



## Empresa consegue restituição de ICMS pago a mais na substituição tributária

Se um produto sob o regime de substituição tributária é vendido por preço abaixo da tabela de valores estipulada pelo governo estadual, a empresa tem direito a receber de volta o ICMS pago a mais? Para o ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, a resposta é sim, pelo menos quando a operação se dá no estado de São Paulo.

O ministro deu [provimento](#) ao recurso de uma empresa paulista que apenas pedia que o caso fosse analisado pela corte. O resultado foi melhor que a encomenda. O ministro concedeu, imediatamente, o direito à compensação dos valores. Segundo ele, o estado não assinou um convênio nacional entre as fazendas estaduais (Convênio 13/97) que proíbe a devolução dos valores mesmo por preços de venda abaixo da tabela. Além de São Paulo, também não assinaram o convênio Pernambuco, Santa Catarina e Paraná.

O recurso que chegou às mãos do ministro foi um Agravo de Instrumento contra o Tribunal de Justiça de São Paulo. Os desembargadores paulistas negaram o direito a um posto de gasolina de ser restituído de valores pagos a mais ao fisco a título de ICMS. De acordo com os advogados da empresa, **Nelson Monteiro Junior** e **Rodrigo Helfstein**, do escritório Monteiro & Neves Advogados Associados, os combustíveis foram vendidos por preço inferior ao usado pelo fisco para o cálculo do imposto pago antecipadamente, pelo sistema de substituição tributária.

A substituição é usada pelas Fazendas para tributar, na origem dos produtos, toda a carga que seria paga ao longo da cadeia de vendas. Assim, na primeira operação, o vendedor paga todo o imposto que o governo calcula que chegaria aos seus cofres, o que evita sonegações ao longo do percurso. As seguintes fases comerciais, porém, também arcam com a despesa, já que pagam sua parcela respectiva do imposto ao comprar o produto do fornecedor. O preço das vendas, dessa forma, fica todo regulado nas mãos da Fazenda.

O questionamento dos setores sobre os quais o pagamento antecipado recai obrigatoriamente é que o imposto é calculado com base em preços presumidos pelos fiscos. Foi o que alegou o posto, que considerou que seu preço estava abaixo do tomado pelo governo paulista para o arbitramento do ICMS. O setor de combustíveis está entre os que são obrigados a recolher o ICMS sob o regime de substituição tributária.



A empresa [pediu](#) à Justiça a chamada repetição do imposto — ou seja, sua devolução em forma de compensação ou restituição. Segundo seus advogados, ela não possui escrituração de débitos e créditos de ICMS pelo fato de trabalhar com produtos sob o regime de substituição. Devido a normas internas da Fazenda, a restituição do imposto precisa ser comprovada com notas fiscais de venda, que mencionem os créditos — documento que os postos de gasolina estão desobrigados de emitir, já que fazem o controle com base no Livro de Movimentação de Combustíveis, instituído pela Portaria 26/92 do antigo Departamento Nacional de Petróleo, hoje Agência Nacional de Petróleo. Por esse motivo, está tecnicamente impedida de reaver valores pagos a maior, ficando com créditos acumulados.

A primeira instância da Justiça paulista atendeu ao pedido feito em Mandado de Segurança, mas um recurso ajuizado pela Procuradoria-Geral do Estado na Seção de Direito Público do TJ provocou a reforma da decisão. Ao tentar reverter a situação, a empresa recebeu um “não” como resposta, conforme Apelação 333.948.5/8 do TJ-SP. No ano passado, pediu então à Presidência do TJ-SP que pudesse recorrer da decisão ao STJ, mas não teve sucesso novamente. Foi então diretamente à corte superior, por meio do Agravo de Instrumento.

O ministro Campbell Marques lembrou que o Convênio ICMS 13/97, assinado pelos fiscos estaduais, proíbe a repetição dos recolhimentos no regime de substituição tributária para frente, a não ser quando o fato gerador não ocorre, sendo irrelevante se o preço da venda foi inferior à base de cálculo presumida. O Supremo Tribunal Federal já havia apreciado a matéria em 2002, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851. Na ocasião, por maioria, o Plenário reconheceu a constitucionalidade do convênio, afirmando que sua cláusula segunda não viola o artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

No entanto, o estado de São Paulo não é signatário do convênio, pelo que a determinação da ADI 1.851 não poderia ser usada como justificativa pelo fisco. Assim entendeu a 1ª Seção do STJ em julgamento de 2006 sobre os Embargos no Recurso Especial 773.213, de relatoria da ministra Eliana Calmon. No Supremo, a restituição na substituição tributária está para ser decidida pelo ministro Carlos Britto, responsável pelo voto de desempate na ADI 2.777. Ele está com o processo desde 2007.

Dessa forma, como a jurisprudência da corte já era favorável aos contribuintes paulistas, o ministro, relator do processo, admitiu o agravo de instrumento do posto de gasolina e julgou antecipadamente a causa a favor da empresa.

### **Agravo de Instrumento 1.148.887**

Clique [aqui](#) para ler a decisão do STJ.

Clique [aqui](#) para ler a petição da empresa.

### **Date Created**

20/07/2009