

Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado de Fazenda

Subsecretaria de Estado de Receita

**Assunto: : 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 N.º 077/19**

### **RELATÓRIO.**

A entidade teceu as considerações abaixo para ao final consultar:

- Os sindicalizados pretendem o creditamento em sua escrita fiscal, por consequência do indébito fiscal gerado, dos valores correspondentes à diferença entre o ICMS-ST incidente sobre o referido valor efetivo da venda e a base de cálculo presumida, quando o segundo for superior ao primeiro.
- 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 ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.
- A Resolução SEFAZ n.º 191/17 disciplina os procedimentos sobre a restituição do indébito tributário, em especial, inciso I do artigo 3º e artigos 10, 11 e 13.
- A interpretação dos artigos 11 e 13 da referida resolução pode causar dúvidas quanto ao limite máximo do montante mensal global de 100.000 (cem mil) UFIR/RJ e os valores a serem restituídos equivalentes a até 300.000 (trezentos mil) mil UFIR-RJ por período de apuração.

Acrescenta a consulente que a própria CRFB/88 é norma habilitadora da atuação da Administração Pública e, nos termos definidos pelo STF no julgamento do RE supracitado, a restituição do ICMS em regime de substituição tributária quando recolhido a maior é devida, muito embora tal previsão não conste no artigo 150, § 7º, da CRFB/88. E, entende a consulente, que o princípio da legalidade, atualmente entendido como princípio da juridicidade administrativa, somente será respeitado pela Administração Pública caso seja aplicada a tese firmada no referido julgamento.

#### **Isto posto, Consulta:**

Seus sindicalizados pretendem usar a faculdade prevista no artigo 10 da Resolução SEFAZ n.º 191/17 e se creditarem em sua escrita fiscal do indébito do imposto, até o montante de 300.000 (trezentos mil) mil UFIR-RJ, por período de apuração, independentemente de abertura de Processo Administrativo Tributário para tal finalidade, nos termos do artigo 13, porém, obedecendo a regra contida o artigo 11 do mesmo diploma legal, que determina o limite máximo global para efetivação da restituição do indébito, equivalente a 100.000 (cem mil) UFIR/RJ por período de apuração.

Tendo em vista a referida limitação mensal, eventual diferença a que fizerem jus deverá ser creditada nos períodos seguintes, respeitado novamente o referido limite.

Nestes termos, entende a consulente que os sindicalizados que optarem pelo disposto na Resolução SEFAZ n.º 191/17, respeitando o limite mensal (por período de apuração) de 300.000 (trezentos mil) mil UFIR-RJ, estão dispensados da abertura de Processo Administrativo Tributário.

Estão corretos os entendimentos acima?

O processo encontra-se instruído com cópias digitalizadas que comprovam a habilitação do signatário da inicial para peticionar em nome da entidade (arquivos (i) “Ato Constitutivo Estatuto” - Doc. 1223241, (ii) “Documento Identidade Presidente SINCOV-RJ” – Doc. 1223547 e (iii) “Comprovante Ata Eleição SINDICOV-RJ” – Doc. 1223553). A documentação referente ao pagamento da TSE está nos arquivos “Comprovante Pagto Consulta” – Doc. 1223549 e “Comprovante DARJ Consulta Tributária” – Doc. 1225351. O processo foi formalizado no DAC e encaminhado à AFE 12 – Veículos e Material Viário, que o remeteu a esta Superintendência, nos termos do artigo 153, Capítulo VI, do Decreto n.º 2.473/79 – Doc. 1498366.

## **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.º 2.473/79.

Ainda de forma preliminar, é importante registrar que, conforme disposto na Resolução SEFAZ n.º 48/19, 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.

Respondendo objetivamente os questionamentos suscitados, observe a entidade consulente que a restituição de que tratam os artigos 17 e 18 do Livro II do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 27.427/00, disciplinam as hipóteses de indébito no caso de o fato gerador não se realizar. O fato gerador não realizado, conforme explicitado no referido artigo 18, caracteriza-se pela in ocorrência 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 in ocorrência, 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.

No tocante ao RE 593.849/MG, 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*".

Neste contexto, ressalta-se 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 relativas às ações diretas de inconstitucionalidade e às ações declaratórias de constitucionalidade, nos termos do disposto no § 2º do artigo 102 e no artigo 103-A, 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 artigos 17 e 18 do Livro II do RICMS-RJ/00, razão pela qual o contribuinte não poderá se utilizar do disposto nos artigos 10, 11 e 13 da Resolução SEFAZ n.º. 191/17 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 nos artigos 10, 11 e 13 da Resolução SEFAZ n.º 191/17 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 artigos 17 e 18 do Livro II do RICMS-RJ/00 estão disciplinadas no artigo 15 da referida Resolução SEFAZ n.º 191/17, que não se aplica à matéria em exame.

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 caráter normativo, 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.º 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.

**CCJT, em 11 de outubro de 2019**