

## **Estado não é obrigado a restituir ICMS pago a mais**

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

**Fonte: ConJur**