Estado não é obrigado a restituir ICMS pago a mais, reafirma ministro

O Tribunal de Justiça de Sergipe terá de proferir outra decisão, já que contrariou entendimento do Supremo Tribunal Federal. O TJ-SE determinou ao governo do estado que restitua a uma empresa comercial e importadora de máquinas o valor de imposto pago a mais por meio do regime facultativo de substituição tributária. O acórdão do TJ contraria entendimento firmado pelo Supremo no julgamento de mérito da ADI 1.851. Contra a decisão do TJ-SE, o procurador-geral do Estado de Sergipe entrou com reclamação no STF, esta julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes.

De acordo com o entendimento firmado pelo STF, o estado não está obrigado a restituir o valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pago a maior por meio do regime da substituição tributária facultativa regida pelo Convênio ICMS 13/1997, a não ser que o fato gerador não se realize na sua integralidade.

No caso, o TJ sergipano julgou improcedente Ação Rescisória e manteve decisão judicial que contraria o entendimento do Supremo. Em novembro de 2004, ano em que a reclamação foi protocolada no Supremo, foi concedida liminar suspendendo os efeitos da decisão do TJ-SE. Recurso de Agravo Regimental contestando essa decisão foi julgado improcedente pelo Plenário do STF, que também não conheceu de recurso de Embargos de Declaração, pelo qual se pretendia a produção de efeitos modificativos na decisão.

O que está em discussão é se o contribuinte tem direito à restituição de imposto pago por meio do regime de substituição tributária, quando o valor presumido do tributo é superior ao valor real. No julgamento da ADI 1.851, relatada pelo ministro Ilmar Galvão, aposentado, a Suprema Corte decidiu que 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 que foi regulado por lei complementar a qual, para definir a base de cálculo, valeu-se de critério de estimativa que aproxima o tributo o mais possível da realidade.

A mesma lei complementar definiu, também, que o aspecto temporal do fato gerador é o da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto. Ainda de acordo com a decisão do Supremo, em controle concentrado de constitucionalidade, o fato gerador presumido não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, a não ser na hipótese da não realização do fato gerador em sua integralidade.

Na decisão do TJ-SE, os desembargadores decidiram que “não se pode conceder efeito retroativo a decisão do STF que faz as vezes de norma repristinante (que restitui ao estado primitivo), especialmente se cuidando de regras de caráter tributário, onde a necessidade de segurança jurídica é maior”.

O ministro Gilmar Mendes lembrou, em sua decisão, que no julgamento da ADI 1.851 uma decisão liminar anteriormente concedida foi cassada com efeito *ex tunc* (retroativo), no julgamento de mérito

daquela ADI. *Com informações da Assessoria de Imprensa do STF.*

RCL 2.600

Date Created

04/04/2012