conclusão de que tanto devem ser considerados os créditos decorrentes das vendas com valores inferiores ao presumido, como os débitos decorrentes das negociações em valores superiores ao presumido. Tanto é assim que houve declaração incidental de inconstitucionalidade da lei do Estado de Minas Gerais que vedava a restituição do indébito por parte do substituído:

(...)

**O SENHOR MINSITRO EDSON FACHIN (RELATOR):**

(...)

**EFEITOS JURÍDICOS DA ALTERAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE**



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*No quadro exposto, reconhece-se que a presente proposição representa uma alteração parcial de um precedente desta Corte (overturning), qual seja, a ADI 1.851, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, sobretudo às argumentações sumarizadas nos seguintes parágrafos da ementa do referido julgado:*

*“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”*

*Assim, está-se diante de uma hipótese de reescrita (overriding) do precedente.  
(...)*

#### **EXAME DO CASO CONCRETO**

*Fixada a proposição decisional deste voto, cabe aplica-la ao caso concreto, isto é, trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por sociedade anônima, que tem como atividades sociais a exploração do negócio de transportador, revendedor, retalhista de querosene, óleo diesel, óleo combustível, graxas e lubrificantes, logo sujeita ao regime de substituição tributária progressiva, nos termos da legislação tributária mineira.*

*Requer-se, na petição inicial, o direito de lançar em sua escrita fiscal como créditos pretéritos e vindouros o valor do ICMS recolhido a maior, com a respectiva atualização monetária, ressalvando-se que a Administração Tributária remanesce com a prerrogativa de examinar, quando de sua fiscalização, a correção do procedimento e o acerto da compensação.*

*Por conseguinte, a pretensão da parte Recorrente merece prosperar.*

*Cito os dispositivos da Lei 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais que são relevantes ao deslinde da demanda, notadamente seu artigo 22, §§ 10º e 11º, in verbis:*

*§ 10. Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:*

*1) O contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

2) O Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

§ 11. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor pago por força da substituição tributária, nas seguintes hipóteses:

1) Caso não se efetive o fato gerador presumido;

Ademais, o Regulamento do ICMS de Minas Gerais assim dispõe em seus artigos 21 e 22, na literalidade:

Art. 21. Ressalvada a situação em que o fato gerador presumido não se realizar, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

I - O contribuinte ou o responsável sujeito ao recolhimento da diferença do tributo;

II - O Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

Art. 22. Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo.

**Caso adotada a tese proposta, não há outra conclusão possível que não seja a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto 43.080/2002, em razão de ofensa ao artigo 150, § 7º, da Constituição Federal.**

**Demais disso, deve-se fixar interpretação conforme à Constituição nas expressões “não se efetive o fato gerador o fato gerador presumido” no § 11 do art. 22 da Lei Estadual e “a fato gerador presumido que não se realizou” no artigo do Regulamento do ICMS.**

(...)

**DISPOSITIVO**

**Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se dá provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte Recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na LC 118/05.**

**Na qualidade de prejudicial, declaro a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais.**



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

**Ademais, fixo interpretação conforme à Constituição nas expressões “não se efetive o fato gerador presumido” no § 11 do art. 22 da Lei estadual e “fato gerador presumido que não se realizou” no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste Tema de repercussão geral.**

(...)

**Submeto à deliberação do Tribunal Pleno desta Corte, ao final, a tese jurídica proposta neste voto em decorrência da imperatividade legal de elaboração de súmula de julgamento em sede de repercussão geral: “De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição Federal, há direito à restituição do imposto pago antecipadamente sempre que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente, o que se dá na hipóteses em que o fato gerador definitivo se realiza de forma distinta daquela tributada na etapa inicial do ciclo produtivo”.**

É como voto.

(...)

**INCIDÊNCIAS AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** – Eu gostaria de salientar que essa lei a que está se declarando a inconstitucionalidade pelo voto do Ministro-Relator, a Lei 6.763 de Minas, no § 10, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Relator, consagra exatamente essa forma – vamos chamar assim – “pura” da substituição tributária. Ele diz assim:

‘(...) o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das sápidas das mercadorias:

1. o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;
2. o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria’.

**Se nós dissermos que o valor fixado na substituição tributária progressiva é provisório, ele iria permitir qualquer dessas duas alternativas: seja o contribuinte pedir a restituição, seja o fisco cobrar a diferença – é o que está na lei. Por isso, a lei mineira disse exatamente isso:**

‘Olha, nós estamos criando aqui um regime de substituição tributária; o valor presumido é um valor definitivo’ – e mais adiante eu vou voltar ao assunto. Portanto, não se permitir nem que o Estado seja obrigado a devolver, nem que o Fisco possa cobrar a diferença, caso, no futuro, a operação final venha a ser diferente. De modo que, até pela posição dos votos antecedentes, seria importante que se esclarecesse como ficaria a posição do Fisco nessa história: se o Fisco também poderia, eventualmente, cobrar a diferença.

(...)

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Isso. Então, Sua Excelência (refere-se ao Min. Teori Zavascki) entende que os estados podem instituir o sistema da substituição progressiva, podem não instituir, porque a Constituição claramente dá uma faculdade, ou podem instituir de uma forma mais moderada - se pode um extremo ou outro, pode a meio caminho. Desse modo, a nossa divergência



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

não é se os estados podem ou não podem. A nossa divergência essencial é que Sua Excelência considera que a presunção é definitiva e eu considero - e o Ministro Fachin vai falar por si, mas penso que também - que, havendo possibilidade de se apurar a operação real, é ela que deve prevalecer e não a presunção.

**Portanto, a lógica do meu voto é: se é possível apurar - e tanto é possível que os estados instituíram leis permitindo a restituição da diferença -, então, se é possível apurar o que é real, eu acho que não se deve trabalhar com uma presunção definitiva. E outro ponto de convergência - porque esse é de divergência -, é que eu acho que venta lá, venta cá. Portanto, se é operação real, se a operação subsequente for em dimensão econômica superior à da presunção, o fisco pode cobrar a diferença também. Portanto, a lógica de ser o valor real da operação e não o presumido, pode favorecer o contribuinte ou pode, eventualmente, desfavorecer o contribuinte.**

Portanto, nós estamos de acordo que o estado pode; estamos em desacordo quanto à presunção ser definitiva ou não definitiva. Acho que essa é a situação posta de uma forma bem simples.

(...)

#### OBSERVAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** – Senhora Presidente, em boa parte, a intervenção do Ministro Barroso já contemplou algumas observações que eu faria. Vou apenas pontuar três outros aspectos, pedindo todas as vênias ao Ministro Teori, reiterando meu entendimento de que essa diretriz de chancelar como definitiva a estimativa desse cálculo é uma espécie de selo que envelopa o enriquecimento ilícito, e isso não tem assento constitucional. A Constituição não autoriza cobrar a mais tributo em face da sua exigibilidade.

**Portanto, o próprio sentido do parágrafo 7º do art. 150, quando se refere ao fato gerador que não vai ocorrer, há, no fato gerador – ainda que seja um debate doutrinário – uma dimensão material, em que, essa dimensão material, não se verificando, de algum modo, é possível extrair desse próprio comando constitucional que não se pode chancelar um enriquecimento sem causa, quer seja do Estado, quer seja do contribuinte. Nisso, o estímulo de reflexão que o Ministro Teori fez, e que recebeu manifestação do Ministro Barroso, tem também a mim na mesma direção. Aqui há uma razão simétrica, não há enriquecimento ilícito a ser preservado nem aqui, nem acolá; nem da parte do fisco, nem da parte do contribuinte.**

Portanto, especialmente num país em que a carga tributária não é pequena, uma discussão que aguarda uma decisão do Supremo Tribunal Federal há treze anos – essas ações diretas de inconstitucionalidade estão postas, desde 2003, aguardando um desfecho -, e nós, por uma força inercial de que, como há divergência, então, por conta disso, vamos manter um entendimento que, em todas as vênias, no meu modo de ver, se choca com o texto constitucional. E texto no sentido da percepção não apenas normativa da subsunção da norma ao fato, mas texto como literalidade da Constituição, porque a Emenda Constitucional 3 autoriza a restituição.

(...) (grifos meus)





LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

Como se vê, consoante ressaltado pelo eminente Relator, MINISTRO EDSON FACHIN, com a EC 3/93, a Constituição Federal passou a prever, no art. 150, § 7º, a substituição tributária progressiva. Na sequência, a Lei Complementar nº 87/96 (LEI KANDIR) revogou o Convênio ICMS 66/88 e dispôs o regime de substituição tributária nos artigos 8º a 10. Sobreveio o Convênio ICMS 13/97, que vedava a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, na modalidade de substituição tributária, se realizar em valor inferior ou superior àquele estabelecido na base de cálculo presumida, foi ajuizada, pela Confederação Nacional do Comércio, a ADI nº 1851, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, sendo que, na ocasião, em síntese, o STF entendeu que o fato gerador presumido do ICMS não é provisório e sim definitivo, pois a base de cálculo resulta da lei, e disso adveio a conclusão de que não há direito à restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não realização final. A propósito, colaciono a ementa da referida ADI 1821:

*EMENTA: 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 de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*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)

**Com o julgamento do RE 593849/MG o que se decidiu é, se esse precedente, a ADI 1851, da relatoria do Ministro ILMAR GALVÃO, que orientava no sentido de que a devolução só deve ocorrer se o fato gerador não vier a acontecer, ainda deve prevalecer ou se deve ficar superado.**

**E, da leitura dos votos exarados no julgamento do referido repetitivo, o que se compreende é que, embora o TEMA 201/STF apenas aluda aos casos em que a base de cálculo presumida for inferior à efetivamente praticada, pela nova sistemática, em atenção ao princípio da isonomia, devem ser considerados tanto os créditos decorrentes das vendas com valores inferiores ao presumido, como os débitos decorrentes das negociações em valores superiores ao presumido.**

Na verdade, a partir de tal julgado, que ensejou a alteração da jurisprudência consolidada sobre a matéria, passou a ser necessário observar as duas hipóteses, não se podendo compreender que tal mudança de orientação venha apenas em benefício do contribuinte, ou seja, assim como o contribuinte vai ter direito à restituição daquilo que, em razão da base de cálculo presumida, recolheu a maior; pode, a Fazenda



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

Pública, quando constatado que a mercadoria foi vendida com preço superior à base de cálculo presumida, cobrar a diferença.

Acrescento, ainda, que, na mesma linha, já se manifestou esta Corte:

*APELAÇÃO CÍVEL. REAPRECIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 1.030, II, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A FRENTE . CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. BASES DE CÁLCULO PRESUMIDA E REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.849/MG DO STF (TEMA 201). LEGITIMIDADE DA AUTORA. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEGITIMIDADE DA AUTORA. No regime de substituição tributária para a frente do ICMS, o substituído tem legitimidade ativa para postular a compensação ou restituição de valores pagos a maior. É a concessionária de automóveis, na qualidade de substituída, como contribuinte de fato, quem suporta o ônus do débito de ICMS no regime de substituição tributária, já que o tributo é calculado com base em fato gerador presumido e recolhido por terceira pessoa (fabricante de veículos) que a substitui e atua em momento anterior na cadeia comercial. Verificado o recolhimento de ICMS a maior justamente porque teve por lastro base de cálculo presumida, que se revelou superior ao preço de venda efetivamente praticado , é legitimada a buscar contra o Estado a restituição da diferença. VALOR DA CAUSA. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. Tratando-se de matéria de ordem pública, é lícito ao magistrado, de ofício, quando houver discrepância entre o valor atribuído à causa e o proveito econômico pretendido, adequá-lo. PRESCRIÇÃO. Para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação, ajuizadas a partir de 09/06/2005, incide o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, com marco inicial na data do pagamento. Em relação às propostas antes de 09/06/2005, aplica-se o entendimento então vigente, que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º, com o do art. 168, I do CTN, denominada regra cinco mais cinco , a contar da ocorrência do fato gerador. Precedentes do STF no Recurso Extraordinário nº 566.621, submetido ao rito do art. 543-B, do CPC de 1973, e do STJ no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.269.570/MG. Por se tratar de ICMS submetido ao regime de substituição tributária para frente , pretendendo a autora a compensação da diferença apurada entre o valor recolhido ao Estado pelo substituto tributário e o de venda praticado, o fato gerador a ser considerado para fins de prescrição*



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

é o da operação de saída do veículo da empresa autora para o consumidor final. Manejada a ação em 29/10/1998, encontram-se prescritos os fatos geradores anteriores a 29/10/1988, que sequer se encontram em discussão. **DIFERENÇA DE ICMS PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A FRENTE.** A questão relativa à restituição da diferença de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, consoante o art. 150, § 7º, da CF, restou decidida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no julgamento do RE nº 593.849/MG, com fixação de tese jurídica relativa ao Tema 201: **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. Dessa forma, faz jus a autora à compensação pretendida dos créditos de ICMS envolvendo as operações realizadas entre 25/06/1991 e 30/04/1996, período demonstrado nos autos por meio de notas fiscais e prova pericial. Devem ser considerados, todavia, também os valores que deixaram de ser recolhidos, de acordo com a mesma sistemática, nas operações de venda com valor superior ao presumido. O montante a ser compensado dependerá de liquidação de sentença, levando-se em consideração tanto os créditos quanto os débitos de ICMS da autora perante o fisco estadual relativamente às operações realizadas no período. FRETE.** Na forma dos arts. 8º, II, b, e 13, § 1º, II, "b", da Lei Complementar nº 87/96, o frete na substituição tributária "para a frente" deve ser incluído na base de cálculo do imposto quando sua responsabilidade for atribuída ao substituto. Na hipótese de o transporte da mercadoria ser realizado ou contratado pela empresa substituída, não é caso de inclusão de seu valor na base de cálculo do ICMS-ST, hipótese dos autos. Entendimento sedimentado pelo STJ quando do julgamento do REsp nº 931.727/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Tratando-se de indébito tributário de imposto estadual, devem ser utilizados os mesmos índices de correção monetária e juros previstos na legislação tributária estadual, para fins de atualização do montante a ser restituído e mora. Recurso Especial nº 1111189/SP, submetido ao rito do art. 543 do CPC de 1973. A correção monetária incide a partir de cada pagamento indevido, na forma do verbete nº 162 da Súmula do STJ. Os juros são de 1% ao mês, até 01/01/2010, quando passa a incidir apenas a Taxa Selic. O compute daqueles dá-se a contar do trânsito em julgado, de acordo com o art. 167, parágrafo único, do CTN, e do verbete nº 188 da Súmula do STJ. **APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70007968621, Vigésima Primeira Câmara



LLJ

Nº 70000093492 (Nº CNJ: 0000089-53.1999.8.21.7000)

1999/CÍVEL

*Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 22/11/2017) (grifos meus)*

Nessa ordem de coisas se, em função da mudança de entendimento, calcada no princípio da isonomia e da vedação ao enriquecimento ilícito, a obrigação tributária do substituto passou a ser considerada provisória, advindo daí a necessidade de se apurar eventual débito de ICMS quando o preço da venda for superior à base de cálculo presumida, afigura-se cabível a alteração do julgado em Juízo de Retratação, pois, em razão do contido no RE 5938492/MG não pode ser mantido o entendimento exarado no julgamento anterior, no sentido de que é descabida a exigência do substituto tributário de complementação do valor do ICMS na hipótese de o valor real ser superior à base de cálculo presumida.

Isso posto, voto pela reforma do julgado em Juízo de Retratação.

**DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET** - Presidente - Apelação Remessa Necessária nº 70000093492, Comarca de Canoas: "REFORMARAM O JULGAMENTO ANTERIOR, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LIA GEHRKE BRANDAO