

Justiça condena São Paulo a devolver ICMS pago a mais

Por **Sílvia Pimentel** | De São Paulo

Galderise Fernandes Teles: São Paulo descumpre decisão do Supremo

Depois de várias tentativas de obter o ressarcimento do ICMS na esfera administrativa, uma empresa do setor de combustível conseguiu na Justiça o direito de receber a diferença paga a maior do imposto na venda por substituição tributária - sistemática em que o recolhimento é concentrado na indústria. A sentença é da 8ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo e gera um impacto econômico de R\$ 24 mil, referente ao ano de 2012.

Com a decisão, a empresa pretende agora pedir a devolução do que foi pago a mais nos últimos cinco anos, o que soma cerca R\$ 1,6 milhão. O pedido relativo ao ano de 2012 foi feito por meio mandado de segurança (processo nº 1020198-52.2018.8.26.0053). O contribuinte alegou que vendeu combustível por valor menor que o presumido e que, portanto, teria direito ao ressarcimento.

O pedido tem como base decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2016. Os ministros entenderam que os Estados devem ressarcir os contribuintes sempre que o valor da operação realizada com o consumidor final for inferior ao preço calculado pela regra da substituição tributária.

O Estado de São Paulo, porém, alega que, para devolver a diferença, é preciso observar os requisitos contidos no parágrafo 3º do artigo 66-B da Lei nº 6.347/89. Pelo dispositivo, a devolução do imposto nesses casos se aplica apenas na hipótese de fixação de base de cálculo por autoridade competente.

O advogado Galderise Fernandes Teles, do Monteiro & Neves Advogados, que patrocinou a ação, diz que a postura do Estado esbarra na decisão do STF. "Independentemente de quem sugira o tabelamento de preços, a relação jurídica é entre Fisco e contribuinte. Ou seja, se há pagamento a maior, o Fisco tem que devolver. Da mesma forma, quando for a menor, o contribuinte deve pagar a diferença", afirma.

A decisão, diz o advogado, abre precedentes para que outros clientes do escritório ingressem com ações, já que todos os pedidos de ressarcimento feitos pela via administrativa vêm sendo negados pelo fisco.

Na opinião de Fábio Dower, do Miguel Silva & Yamashita Advogados, a sentença derruba a Portaria CAT nº 42, que criou um sistema para ressarcimento do imposto pago por substituição tributária, e o Comunicado CAT nº 6, que esclarece a posição do Fisco quanto à devolução do imposto.

"O comunicado não admite o ressarcimento na principal hipótese de pagamento a maior, que é aquela em que as empresas se utilizam da margem de valor agregado (MVA) de que resulte valor da operação superior ao valor da venda realizada pela empresa com o consumidor final", diz Dower.

Para Régis Pallotta Trigo, do Honda, Teixeira, Araújo, Rocha Advogados, as normas paulistas mantiveram a limitação do ressarcimento do ICMS que já existia na legislação de São Paulo desde 2008. "De todo modo, a decisão pode reforçar as novas ações que venham atacar o não reconhecimento da devolução do imposto pago a maior no casos em que a respectiva base de cálculo não seja fixada por autoridade competente.

Procurada pelo **Valor**, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) não retornou até o fechamento da edição.