



Governo do Estado de Roraima
"Amazônia: patrimônio dos brasileiros"

RESOLUÇÃO Nº 133/2024, DE 04 DE junho DE 2024.

RESOLUÇÃO Nº 133/2024

CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO : 8ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 31/01/2024

PROCESSO : 22101.007816/2021.00

REQUERENTE : PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.

ASSUNTO : RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS

RELATOR : FRANCISCO DE ASSIS BEZERRA

RELATOR DESIGNADO: JOSÉ CARLOS ARANHA RODRIGUES

EMENTA: RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO – ICMS/ST – ALEGAÇÃO RE 593.849 MG - AUSÊNCIA DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS – PEDIDO INDEFERIDO – DECISÃO POR MAIORIA.

RELATÓRIO

O requerente pede a restituição de R\$ R\$ 2.297.364,18 (dois milhões, duzentos e noventa e sete mil trezentos e sessenta e quatro reais e dezoito centavos) sob a alegação de que a base de cálculo do fato gerador nas operações de venda de combustível foram menores do que a base de cálculo presumida do ICMS substituição tributária progressiva. Fulcra o direito no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, cujo acórdão foi publicado em 19/10/2017, no qual o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, fixou tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da Repercussão Geral, 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".

Diz ainda que apurou todas as operações, internas ou interestaduais, realizadas com preço menor do que o previsto para a base de cálculo presumida do ICMS ST, no período de 21/10/2016 a 31/12/2017.

No despacho 6/2022, a representante da Divisão de Substituição Tributária informa que "Os combustíveis comercializados pela requerente, gasolinas (de aviação e automotiva), querosene de aviação e diesel, têm sua carga tributária paga integralmente por substituição tributária quando na entrada do Estado de Roraima. "Cabe à Refinaria (PETROLEO BRASILEIRO S/A, CGF 24.007924-1, CNPJ 33.000.167/0793-79), o recolhimento quase total do ICMS ST relativo às operações posteriores originadas pelas distribuidoras de combustível localizadas no Estado do Amazonas e Roraima, incluídas aí, as operações da requerente. As distribuidoras, recolhem, diretamente, somente complementos mensais do imposto, em sendo o caso".

Esclarece ainda que, embora a requerente não tenha juntado os documentos fiscais elencados na planilhas apresentadas, a DIFIS consultou a base de dados da SEFAZ/RR, considerando todas as notas emitidas no período, exceto as canceladas, considerando também todas as quantias "que supostamente deveriam ter sido recolhidas (complemento), em razão de base de cálculo presumida (via margem de valor agregado ou PMPF) inferior aos preços efetivamente praticados".

No anexo do EP. (4213924), a DIFIS junta as planilhas que demonstram as vendas de cada combustível, bem como os cálculos que resultaram nos supostos valores "a complementar" e "a ressarcir". "O resumo traz a diferença entre esses valores, que é de R\$ 2.224.755,27 (dois milhões, duzentos e vinte e quatro mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e vinte e sete centavos)."

A auditora fiscal frisa que "A análise do pedido de restituição não enfatizou todas as questões jurídicas aplicáveis, seja a juntada de documentos (comprovante do recolhimento tido como indevido, documento fiscal emitido para a operação, prova de que o requerente assumiu o encargo do pagamento), seja o direito em si de restituir os tributos supostamente pagos a maior, uma vez que **a legislação tributária de Roraima não prevê a hipótese de restituição do ICMS ST quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida**" - grifei.

Em Parecer de EP. 6620545, o eminente representante da Procuradoria do Estado opina pelo indeferimento do pedido, em face da inexistência dos documentos probatórios necessários.

É o relatório.

Francisco Assis de Souza Cabral
Conselheiro Relator

VOTO

FUNDAMENTAÇÃO

O requerente faz uso da decisão proferida em face do Recurso Extraordinário 593.849, sob a relatoria do ministro Edson Fachin. Recorrente: Parati Petróleo Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. *Amicus*

Curiae:

1. Instituto Para o Desenvolvimento do Varejo – IDV;
2. Distrito Federal;
3. Estado do Acre;
4. Estado do Espírito Santos;
5. Estado do Piauí;
6. Estado de Rondônia;
7. Estado da Bahia;
8. **Estado de Roraima;**
9. Estado do Amapá;
10. Estado de Santa Catarina;
11. Estado de Mato Grosso do Sul;
12. Estado do Rio Grande do Sul.

Ementa:

“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”.”

“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.”

Ao apreciar o Tema 201 da repercussão geral, a Corte Suprema conhece do Recurso Extraordinário, ao que lhe dá provimento, reformando o acórdão recorrido, afirmando o direito da parte recorrente a “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”. (...) declarou a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10^[1], da Lei 6.763/1975, e 21^[2] do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais”.

O pleno também fixou interpretação conforme a CF/88 na expressão “não se efetive o fato gerador presumido” no § 11 do art. 12 da Lei estadual e “fato gerador presumido que não se realizou” no art. 22 do Regulamento do ICMS, “para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste tema de repercussão geral”.

O Tribunal modulou os efeitos do julgamento visando que o precedente oriente todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumidos realizado após a fixação da tese, “tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo”.

Em resumo aos precedentes da substituição tributária, como bem expõe o relator ministro Fachin, o § 7º do art. 150 da Carta de 88 trouxe ao bojo constitucional o instituto historicamente já preexistente na legislação tributária, *ipsis litteris*:

“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.”

E neste rumo o art. 10 da LC 87/96 assegura ao contribuinte **substituído** o direito à restituição do valor do imposto pago por substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar. O convênio ICMS 13/97, buscando harmonizar procedimento referente à aplicação do § 7º do art. 150 da Carta, e do art. 10 da Lei Kandir, estabelece na sua Cláusula primeira que “A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária”, com a ressalva da Cláusula segunda: “Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996”.

Em face do mencionado convênio, foi ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio a ADI 1.851, da relatoria do ministro Ilmar Galvão, restando a 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 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.”

Enfim, naquela ADI foi reconhecida a definitividade do fato gerador presumido sob o estabelecimento da substituição tributária, entendimento que foi reformado no RE 593.849, o que ensejou ADIs dos estados de São Paulo e Pernambuco contra os próprios institutos normativos que previam a natureza provisória do fato gerador na substituição tributária. Vale voltarmos ao relato do ministro Fachin:

“Diante desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, os Chefes dos Poderes Executivos dos Estados-membros, nomeadamente Pernambuco e São Paulo, que não subscreveram o Convênio ICMS 13/97 e haviam previsto em lei formal o direito à restituição do tributo pago a maior do que o presumido,

ajuizaram novas ações diretas de inconstitucionalidade em face dessas previsões normativas constantes em sua própria legislação estadual.

Em 26 e 27 de novembro de 2003, o STF iniciou o julgamento das ADIs 2.675, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e 2.777, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Após sucessivos pedidos de vista, chegou-se, em 7 de fevereiro de 2007, ao resultado de cinco Ministros pela procedência dessas ações e igual número de pares pela improcedência.

Em 18.11.2010, o Tribunal Pleno resolveu questão de ordem, suscitada pelo ilustre Ministro Presidente Ayres Britto, no sentido de sobrestar o julgamento das ADIs supra para que fosse realizado julgamento conjunto com o RE-RG 593.849, inicialmente de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (...).”

Nesta altura, portanto, não mais há que se debater o direito nascido a partir da publicação do acórdão relativo ao RE-RG 593.849. Resta-nos tão somente a interpretação da repercussão da tese resultante no caso concreto, podendo, eventualmente, reverberar em julgados futuros nesta Corte Administrativa.

Muito que bem: conforme extraído do debate e dos votos dos ministros no julgamento do RE 593.849, estados como São Paulo e Pernambuco já preveem em suas respectivas legislações a restituição do ICMS presumido pago a maior. Na pronúncia do ministro Roberto Barroso, a alteração do precedente firmado na ADI 1.851 de 2003, pelo RE 593.849, se dá “pela razão relevante de que houve mudança na situação fática e na situação normativa. Mudança na situação normativa porque diversos estados passaram a ter leis permitindo essa restituição e mudança na situação fática porque, anteriormente, não era possível à fiscalização constatar essa diferença na dimensão econômica e, hoje em dia, já é possível”.

Quanto à situação fática, interpretamos que o ministro se refere aos adventos da nota fiscal eletrônica, SPED fiscal etc., mecanismos estes que permitem o monitoramento simultâneo e apuração paralela dos movimentos de entrada e saída de mercadorias entre os contribuintes do ICMS.

Tangente à situação normativa, faz-se necessário o “realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo”, o que, no caso sob estudo, enseja a atualização da legislação estadual: da lei em sentido formal, e do Regulamento do ICMS, com a previsão da restituição do imposto pago a maior, assim como, pelo princípio da simetria, a complementação do imposto pago a menor, quando maior o fato gerador real.

Anotemos ainda que a tese em sede de repercussão geral não impõe o efeito vinculante aos entes federados, inexistente esta previsão constitucional, restrita à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, assim como, à súmula vinculante, conf. inteligência dos artigos 102, I, *a*, e art. 103-A da CF.

[1] “(...) § 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;
- 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. (Revogado pela alínea "d" do inciso I do art. 79 da Lei nº 22.549, de 30/6/2017.)

[2] “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 submetidas ao regime de substituição tributária.”

DISPOSITIVO

Desta forma, ante a inexistência de previsão legal no ordenamento tributário estadual, conjunto à ausência de vinculação dos estes estaduais e distrital ao cumprimento de decisão em sede de repercussão geral, voto pelo conhecimento do pedido para negar-lhe provimento, nos termos do parecer do Procurador do Estado.

É o voto que submeto ao Colegiado.

Francisco Assis de Souza Cabral
Conselheiro Relator

VOTO DIVERGENTE – CONSELHEIRO JOSÉ CARLOS ARANHA RODRIGUES

Conforme consta no relatório do Conselheiro Relator, trata-se de pedido de restituição de ICMS, efetuado por PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A., CNPJ nº **34.274.233/0145-88**, no valor de R\$ 2.297.364,18 (Dois Milhões, duzentos e noventa e sete mil, trezentos e sessenta e quatro reais e dezoito centavos).

Alega que houve recolhimento indevido de ICMS, na modalidade substituição tributária, em razão do valor da operação final ter sido inferior a presumida.

Da análise da documentação apresentada, constata-se de plano a ausência de documentos essenciais que atendam o que está prescrito no artigo 99 do RICMS/RR, *in verbis*:

Art. 99. O requerimento de que trata o artigo anterior deverá conter:

I – identificação do interessado;

II – exposição completa e circunstanciada dos fatos que motivaram o pedido e sua fundamentação legal;

III – cópias dos seguintes documentos, quando for o caso:

a) comprovante do recolhimento tido como indevido e na hipótese de pagamento em duplicidade, de prova que evidencie esta ocorrência;

b) documento fiscal emitido para a operação ou prestação;

No presente caso, conforme preceitua o artigo acima exposto, a requerente não anexou aos autos documentos que comprovem o alegado, nem ao menos notas fiscais, limitando-se a juntar planilhas dos valores que entende terem sido recolhidos indevidamente.

Por oportuno ressalte-se que o valor requerido à título de restituição foi calculado, conforme planilhas anexas, utilizando o PMPF de cada produto e comparando com o valor unitário de venda.

Entretanto, entendemos que esse valor não é o valor de venda ao consumidor final, pois essa etapa da venda somente ocorre posteriormente, o que poderia ser também um elemento a mais a ser analisado.

De qualquer forma, nos manifestamos em concordância com o voto do Conselheiro Relator pelo indeferimento do pedido de restituição, mas com fundamentação diferente.

O Conselheiro Relator entendeu pelo indeferimento do pedido, cuja fundamentação da Requerente foi com base em decisão do STF proferida em face do Recurso Extraordinário 593.849 MG, enquanto que o Conselheiro Relator fundamentou seu voto apontando especificamente a inexistência de previsão legal no ordenamento tributário estadual e a ausência de vinculação dos entes estaduais e distrital ao cumprimento de decisão em sede de repercussão geral. O nosso voto divergente ora apresentado, tem como fundamento a falta documentação mínima para que seja apreciado o pleito da Requerente, nos termos do artigo 99 do RICMS/RR e de acordo com o Parecer da Procuradoria Fiscal.

JOSÉ CARLOS ARANHA RODRIGUES
CONSELHEIRO RELATOR DESIGNADO

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é interessado: **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.**,

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, por maioria de votos, conhecer do pedido para indeferi-lo, nos termos do inciso III, artigo 21, da Lei 072/1994, de acordo com o Parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto do Relator Designado.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista-RR, 04 de junho de 2024.

Manoel Carlos Barbosa Almeida
Presidente

José Carlos Aranha Rodrigues

Conselheiro Relator Designado

Ricardo Peterlini Gonçalves

Conselheiro Titular

Suellen Campos de Lima

Conselheira Titular

Francisco Assis de Souza Cabral

Conselheiro Titular

Silvia Silvestre dos Santos

Conselheira Titular

Adalberto Severo Alves Júnior

Conselheiro Titular

Daniella Torres De Melo Bezerra

Procuradora do Estado

PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. CUMPRA-SE.



Documento assinado eletronicamente por **José Carlos Aranha Rodrigues, Membro**, em 04/06/2024, às 10:31, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Silvia Silvestre dos Santos, Membro**, em 04/06/2024, às 11:52, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Manoel Carlos Barbosa Almeida, Presidente do Contencioso Administrativo Fiscal**, em 04/06/2024, às 14:48, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Suellen Campos de Lima, Membro**, em 11/06/2024, às 10:47, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Daniella Torres de Melo Bezerra, Procuradora do Estado**, em 11/06/2024, às 13:39, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Peterlini Gonçalves, Auditor Fiscal de Tributos Estaduais**, em 11/06/2024, às 17:03, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Francisco Assis de Souza Cabral, Auditor Fiscal de Tributos Estaduais**, em 11/06/2024, às 22:44, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



Documento assinado eletronicamente por **Adalberto Severo Alves Júnior, Auditor Fiscal de Tributos Estaduais**, em 12/06/2024, às 09:28, conforme Art. 5º, XIII, "b", do Decreto Nº 27.971-E/2019.



A autenticidade do documento pode ser conferida no endereço <https://sei.rr.gov.br/autenticar> informando o código verificador **13092109** e o código CRC **36EBBD13**.