

Abrantes e Freitas: Utilização dos créditos de ICMS-ST restituídos

Recentemente, a 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Belo, em Minas Gerais, reconheceu o direito líquido e certo de uma drogaria a pleitear a restituição de créditos de ICMS-ST, por meio de sentença publicada nos autos do Mandado de Segurança nº 5003777-59.2019.8.13.0112. A decisão do magistrado, nesse sentido, sustenta-se no fato de que, na comercialização de diversos produtos, a impetrante era submetida ao recolhimento de ICMS com base de cálculo presumida de valor superior ao devido.



Essa diferença reside nas características do sistema de

substituição tributária do ICMS, no caso de ocorrência de fato gerador em operações posteriores. Se a base de cálculo presumida é superior ao valor real de comercialização da mercadoria, o contribuinte fica prejudicado. Por essa razão, com base no julgamento do RE 593.849/MG, é de entendimento, com repercussão geral, que o contribuinte possui o direito à restituição dos valores relativos ao ICMS-ST pagos a maior, conforme a seguinte tese, fixada em relação ao Tema 201:

"É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação Mercadorias e Serviços – IICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

Ainda em relação ao processo que foi posto em evidência inicialmente, há um decreto (47.547/2018), do estado de Minas Gerais, que limita a possibilidade de restituição do ICMS-ST à compensação do tributo devido pelo próprio contribuinte, afastando os procedimentos requeridos pela impetrante: crédito lançado em escrita fiscal ou transferência de créditos a fornecedores. Entretanto, o juízo da 2ª Vara de Campo Belo optou, de maneira acertada, por decidir o mérito em consonância com os termos do tema citado, pacificado pelo STF, e com a disposição do artigo 150, §7º, da Constituição Federal de 1988, que possui a seguinte redação:

"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" (grifo dos autores).

Nessa perspectiva, reitera-se que a decisão foi acertada, visto que a limitação posta pelo Decreto 47.547/2018 afronta a norma estabelecida pelo mencionado texto constitucional, dificultando, desse modo, que a restituição seja realizada de maneira "imediata e preferencial".

Dito isso, é imprescindível a aplicação do Teoria da Derrotabilidade (ou superabilidade) das Normas. O que se extrai dessa teoria, idealizada por Herbert La Hart e aceita pela doutrina e pela jurisprudência majoritária, é a necessidade de afastamento, do caso concreto, de determinada regra, caso a aplicação do dispositivo viole algum princípio constitucional, diante do contexto fático, jurídico, probatório ou processual. No caso em evidência, o afastamento da norma estabelecida pelo mencionado decreto é fundamental para que se preservem os princípios contidos no artigo 150, §7º, da Constituição Federal.

Entende-se, pelo exposto, que há fortes precedentes e claros indicadores, para que as empresas sujeitas ao regime de substituição tributária do ICMS requeiram a restituição *preferencial e imediata* dos valores pagos a maior, caso a base de cálculo presumida do ICMS-ST tenha sido superior à base de cálculo efetiva da operação.

Date Created

24/08/2021