



APELAÇÃO 0037165-16.2007.8.14.0301

APELANTE: PARAGÁS DISTRIBUIDORA LTDA
ADVOGADO: OAB/PA 12163 – THAIS CAMPOS IKETANI
APELADO: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR: MARCUS VINICIUS NERY LOBATO
RELATORA: DES. MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARÃES

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA AUTORIDADE COATORA EM PROMOVER RESTITUIÇÃO DE ICMS PAGOS A MAIOR – SENTENÇA DE INDEFERIU O PLEITO POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – AUSÊNCIA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO – CONSIDERANDO NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA SOBRE OS VALOR A SER RESTITUÍDO – APELAÇÃO QUE ALEGA PRESENTES AS PROVAS DA APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO – ALEGAÇÃO IMPERTINENTE – O VALOR APURADO COMO RECOLHIMENTO A MAIOR AINDA ESTA SUJEITO À COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS – IMPETRANTE NÃO SE DESIMCUMBIU DE DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE DÉBITOS E, PORTANTO QUE O VALOR APURADO A MAIOR CORRESPONDE, INDENE DE DUVIDAS AO QUE SERA EVENTUALMENTE RESSARCIDO- NÃO HÁ PROVAS DE NEGATIVA DE RESTITUIÇÃO ILEGAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

- 1- O contribuinte que eventualmente recolhe ICMS a maior, tem direito à restituição. No entanto, a restituição está sujeita à compensação de eventuais débitos com a fazenda;
- 2- Havendo o contribuinte deixado de demonstrar a ausência de débitos a serem compensados, ou de valores de eventuais débitos, ausente prova pré-constituída de ilegalidade do ato da autoridade que deixa de promover imediato pagamento do montante recolhido a maior.
- 3- Ausência de direito líquido e certo em sua acepção processual.
- 4- Recurso conhecido e improvido, na esteira do parecer da Procuradoria de Justiça.
- 5- Unanimidade.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que integram a 4ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer da Apelação Cível e negando-lhe provimento, pelos fatos e fundamentos constantes do voto relator.

Sessão foi presidida pela Desembargadora Maria Elvina Gemaque Taveira.

Turma Julgadora: Des. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães, Des. Nadja Nara Cobra Meda e Maria Elvina Gemaque Taveira.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
Desembargadora Relatora



RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por PARAGÁS DISTRIBUIDORA LTDA, inconformada com a sentença prolatada pelo juízo de direito da 6ª Vara de Fazenda da Capital-PA, nos autos de MANDADO DE SEGURANÇA, que deixou de conceder a ordem mandamental pleiteada em razão de ausência de prova pré-constituída.

A impetrante moveu a ação sustentando violação de seu direito à restituição de valores retidos, por substituição tributária, a título de ICMS em proporção maior do que efetivamente repassado a outros entes federativos (em que a alíquota é menor), em que se destinou operação de distribuição de produtos.

A autoridade impetrada apresentou informações sustentando a necessidade de dilação probatória para se verificar os valores que devem ser efetivamente restituídos, vez que, considerando existência de autuações contra o contribuinte, passível de compensação dos mesmos, antes de efetivar a restituição correspondente.

O órgão ministerial, em primeiro grau, manifestou-se pela improcedência.

O órgão a quo extinguiu o feito por ausência de prova pré-constituída dos fatos alegados para sustentar o direito.

Opostos embargos de declaração pela impetrante que foram rejeitados.

Inconformada com a sentença, a impetrante interpôs o presente recurso pugnando pela reforma da sentença, sustentando presente prova pré-constituída, e, por consequência, dissociada do conjunto probatório.

Em contrarrazões, o Estado do Pará pugna pela manutenção da sentença.

Apelação distribuída ao desembargador Jose Maria Teixeira do Rosário.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

O relator originário declarou impedimento às fls. 248.

É o relatório. Á Secretaria para inclusão em pauta.

Belém, 03 de agosto de 2016.

VOTO

Cinge-se a questão à verificação da existência ou não de prova pré-constituída dos fatos com os quais o impetrante (ora apelante) sustenta haver ilegalidade na omissão da autoridade coatora consubstanciada na não aposição de carimbos de acordo para restituição de créditos oriundos de recolhimento a maior de ICMS retidos no sistema de substituição.

A lei complementar do ICMS previu em seu artigo 10, §1º a possibilidade da restituição: Art.10.É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo



de 90 dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

O direito a restituição dos valores existe. No entanto, a restituição não implica em ausência de compensação dos débitos.

Observe-se que, a ocorrência da compensação de eventuais débitos gerados, até mesmo em decorrência de infrações, apenas é possível em razão do crédito gerado com a restituição. Assim, não se cogita da inexistência do direito à restituição, ou da não apuração dos valores de restituição, mas dos valores que eventualmente serão devolvidos a título de restituição após a compensação dos débitos.

Conforme se depreende dos autos, a impetrante, ora apelante atua no ramo de distribuição de gás liquefeito dentro do Estado do Pará e no mercado interestadual, repassando os produtos a consumidores em outros Estados, havendo, para as operações realizadas com unidades federativas cuja alíquota de ICMS é menor que a local, uma diferença recolhida a qual é passível restituição,

Ocorre, no entanto, que na mesma medida em que existe o direito a restituição, existe também a possibilidade de, apurada a existência de eventuais débitos e pendências da empresa contribuinte para com o fisco estadual, ocorrer a compensação prévia entre créditos e débitos.

Desse modo, para que se perceba a restituição pleiteada, antes há de apurar a existência dos débitos e valores a estes correspondentes, não sendo suficiente a mera apuração da diferença retida, que é o que restou apurado nos procedimentos a que o apelante se refere. Mas, ressalte-se, a mera apuração dessa diferença, ou seja, dos valores retidos a maior, não implica no surgimento do valor final a ser restituído, havendo ainda de passar o credito apurado pelo crivo dos eventuais débitos a quitar.

Não havendo o impetrante, apelado, logrado êxito em demonstrar a inexistência de débito a ser descontado previamente, não há como se apurar o se haverá remanescente e em qual montante este se manifestará, tampouco demonstrou a existência de qualquer ilegalidade na instauração e processamento dos procedimentos internos de cobrança e apuração dos débitos, de sorte que não demonstrou omissão injustificada imputável à autoridade coatora, em detrimento de seu direito de recebimento dos eventuais créditos a restituir.

Ademais, são noticiados pelo Estado do Pará a existência de 21 procedimentos de apuração relacionados à impetrante, cujos cálculos são se referem, conforme pretende esta, em atuações de meros cálculos aritméticos.

Assim, não se vislumbra a manifestação líquida e certa do direito invocado, eis que há prova pré-constituída dos fatos alegados, notadamente da efetiva apuração do valor de restituição e da paralisação indevida dos pleitos competentes a sua apuração.

Havendo o órgão a quo entendido ausente prova pré-constituída dos fatos, considerando que não se manifestam efetivamente apurados os valores a restituir, irretocável a decisão a primeiro grau, eis que, de fato, inexistente demonstração de ilegalidade por parte da autoridade coatora, razão porque **CONHEÇO DO RECURSO E NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo a sentença em todos os seus termos.



É o voto.

Belém, 29 de agosto de 2016.

MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARÃES
Desembargadora Relatora