

12 de agosto de 2022

## **2- STJ PERMITE CREDITAMENTO DO ICMS EM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE**

Tese vencedora afastou a aplicação do dispositivo e entendeu que se aplica o artigo 10 da Lei 87/96

Os ministros da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negaram, por unanimidade, provimento ao recurso do estado do Rio Grande do Sul e permitiram ao contribuinte se creditar da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente em uma operação em que o valor real de venda foi menor do que a base de cálculo presumida. O processo é o REsp 525625/RS.

Embora unânime, a decisão teve duas teses distintas: a do relator, ministro Francisco Falcão, que admitiu a aplicação ao caso do artigo 166 do Código Tributário Nacional (CTN), e a da ministra Assusete Magalhães, que afastou a aplicação do dispositivo e entendeu que se aplica o artigo 10 da Lei 87/96. Por 3 a 2, a tese vencedora foi a da ministra Assusete.

Conforme o artigo 166 do CTN, “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

O dispositivo foi usado pelo estado do Rio Grande do Sul para questionar o direito do contribuinte ao crédito. Para o estado, para ter direito a se creditar, a pessoa jurídica deveria comprovar que assumiu o encargo ou que estaria autorizada por quem assumiu o encargo de fato a requerer a restituição.

Entretanto, o relator aplicou ao caso o entendimento do ministro Og Fernandes no julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.844.911, de que, ocorrido o fato gerador com base de cálculo menor do que a presumida no regime de substituição tributária, assume-se a imposição direta do tributo, sendo desnecessário comprovar quem assumiu o encargo financeiro.

Já a ministra Assusete Magalhães propôs uma fundamentação diferente. Ela sugeriu que a turma embasasse o desprovimento ao recurso do estado no artigo 10 da lei 87/96, que estabelece que “é assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar”. O voto da ministra foi acompanhado pela maioria do colegiado.

### Repercussão geral

O julgamento do processo foi retomado na terça-feira (9/8) após pedido de vista do ministro Herman Benjamin. Na sessão anterior, Assusete Magalhães alegou, em suas razões de decidir, que o artigo 166 está inserido em uma seção do CTN destinada ao pagamento indevido, o que não é o caso dos autos. A magistrada

ainda considerou que o creditamento pode ocorrer com base no artigo 150, parágrafo sétimo, da Constituição, tal como definido pelo STF no Tema 201 da repercussão geral.

Conforme o Tema 201 do Supremo, “é devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

Em julgamento em 2004, a 2ª Turma do STJ chegou a dar provimento ao recurso do estado do Rio Grande do Sul para vetar o creditamento do ICMS, por entender que este seria possível apenas quando o fato gerador não ocorresse, e não quando a base de cálculo presumida fosse menor que o valor real. A pedido do contribuinte, no entanto, o processo foi suspenso e, agora, foi reanalisado à luz da decisão do STF, de 2016, no RE 593.849, que resultou no Tema 201 da repercussão geral.

MARIANA RIBAS – Repórter em Brasília. Jornalista formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Antes, estagiou no JOTA e na Revista Aventuras na História. Email: [mariana.ribas@jota.info](mailto:mariana.ribas@jota.info)

Acesso em:

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stj-permite-creditamento-do-icms-em-substituicao-tributaria-para-frente-12082022>