



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Justiça de Primeira Instância

Comarca de BELO HORIZONTE / 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte

PROCESSO Nº 5107076-25.2019.8.13.0024

CLASSE: [CÍVEL] PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7)

ASSUNTO: [ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias]

AUTOR: POSTO CIRCUITO DO OURO LTDA - ME

RÉU: ESTADO DE MINAS GERAIS

S E N T E N Ç A

1 – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária proposta por POSTO CIRCUITO DO



OURO LTDA em desfavor de ESTADO DE MINAS GERAIS, todos já qualificados, sustentando, em síntese, que: a) é empresa atuante no mercado varejista de combustíveis e derivados de petróleo e, em conformidade com a legislação de regência, está sujeita ao recolhimento de ICMS por “substituição tributária para frente”; b) realiza a revenda de suas mercadorias em valor inferior ao preço médio ponderado ao consumidor final (PMPF); c) faz jus à compensação e/ou restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Nestes termos, requereu sejam julgados procedentes os pedidos iniciais a fim de que seja reconhecido seu direito à restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS, em virtude da diferença entre o fato gerador presumido e o fato gerador que efetivamente ocorreu, bem como seja o réu condenado a devolução dos valores, de forma imediata e preferencial, que foram pagos a título de ICMS em regime de substituição tributária progressiva, indevidamente, a partir de 19.10.2016.

A inicial (id. 76544695) veio acompanhada de procuração e demais documentos.

O réu apresentou contestação ao id. 77383561, arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial, ao argumento de que o pedido está determinado, em ofensa ao que determina a legislação processual vigente; a falta de interesse de agir da autora, na medida em que não houve a observância do que determina o art. 10 da Lei Complementar 87/96; a ilegitimidade ativa, por violação ao art. 166 do CTN. No mérito, argumentou, em suma, que: a) não houve a comprovação das exigências previstas em lei para que o ocorra a restituição pleiteada, uma vez que deve ser observado o que determina o §11 do art. 22 da Lei Estadual 6.763/75; b) o STF, no julgamento do RE 593.849, entendeu por bem



modular os efeitos da decisão, razão pela qual a restituição dos valores postulados pela parte autora somente poderá alcançar quantia relativa ao período posterior à publicação da ata de julgamento; c) em caso de eventual condenação, não há mora a ser imputada ao sujeito ativo, uma vez que ausente pretensão resistida. Impugnou o valor atribuído à causa. Pediu o acolhimento das preliminares arguidas e, caso ultrapassadas, pela improcedência dos pedidos.

Impugnação à contestação, id. 117963212.

Ambas as partes requereram o julgamento antecipado da lide.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório. Decido.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, impõe-se a análise da preliminar arguida pelo Estado de Minas Gerais, consistente na falta de interesse de agir da parte autora, sob o argumento de que não há necessidade/utilidade na obtenção da tutela jurisdicional, ou seja, não há pretensão resistida, ante o disposto no artigo 10, §§1º e 2º da Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), que assegura ao contribuinte o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, mediante requerimento administrativo.

Na realidade, o que se pretende por via da presente ação é a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, cuja possibilidade restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593.849/MG, em julgamento plenário realizado em 19/10/2016. Na ocasião, além



de ser fixada tal tese[1], foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, com a fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos artigos 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do mencionado decreto.

No voto do eminente Ministro Edson Fachin, relator do RE 593.849/MG, considerando ter ocorrido alteração parcial de precedente da Corte Maior (*‘overturning’*) sobre a temática da substituição tributária – definitividade do fato gerador e da base de cálculo “presumidas”, expresso na ADI 1.851 - se propôs a modulação dos efeitos do julgado, na forma do artigo 927, §3º do CPC, para fins de **“realinhamento das Administrações Fazendárias dos Estados-membros”** (*sic*).

Menos de um ano após a publicação do aresto proferido nos autos do RE 593.849/MG sobre a matéria, isto é, muito antes do ajuizamento da presente ação, foi editada a Lei Estadual 22.549/2017, perfilando o posicionamento da Administração Fazendária do Estado de Minas Gerais ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, foi revogado o §10, do artigo 22, da Lei Estadual 6.763/75, e ainda, acrescentado o §11, item 1 que prevê expressamente **o direito do contribuinte substituído à restituição do valor pago por força da substituição tributária, caso não se efetive o fato gerador presumido, inclusive quanto ao aspecto quantitativo.**

Além disso, o §13 do mencionado dispositivo legal estabelece que, *formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias contados da data de seu protocolo, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado*



segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo, observado o disposto em regulamento.

No presente caso, analisando detidamente os autos, verifico não ter sido acostado nenhum documento pela parte autora que comprove ter o Estado de Minas Gerais imposto qualquer óbice à pretensão de restituição do ICMS pago a mais quando a base de cálculo for inferior à presumida, na substituição tributária progressiva.

Ora, enquanto não configurada ameaça ou lesão a direito expressamente garantido na lei, não há que se falar **necessidade** de intervenção do Poder Judiciário, falecendo à parte o interesse de agir, condição prevista no artigo 17 do CPC para postulação em juízo.

Com efeito, o interesse de agir, em seu aspecto “necessidade”, consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão do autor, na correta interpretação do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, conferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 631.240/MG, com repercussão geral.

No referido recurso, questionava-se a necessidade de prévio requerimento administrativo ao INSS para fins de concessão de benefícios previdenciários.

Na oportunidade, o relator, insígne Ministro Luís Roberto Barroso, explicitou que não se pode confundir *“a exigência de prévio requerimento com o exaurimento das vias administrativas. A regra do art. 153, § 4º, da Constituição anterior (na redação dada pela EC nº 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas como condição para ingresso em juízo, não foi*



reproduzida pela Constituição de 1988. Esta a razão pela qual foram editadas a Súmula 213/TFR (“O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”), a Súmula 89/STJ (“A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”) e a Súmula 9/TRF3 (“Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”). Esclareça-se, porém, que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis”.

Desse modo, é prescindível o “exaurimento das vias administrativas” para que se possa acessar o Poder Judiciário. Isso não impede, porém, que seja exigida a formulação de prévio requerimento administrativo como pressuposto para **acionamento legítimo** do Poder Judiciário, até porque há certos direitos, em especial, benefícios fiscais (como *in casu*), que necessitam de uma postura ativa do interessado para que possam ser satisfeitos, ainda mais quando há expressa disposição legal a respeito (artigo 10 da LC 84/96 e artigo 22 da Lei Estadual 6.763/75)[\[2\]](#).

Aqui, aplica-se perfeitamente o entendimento do Pretório Excelso no RE 631.240/MG, segundo o qual “*se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou, ainda, da excessiva demora em sua apreciação*”.



Seguindo esse raciocínio, o ilustre relator ponderou “esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há necessidade de acionar o Judiciário antes desta medida”. (RE 631.240/MG, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 10/11/2014 - ATA Nº 167/2014. DJE nº 220, divulgado em 07/11/2014).

Pois bem.

Nesses últimos meses respondendo pela 1ª. Vara de Feitos Tributários da capital, constatei enorme quantidade de processos versando sobre a matéria “discutida” nos presentes autos, em que os autores, muitas vezes sem efetuar a juntada da documentação pertinente, pedem seja condenado o Estado de Minas Gerais a restituir o montante de ICMS pago a maior nas operações cuja base de cálculo efetiva é inferior à presumida, restituição esta cuja obrigatoriedade já restou assentada pelo STF, no RE 593.849/MG e, também, pela legislação tributária estadual.

Desse modo, como há tese firmada no STF que agasalha a pretensão do contribuinte, a procedência da pretensão autoral é certa, como já julguei inúmeras vezes.



Ocorre que, com a experiência da observação, percebi que, na realidade, se cuidam de “demandas artificiais”, posto que não há pretensão resistida do Estado de Minas Gerais em atender à solicitação da parte autora, que demandaria, apenas, a formulação de requerimento à Administração Fazendária, conforme preveem o artigo 10 da LC 84/96 e artigo 22 da Lei Estadual 6.763/75.

Trata-se de “demandas artificiais” porque os advogados são os mesmos, as petições são idênticas, os valores atribuídos às causas são aleatórios e, na maioria dos casos, não são juntados os documentos necessários para comprovar que os recolhimentos foram efetuados a maior (relegando-se tudo para a fase de liquidação), sendo certo que, em nenhum desses processos há comprovação de que, ao menos, a parte formulou o requerimento de restituição do ICMS diretamente ao Fisco.

Nessa toada, esta e as demais unidades jurisdicionais com competência para apreciação do assunto (1ª, 2ª e 3ª Varas de Feitos Tributários), com seus acervos gigantescos e conhecida deficiência de pessoal, recebem ações idênticas à presente, como um “guichê” de atendimento da Secretaria de Estado da Fazenda (parafraseando o ilustre Min. Luís Roberto Barroso) para que seja reconhecido um direito não discutido, cuja ameaça de lesão pelo ente-requerido nunca é demonstrada, até porque não se lhe oportunizou a efetiva apreciação da pretensão do contribuinte na via administrativa, conforme legalmente previsto.

É evidente a subversão da função jurisdicional, uma vez que a abertura desse “atalho” à via judicial gera uma tendência de aumento da demanda, sobrecarregando a todos (juízes, servidores e procuradores do Estado), sendo que, por outro lado, os órgãos estatais estruturados para recebimento de tais demandas originárias têm sua atuação esvaziada pela judicialização.



Só quem "lucra" são os patronos dos contribuintes, com a imposição dos ônus sucumbenciais (que, a rigor, não seriam pagos frente a requerimento administrativo), em prejuízo aos cofres públicos.

Ora, não se pode mais fomentar a judicialização da questão posta nos presentes autos, de modo que compete ao contribuinte, em um primeiro momento, a realização do pedido administrativo e, eventualmente, se for o caso, desafiar a resposta da Administração Fazendária pela via judicial.

Portanto, tendo em vista que o ordenamento tributário estadual ampara a restituição e o creditamento do valor pago a maior a título de ICMS em regime de substituição tributária para frente, inexistindo, no caso em comento, pretensão resistida, isto é, comprovação de negativa pelo Fisco em conceder o direito pleiteado, mostra-se flagrante a falta de interesse de agir da requerente.

Diante de tais considerações, **acolho** a preliminar de falta de interesse de agir arguida pelo réu.

3 – DISPOSITIVO

Pelo exposto, JULGO EXTINTO O FEITO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO, na forma do artigo 485, inc. VI, do CPC e fixo honorários advocatícios em favor do patrono do ente requerido, a serem arcados pela parte autora, no importe de 10% sobre o valor da causa, conforme as balizas do artigo 85, §3º, inc. I do CPC.

Custas pela parte autora.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Belo Horizonte, *data informada no ID da assinatura digital*.



Bárbara Heliodora Quaresma Bomfim

Juíza de Direito

[1] Tema 201 da Repercussão Geral: Tese firmada - É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida

[2] O art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 87/1996 disciplina expressamente o procedimento a ser adotado para o exercício do direito à restituição do ICMS de que trata o § 7º do art. 150 da Carta Política, nos seguintes termos:

Art. 10. 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.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

Avenida Raja Gabaglia, 1753, Luxemburgo, BELO HORIZONTE - MG - CEP: 30380-900

