|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Assunto:** | **:** | **Questionamento acerca do disposto no artigo 10 da Resolução SEFAZ n° 191/17, em relação à diferença entre o ICMS-ST incidente sobre o valor efetivo da venda e a base de cálculo presumida, quando o segundo for superior ao primeiro, nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária. É VEDADO AO CONTRIBUINTE SE UTILIZAR DO DISPOSTO NO ART. 10 DA RESOLUÇÃO SEFAZ N. 191/2017 EM RELAÇÃO AO ICMS RETIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA HIPÓTESE DE O VALOR DE VENDA AO CONSUMIDOR FINAL SER INFERIOR AO VALOR DA BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA.** |
|  |  | **CONSULTA Nº 39/2019** |

**RELATÓRIO**

A empresa consulente vem solicitar **o entendimento desta Superintendência de Tributação acerca do disposto no artigo 10 da Resolução SEFAZ n° 191/17,****em relação à diferença entre o ICMS-ST incidente sobre o valor efetivo da venda e a base de cálculo presumida, quando o segundo for superior ao primeiro, nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária.**

O processo encontra-se instruído com cópias digitalizadas que comprovam a habilitação do signatário da inicial para peticionar em nome da empresa (arquivos do “Ato Constitutivo Estatuto Social”, da “Ato Constitutivo Ata da Assembleia” e “Cadastro de Pessoa Física – CPF cnh”). A documentação referente ao pagamento da TSE está no arquivo denominado “Comprovante Taxa Serviços Estaduais Fazendário”, na qual, além do DARJ, também consta o DIP e autenticação mecânica de pagamento. O processo foi formalizado no DAC, e encaminhado à AFE.12 – Veículos e Material Viário, que informou que foram cumpridas as formalidades previstas no Decreto n° 2.473/79 e que “c*omo se trata de entidade representativa de categoria econômica, não se aplica a necessidade de informar se a consulente está sob ação fiscal ou se sofreu alguma autuação, ainda pendente de decisão, relacionada à dúvida suscitada*”. Em seguida, o processo foi remetido a esta Coordenadoria de Consultas Jurídico-Tributárias, solicitando análise da consulta formulada.

A consulente informa que, em relação às operações sujeitas ao regime de substituição tributária, seus associados pretendem se creditar em sua escrita fiscal dos valores correspondentes à diferença entre o ICMS-ST incidente sobre o valor efetivo da venda e a base de cálculo presumida, quando o segundo for superior ao primeiro, alegando possuir direito à restituição de indébito dos referidos valores.

Ainda, enfatiza que “*o argumento embasador para este creditamento encontra-se na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593.849/MG, com repercussão geral reconhecida, onde foi fixada a tese segundo a qual 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"”.*

**ISTO POSTO, CONSULTA:**

1. *Os associados pretendem usar da faculdade prevista no**art. 10 da Resolução Sefaz n. 191/2017 e se creditar em sua escrita fiscal do indébito do imposto, até o montante de 300.000 (trezentas mil) UFIR/RJ por período de apuração, independentemente de abertura de processo administrativo tributaria para tal finalidade, nos termos do art. 13, porém obedecendo à regra contida no art. 11 do mesmo diploma legal, que determina o limite máximo global para efetivação da restituição do indébito, equivalente a 100.000 (cem mil) mil UFIR-RJ por período de apuração.*

*Face a esta limitação mensal de 100.000 (cem mil) mil UFIR-RJ, a eventual diferença a que fizerem jus deverá ser creditada nos períodos seguintes, respeitado este limite mensal global.*

1. *Os associados que optarem pelo disposto no art. 10 da Resolução SEFAZ nº 191/2017, respeitando o limite mensal (por período de apuração) de 300.000 (trezentas mil) UFIR-RJ, estão dispensados da abertura de processo administrativo tributário para tal finalidade.*

*Estão corretos os entendimentos acima?*

**ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO**

Preliminarmente, considerando a consulente não se tratar de contribuinte inscrito no CAD-ICMS, mas sim de entidade representativa da categoria, os questionamentos apresentados serão respondidos somente para orientar a consulente acerca da correta interpretação dos dispositivos da legislação tributária estadual, não produzindo os efeitos próprios do instituto denominado Consulta Tributária, isto é, não se aplicam ao caso em tela os artigos 162 a 164 do Decreto n° 2.473/79 .

Ainda de forma preliminar, é importante registrar que, conforme disposto na Resolução SEFAZ nº 89/17, a competência da Superintendência de Tributação, bem como da Coordenação de Consultas Jurídico-Tributárias abrange a interpretação de legislação tributária em tese, cabendo à verificação da adequação da norma ao caso concreto exclusivamente à autoridade fiscalizadora ou julgadora.

Os artigos 17 e 18[[1]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftn1" \o "" \t "_blank) do Livro II do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 27.427, de 17 de novembro de 2000, disciplinam as hipóteses de restituição no caso de o fato gerador não se realizar. O fato gerador não realizado, conforme explicitado no referido artigo 18, caracteriza-se pela inocorrência de operação subsequente por motivo de perda, roubo, quebra, extravio, inutilização ou consumo de mercadoria, salvo disposição em contrário em legislação específica. Esse dispositivo, além de definir o que caracteriza fato gerador não realizado, também lista, de forma taxativa, as hipóteses dessa inocorrência, nas quais não está incluída aquela em que o valor de venda ao consumidor é inferior ao valor da base de cálculo presumida. De fato, pode-se facilmente observar que nessa hipótese ocorre o fato gerador.

Já o art. 16[[2]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftn2" \o "" \t "_blank) da Resolução SEFAZ nº 537/12 disciplina as hipóteses de ressarcimento no caso de devolução ou de remessa interestadual operação com mercadoria proveniente de outro estado sujeita ao regime de substituição tributária em que não há convênio, protocolo ou termo de acordo em que imposto por substituição tributária tenha sido pago antecipadamente por DARJ pelo adquirente ou pelo remetente em seu nome. Esse dispositivo também não contempla a hipótese em que o valor de venda ao consumidor é inferior ao valor da base de cálculo presumida.

Ademais, relativamente à menção ao RE 593.849, trata-se de decisão prolatada em Recurso Extraordinário com repercussão geral que tem como parte o Estado de Minas Gerais, e do qual o Estado do Rio de Janeiro não foi sequer "*amicus curiae*".

Nesta seara, faz-se necessário mencionar que o instituto da repercussão geral, entre outros pontos, não possui efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Executivo, ao passo que somente possuem este efeito a súmula vinculante[[3]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftn3" \o "" \t "_blank), as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, nos termos do disposto no § 2º do artigo 102[[4]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftn4" \o "" \t "_blank) e no artigo 103-A[[5]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftn5" \o "" \t "_blank), ambos da Constituição Federal de 1988.

Em razão da natureza da matéria, para consultas e dúvidas acerca do cumprimento de decisão judicial deve o questionamento ser encaminhado à Procuradoria Geral do Estado (PGE) ou à Assessoria Jurídica desta Secretaria (SEFAZ).

Informamos, ainda, que não foi editada norma específica no Estado do Rio de Janeiro para tratar do tema a que alude a referida decisão judicial.

Portanto, a hipótese tratada na inicial deste administrativo não é passível de restituição do imposto, por não se enquadrar no disposto nos arts. 17 e 18 do Livro II do RICMS-RJ/00 e no art. 16 da Resolução SEFAZ nº 537/12, razão pela qual o contribuinte não poderá se utilizar do disposto no art. 10 da Resolução SEFAZ n. 191/2017 em relação ao ICMS retido por substituição tributária na hipótese de o valor de venda ao consumidor ser inferior ao valor da base de cálculo presumida.

**RESPOSTA**

Considerando o exposto, **está incorreto o entendimento apresentado pela consulente. É vedado ao contribuinte se utilizar do disposto no art. 10 da Resolução SEFAZ n. 191/2017 em relação ao ICMS retido por substituição tributária na hipótese de o valor de venda ao consumidor final ser inferior ao valor da base de cálculo presumida. As disposições dos arts. 17 e 18 do Livro II do RICMS-RJ/00 e do art. 16 da Resolução SEFAZ nº 537/12 não contemplam esta hipótese.**

Repise-se que, pelo fato de a consulente não se tratar de contribuinte inscrito no CAD-ICMS, mas sim de entidade representativa da categoria, a presente resposta somente possui cunho orientativo, não produzindo os efeitos próprios do instituto denominado Consulta Tributária, isto é, não se aplicam ao caso em tela os artigos 162 a 164 do Decreto n° 2.473/79.

Fique a consulente ciente de que esta consulta perderá automaticamente a sua eficácia normativa em caso de mudança de entendimento por parte da Administração Tributária ou seja editada norma superveniente dispondo de forma contrária.

[[1]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftnref1" \o "" \t "_blank) Art. 17. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária correspondente ao fato gerador que não se realizar.

Art. 18. O fato gerador não realizado caracteriza-se pela inocorrência de operação subseqüente por motivo de perda, roubo, quebra, extravio, inutilização ou consumo de mercadoria, salvo disposição em contrário em legislação específica.

Parágrafo único - A não realização do fato gerador será comunicada à repartição fiscal de circunscrição do contribuinte, no prazo de 10 (dez) dias a contar da data em que ocorrer o evento que a caracterize.

[2] Art. 16. No caso de devolução ou remessa interestadual de mercadoria de que trata o art. 4.º desta Resolução, cujo imposto por substituição tributária tenha sido pago antecipadamente por DARJ pelo adquirente ou pelo remetente em seu nome, este deve adotar o seguinte procedimento:

I - emitir nota fiscal com destaque do imposto, indicando no campo "Informações Complementares":

a) o número e a data da nota fiscal relativa à aquisição;

b) no caso de devolução, as razões que deram causa;

c) o valor do ICMS substituição tributária referente à entrada, calculado proporcionalmente à quantidade que está sendo devolvida ou remetida para outra unidade federada;

d) o valor e a data da GNRE ou do DARJ referente à aquisição original; (...)

[[3]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftnref3" \o "" \t "_blank) Também criado com a Reforma do Judiciário, o instituto da súmula vinculante tem o intuito de pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário. Após sua aprovação – por no mínimo de oito ministros, e a publicação no Diário de Justiça Eletrônico (DJe) –, a súmula vinculante permite que agentes públicos, tanto do Poder Judiciário quanto do Executivo, passem a adotar a jurisprudência fixada pelo STF.

[[4]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftnref4" \o "" \t "_blank) Art. 102. (...)

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[[5]](https://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=procedimento_visualizar&id_documento=840549&arvore=1&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000288&infra_hash=4e436b3364aa02f4a4b6787287cc0141980ff6459cf3cf2327b77d1991991104" \l "_ftnref5" \o "" \t "_blank) Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

CCJT, em 6 de junho de 2019.