



## Ana Cortez: Da ilegalidade da exigência do ICMS-ST

No julgamento do Tema 201, em que foram analisados em conjunto o recurso extraordinário 593.849 e a ação direta de inconstitucionalidade 2.777, o STF reconheceu o direito dos contribuintes à restituição do ICMS recolhido antecipadamente no regime de substituição tributária para a frente, quando a base de cálculo for presumida.



Desde então, os estados e o Distrito Federal têm buscado,

com fundamento no mesmo precedente do STF, julgado sob a sistemática da repercussão geral, legitimar a cobrança do imposto complementar, ou seja, nas situações inversas em que o valor efetivo da operação é maior que o valor presumido para recolhimento antecipado do ICMS-ST.

O estado de São Paulo, por exemplo, após o julgamento do STF, revogou o § 3º, do artigo 66-B, da Lei 6.374/89, o qual indevidamente restringia a restituição nos casos de venda por valor inferior ao presumido; porém, como seria de se esperar, acrescentou o artigo 66-C, de modo a autorizar a cobrança do complemento do ICMS-ST, nos casos de venda por valor maior que o presumido.

No entanto, a pretensão fazendária se apresenta ilegal, na medida em que, por força do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, a matéria deve ser tratada exclusivamente por lei complementar, não competindo ao estado de São Paulo, ou qualquer outro ente da federação, instituir a respectiva cobrança por meio de decretos, portarias ou qualquer outro ato do Poder Executivo.

Além disso, pode-se afirmar, com fundamento no princípio da estrita legalidade, encartado no artigo 150, inciso I, e no artigo 155, § 2º, inciso XII, ambos da Constituição Federal, bem como no artigo 97, do Código Tributário Nacional, que não há previsão legal, especialmente na Lei Complementar 87/96, que autorize os estados e o Distrito Federal a cobrar a diferença do ICMS-ST nos casos de venda por valor superior à presumida.



Assim sendo, no tocante ao estado de São Paulo e ao Regime Optativo de Tributação da Substituição Tributária (ROT-ST) por ele instituído, por meio do qual criou-se um regime optativo de tributação da substituição tributária, para segmentos varejistas, com a dispensa de pagamento do valor correspondente à complementação do imposto retido antecipadamente, nas hipóteses em que o preço praticado na operação a consumidor final for superior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição tributária, compensando-se com a restituição do imposto assegurada ao contribuinte, entendemos que a adesão não seria recomendável a todos os contribuintes, haja vista o entendimento de inconstitucionalidade da exigência do imposto complementar.

Em resumo, o contribuinte *tem o direito* à restituição do ICMS/ST, mas, por outro lado, *não tem a obrigação* de complementá-lo, em ambos os casos conforme acima explicitado. Em vista disso, o estado de São Paulo, a título de beneficiar os contribuintes, mas, na verdade, buscando minimizar a perda de arrecadação, criou, via Portaria CAT 15/21, o Regime Optativo de Tributação da Substituição Tributária (ROT-ST), o qual, porém só é realmente benéfico ao contribuinte em certos casos.

**Date Created**

07/06/2021