



FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUTAÇÃO DA INDÚSTRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TIT

A RESTITUIÇÃO DO ICMS – ST – ENTRAVES JURÍDICOS

GALDERISE FERNANDES TELES

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Tributário pela PUC-SP. Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Coordenador do Curso de Advocacia no Contencioso Administrativo Tributário do IBET. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT/SP).

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 3 DE 1993.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º 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.**

- ✓ Legitimidade/Constitucionalidade do Regime de Substituição Tributária;
- ✓ Determinação da expressão: caso não se realize o fato gerador presumido.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. **A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador.** Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido. (RE 213396, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1999, DJ 01-12-2000 PP-00097 EMENT VOL-02014-02 PP-00383)

Formou-se sobre o assunto dois posicionamentos principais:

- a) Um defendendo que a não realização do fato gerador presumido ocorre quando inexistente o fato jurídico em sua totalidade e
- b) Outro sustentando que a não realização do fato gerador presumido dar-se quando o fato jurídico ocorre em dimensão diversa/menor do fato presumido.

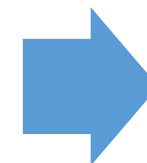
EXEMPLO



BASE DE CÁLCULO
ICMS/ST R\$ 85.000



BASE DE CÁLCULO
EFETIVA R\$ 82.000



DIFERENÇA DA BASE
DE CÁLCULO R\$ 3.000

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Nº 593.849/MG – Protocolo em **30/09/2008**

artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais

- Proíbe a Restituição -

ADI: 2.777/SP – Protocolo em **02/12/2002**

II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei estadual 9.176/1995)

- Permite a Restituição -

ADI: 2.675/PE – Protocolo em **19/06/2002**

II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco

- Permite a Restituição -

SÍNTESE DOS JULGADOS**RECURSO EXTRAORDINÁRIO****Nº 593.849/MG**

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”** (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)

ADIN 2.777/SP

Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. II – **Constitucionalidade do inc. II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei estadual 9.176/1995).** III - **Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.** (ADI 2777, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

ADIN 2.675/PE

I – Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. II – **Constitucionalidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco.** III - **Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.** (ADI 2675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Nº 593.849/MG

Por unanimidade, o Tribunal fixou tese 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”. Em seguida, **o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte.**

PARECER PAT N. 03/2018 DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

TEOR

Afirma a vigência do parágrafo terceiro do artigo 66-B, ao mesmo tempo que determina o processamento dos pedidos, para conhecer do mérito.

IMPLICAÇÃO

Cria impasse ao afirmar a vigência do enunciado que condiciona o direito de ressarcimento a autorização ou fixação por autoridade competente e ao mesmo tempo determina o processamento dos pedidos.

COMUNICADO CAT N. 06/2018 (BASEADO NO PARECER PAT Nº 03/2018) DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TEOR

Estabeleceu que somente haverá direito ao ressarcimento nas situações em que o preço final a consumidor, único ou máximo, tenha sido autorizado ou fixado por autoridade competente (§ 3º do artigo 66-B da Lei estadual 6.374/1989).

IMPLICAÇÃO

Inviabiliza o direito ao ressarcimento uma vez que o Estado não mais pratica a autorização ou fixação do preço final.

PARECER PAT N. 23/2018 DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

TEOR

A norma do parágrafo 3º, do artigo 66-B, da Lei Estadual nº 6.374/89, embora continue a integrar o ordenamento positivo, não é materialmente compatível às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2777 e no Recurso Extraordinário nº593849.

Em função disso, como exposto no Parecer PAT nº 03/2018, tal norma não é suficiente para impedir a apreciação ou fundamentar eventual indeferimento de pedidos de restituição apresentados pelos contribuintes e que sejam baseados na alegação de que os preços efetivamente praticados tenham sido inferiores ao valor da base de cálculo presumida para fins de substituição tributária.

IMPLICAÇÃO

Reconhece a incompatibilidade do artigo 66-B da Lei Estadual 6.374/89 - a qual condiciona o direito de ressarcimento a autorização ou fixação por autoridade competente – com o julgado do STF.

PARECER PAT N. 23/2018 DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

TEOR

O requerimento apresentado à Administração constitui requisito indispensável do eventual reconhecimento à restituição, a qual tem por requisito, também, a comprovação, pelo interessado, da satisfação dos requisitos necessários para tanto, em especial quanto à prática de operações cujo valor seja inferior à base de cálculo estimada que serviu de parâmetro para o cálculo e recolhimento do ICMS devido por substituição;

IMPLICAÇÃO

Determina a necessidade de prévio pedido administrativo para o ressarcimento.

PARECER PAT N. 23/2018 DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

TEOR

É ônus do interessado, também, comprovar a assunção do encargo financeiro do tributo cuja restituição é postulada, em atendimento à norma cogente do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

IMPLICAÇÃO

Estabelece a aplicação do artigo 166 do CTN para os pedidos de ressarcimento.

PARECER PAT N. 23/2018 DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

TEOR

Estabelecida a premissa de que a base de cálculo do ICMS/substituição tributária não é definitiva, reafirma-se a legitimidade da previsão contida no artigo 66-C, da Lei Estadual nº 6.374/89, norma que impõe ao contribuinte substituído a obrigação de recolher eventual complemento de ICMS quando o preço efetivamente praticado for superior à base de cálculo presumida do ICMS devido por substituição tributária.

IMPLICAÇÃO

Requer o dever do contribuinte substituído à obrigação de recolher eventual complemento de ICMS quando o preço efetivamente praticado for superior à base de cálculo presumida do ICMS devido por substituição tributária.

COMUNICADO CAT N. 14/2018

TEOR

Estabelece: para o ressarcimento do ICMS pago antecipadamente pelo regime de substituição tributária, em decorrência de hipótese prevista no artigo 66-B, II, da Lei 6.374/89, será admitido pedido referente a período posterior a 19-10-2016, data em que foram tornadas públicas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, sendo admitido também pedido de ressarcimento referente a casos pretéritos que já estavam em trâmite judicial na referida data.

IMPLICAÇÃO

Reconhece o direito de ressarcimento do ICMS/ST contudo realiza “modulação” do direito a delimitar o período posterior a 19-10-2016, exceto para casos com trâmite judicial.

PORTARIA CAT N. 42/2018

TEOR

Estabelece disciplina para o complemento e o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição ou antecipado e dispõe sobre procedimentos correlatos.

IMPLICAÇÃO

Responsável pelo novo layout do pedido de ressarcimento que por muito tempo foi realizado pela Portaria CAT 17/99.

I - ALTERAÇÃO NORMATIVA NA LEGISLAÇÃO PAULISTA - § 3º DO ARTIGO 66-B DA LEI ESTADUAL 6.374/1989

Artigo 66-B - Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária: (Artigo acrescentado pela Lei 9.176/95, de 02-10-1995; DOE 03-10-1995)

§ 3º - O disposto no inciso II do “caput” deste artigo aplica-se apenas na hipótese de a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ter sido fixada nos termos do “caput” do artigo 28. (Parágrafo acrescentado pela Lei 13.291, de 22-12-2008; DOE 23-12-2008).

I - ALTERAÇÃO NORMATIVA NA LEGISLAÇÃO PAULISTA - § 3º DO ARTIGO 66-B DA LEI ESTADUAL 6.374/1989

- A decisão do Supremo Tribunal Federal é hialina ao estabelecer ser 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 sentido em que pese a referida decisão não ter enfrentado diretamente o enunciado do § 3º do artigo 66-b da Lei 6374/89 – inexistente à época – tratou do inciso II em que foi inserido o enunciado, conferindo contornos de definitude à temática.**
- A participação do Estado nessa nova formatação de tabelamento de preço pode não ocorrer de forma direta, seria importante inclusive um maior aprofundamento e publicidade desses atos, contudo independente dessa nova formatação, penso que não teríamos hipótese de vedação ao direito de crédito.

I - ALTERAÇÃO NORMATIVA NA LEGISLAÇÃO PAULISTA - § 3º DO ARTIGO 66-B DA LEI ESTADUAL 6.374/1989

- Com efeito, seja o tabelamento fixado por entidades representativas, seja feito diretamente pelo Estado, a repercussão do quantum tributado envolverá necessariamente Estado x Contribuinte.
- Cabe notar que o enunciado em tela retira a possibilidade de creditamento a partir de 23 de dezembro de 2008, data em que houve a publicação do veículo normativo que inseriu o § 3º ao artigo 66-b da Lei 6374/89, **esvaziando nessa medida a decisão do Supremo Tribunal Federal**. Além do mais, ao garantir o direito a restituição com o reconhecimento da constitucionalidade das leis estaduais está a Suprema Corte vedando normas que inviabilize o direito ao crédito.

II - REQUERIMENTO APRESENTADO À ADMINISTRAÇÃO CONSTITUI REQUISITO INDISPENSÁVEL DO EVENTUAL RECONHECIMENTO À RESTITUIÇÃO

- Ponto de necessária observação para os pedidos administrativos no território paulista é a ocorrência de modificações nos enunciados que versam sobre a procedimentalização para formulação do pedido de restituição.
- O primeiro veículo normativo a tratar especificamente acerca da procedimentalização da restituição do ICMS-ST no Estado de São Paulo foi a portaria CAT 17/99 que sofreu modificações por outras portarias nesse transcurso temporal.

REQUERIMENTO APRESENTADO À ADMINISTRAÇÃO CONSTITUI REQUISITO INDISPENSÁVEL DO EVENTUAL RECONHECIMENTO À RESTITUIÇÃO

ALTERAÇÕES NAS PORTARIAS DA COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

PORTARIA CAT 17/99

Estabelece disciplina para o complemento e o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos.

PORTARIA CAT 158/15

Estabelece disciplina para o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos.

PORTARIAS CAT 113/16

Altera a Portaria CAT 158/15, de 28-12-2015, que estabelece disciplina para o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos.

PORTARIA CAT 17/17

Altera a Portaria CAT 158, de 28-12-2015, que estabelece disciplina para o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos.

PORTARIA CAT 42/18

Estabelece disciplina para o complemento e o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição ou antecipado e dispõe sobre procedimentos correlatos - revogados os dispositivos da Portaria CAT 17, de 05-03-1999, bem como da Portaria CAT 158, de 28-12-2015, observado o início de produção de efeitos desta portaria.

III - ATENDIMENTO À NORMA COGENTE DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

III - ATENDIMENTO À NORMA COGENTE DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

- Note-se que a subsunção ao condicionante do dispositivo legal exige a transferência do respectivo encargo financeiro de forma que a restituição deve ser realizada somente por quem prove haver assumido o referido encargo.
- **É exatamente o que se observa nos casos de restituição dos valores pagos a maior,** quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação. Em outras palavras, o contribuinte-substituído assumiu com o encargo econômico indevido por ter sofrido tributação antecipada que levou em consideração base de cálculo presumida superior à verificada na efetiva operação, portanto inquestionável sua legitimidade para o pleito de restituição.

III - ATENDIMENTO À NORMA COGENTE DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO MENOR QUE A PRESUMIDA. DIREITO À DEVOLUÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DIREITO DE O SUBSTITUÍDO PLEITEAR A REPETIÇÃO DE CRÉDITO ANTERIOR À LC N. 87/1996. QUESTÃO DECIDIDA À LUZ DE FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA LC N. 118/2005. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". APLICAÇÃO. (...) 4. Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 630.966 - RS (2004/0002911-8) Relator MINISTRO GURGEL DE FARIA. Brasília, 03 de abril de 2018 (Data do julgamento))

IV - OBRIGAÇÃO DE RECOLHER EVENTUAL COMPLEMENTO

Pontos a considerar:

- **Falta de previsão normativa constitucional para complementação**
- Outro ponto colocado como óbice à exigência da complementação da diferença é a carência de base normativa, em especial, na Lei Complementar nº 87 de 1996 – Lei Kandir.
- A existência de diferença em qualquer de suas acepções – a maior ou a menor – implica em desvirtuamento do dimensionamento da intensidade do comportamento, ou seja, não reflete a real proporção do fato jurídico tributário. **A incidência deve observar e delimitar-se à proporção real do fato jurídico tributário, de forma que a verificação de proporção maior ou menor deva ser reparada.**

V - SERÁ ADMITIDO PEDIDO REFERENTE A PERÍODO POSTERIOR A 19-10-2016, DATA EM QUE FORAM TORNADAS PÚBLICAS AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Lei nº 9.868/99

Art. 27. Ao declarar a **inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, **por maioria de dois terços** de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

V - SERÁ ADMITIDO PEDIDO REFERENTE A PERÍODO POSTERIOR A 19-10-2016, DATA EM QUE FORAM TORNADAS PÚBLICAS AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

- Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade do Estado de São Paulo e Pernambuco tem-se a análise da compatibilidade/constitucionalidade do inciso II do art. 66-b da lei 6.374/1989 do estado paulista (acrescentado pela lei estadual 9.176/1995) com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal. No segundo, a compatibilidade/constitucionalidade do inc. II do art. 19 da lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco com o mesmo enunciado constitucional.
- No caso das ADI's em análise não há declaração de inconstitucionalidade de lei, pelo contrário, trata-se de declaração de constitucionalidade, haja vista, a improcedência das ações.

V - SERÁ ADMITIDO PEDIDO REFERENTE A PERÍODO POSTERIOR A 19-10-2016, DATA EM QUE FORAM TORNADAS PÚBLICAS AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

*E apenas para adiantar a minha posição em relação à ADI - porque aí bastará que eu a reproduza -, estou modulando aqui na repercussão geral, mas não estou modulando nas ADI's, porque, na ADI, o Estado de São Paulo previu a restituição no caso de pagamento a maior, o Estado de Pernambuco previu a restituição no caso de pagamento a maior. **Portanto as leis, nos casos de Pernambuco e de São Paulo, já dão, e eu não posso declarar a constitucionalidade da lei e modular os efeitos, ali não haveria sentido. Mas a modulação que aqui está sendo feita na repercussão geral aproveita a todos os estados que não tenham lei, porque senão seria uma aplicação retroativa da tese que nós estamos firmando (passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Acórdão do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG)***

V - SERÁ ADMITIDO PEDIDO REFERENTE A PERÍODO POSTERIOR A 19-10-2016, DATA EM QUE FORAM TORNADAS PÚBLICAS AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

*“Por se tratar, Presidente, de leis que deferiam o benefício - portanto, asseguravam uma posição mais favorável para o contribuinte, e a ação é de constitucionalidade -, não vejo razão evidentemente para modular os efeitos temporais. **Eu até admito, em doutrina, a excepcional possibilidade de se modularem efeitos em uma ação declaratória de constitucionalidade;** mas certamente este não é o caso (passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2777/SP)*

EMENTA DO JULGADO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 66- B, inciso II, § 3º, da Lei Estadual nº 6374/1989, na redação dada pela Lei Estadual nº 13291/2008. Edição do Comunicado CAT 14/2018 posterior ao ingresso da ação. Questões que dizem respeito à necessidade de prévio requerimento administrativo para comprovação da dissonância entre preço praticado e base do imposto devido por substituição tributária, ao condicionamento da restituição ao art. 166 do CTN, à imposição de recolhimento da complementação do ICMS pelo contribuinte substituído, bem como as demais, alheias à análise da constitucionalidade do ato normativo, deverão ser solvidas pelo órgão fracionário. Controle de constitucionalidade que se dá de forma incidental, com cisão no julgamento da causa principal, em observância à cláusula de reserva do plenário. Competência do Órgão Especial reservada à análise da constitucionalidade ou não da norma e sua declaração.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 66- B, inciso II, § 3º, da Lei Estadual nº 6374/1989, na redação dada pela Lei Estadual nº 13291/2008, que estabelece a possibilidade de restituição de créditos tributários oriundos da diferença entre a base de cálculo presumida e a efetivada somente quando a base de cálculo for fixada por autoridade competente. Restrição da Lei Estadual incompatível com o § 7º do artigo 150 da Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Egrégia Corte. Inconstitucionalidade reconhecida. Arguição acolhida. (14.08.2019)

Na oportunidade, decidiram os Desembargadores Paulistas pela *inconstitucionalidade do § 3 do artigo 66-B da Lei n. 6.374/89, no sentido de reconhecer a incompatibilidade de mencionado parágrafo com a tese fixada pela Corte Suprema.*

Ainda, foi apreciada a questão da modulação de efeitos: *Quanto à pretendida modulação dos efeitos deste julgado, há que se observar que a ADI 2.777/SP, da Relatoria do Ministro CEZAR PELUSO, já havia reconhecido a constitucionalidade do inciso II, do artigo 66-B da Lei Paulista nº 6.374/89.*

CONCLUSÃO

Parece-nos que a decisão emanada do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo pôs fim, ao menos por ora à questão, pois efetivamente proclama, no Acórdão finalizado pelo julgamento unânime, que no tocante à pretendida modulação dos efeitos da decisão há que se observar que a ADIn n. 2.777/SP, que, conforme acima se aludiu, atestou a constitucionalidade da Lei Paulista que sempre permitiu o ressarcimento dos valores recolhidos a maior na modalidade substituição tributária para frente.

Por fim, deve-se aguardar a efetiva publicação do Acórdão do Órgão Especial para se aferir qual postura o Estado de São Paulo adotará ao deslinde da questão.

Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. A versatilidade categorial desse instrumento jurídico se apresenta em três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma. (grifo nosso) CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. ed. Saraiva, São Paulo, 2012 p. 295.