

ENTE PÚBLICO DEVE DEVOLVER ICMS-ST PAGO A MAIOR



Publicado: 01 Novembro 2016

Twitter

O Supremo Tribunal Federal - STF, decidiu no último dia 19 de outubro de 2016, em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, que o contribuinte tem o direito de receber o valor da diferença paga a maior de ICMS-ST, calculado antecipadamente (presumido), daquele pago quando da realização da venda (efetivo). O ICMS em substituição tributária é aquele recolhido antecipadamente por um membro da cadeia de produção e comercialização, com base num valor presumido pelo ente público, que busca facilitar a fiscalização estatal.



O STF interpretou o disposto no parágrafo sétimo, do artigo 150, da Constituição Federal: “§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

O dispositivo acima é o que chamamos de substituição tributária para frente, ou seja, quando o ente público escolhe um membro da cadeia produtiva e comercial para recolher todo o imposto referente a circulação da mercadoria ou serviço, cujo o fato gerador se dará em momento posterior (futuro). Serve, como falamos acima, para facilitar a fiscalização, otimizando a arrecadação.

O Supremo já externou a excepcionalidade dessa modalidade de arrecadação, pois trata-se de hipótese futura, que pode não ocorrer, sendo, por isso, permitido pelo texto constitucional, a devolução imediata e preferencial do valor pago de ICMS-ST.

Mas se o valor recolhido antecipadamente foi maior do que deveria ser, o ente público deverá devolver a diferença? O contribuinte ficará com o prejuízo? E se o recolhimento antecipado foi menor, o ente público irá cobrar a diferença? O STF entendeu que a via é de mão dupla, ou seja, vale tanto para o mais como para o menos. Exemplificando: Presumidamente, o contribuinte recolheu R\$100,00 de ICMS-ST e quando da efetiva venda o valor devido era de R\$120,00, nesse caso, teremos o fisco buscando a diferença de R\$20,00 entre o recolhido presumidamente e o efetivamente realizado.

De outro lado, temos que num evento tributado pelo ICMS-ST, onde o primeiro agente da cadeia produtiva e comercial recolheu a quantia de R\$100,00 do imposto, e, posteriormente, ao final da transação, ou seja, pelo consumo final, se apura que o valor do ICMS-ST deveria ter sido de R\$80,00, entendeu o STF, nesse caso, que o ente público terá que devolver o valor de R\$ 20,00 recolhido a maior de forma antecipada e indevida.

A lógica é simples e não precisava ir ao STF, mas o ente público não desejava facilitar a interpretação do §7º, do artigo 150, da Constituição Federal, que em caso favorável ao contribuinte, geraria dispêndio não programado, reduzindo, consideravelmente, a

arrecadação estatal originada do imposto com substituição tributária. A tese estatal era de que a arrecadação por ICMS-ST era definitiva, não ensejando restituição. Acontece que, se a equação vale para mais, também deve valer para menos, evitando, assim, o confisco ou o enriquecimento sem causa do ente público.

Não é correto interpretar literalmente o §7º, do artigo 150, da Constituição Federal. Ciente disso, o próprio STF reformou sua interpretação para adequar sua jurisprudência aos novos tempos, onde as responsabilidades são para as partes, em maior ou menor grau, respeitando os princípios gerais do direito, em especial o enriquecimento sem causa, a repetição do indébito e os princípios tributários da isonomia, da igualdade e da vedação ao confisco.

E este foi o pensamento exarado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “Nesse ponto, vale recordar a lição de Carlos Maximiliano, para o qual, “descoberta a razão íntima e decisiva de um dispositivo, transportam-lhe o efeito e a sanção aos casos não previstos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos aos do texto”.

Assim, ao autorizar o mais, isto é, a devolução imediata e preferencial da quantia paga, caso não se verifique o fato gerador presumido, o texto constitucional, à toda a evidência, autorizou o menos, ou seja, a restituição do valor indevidamente pago a maior.”

Continua o ministro: “Não se argumente, portanto, que a restituição imediata e preferencial do tributo somente é possível na hipótese de inoccorrência integral do fato gerador, visto que, se o texto constitucional garantiu ao contribuinte um plus, não se admite, como querem alguns, uma interpretação restritiva para afastar o direito de reembolso, caso se verifique um minus, quer dizer, se ocorrer a realização apenas parcial daquele pressuposto. A interpretação que desautoriza a devolução nesses termos, ademais, também nega vigência ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e àquele que garante a repetição do indébito, os quais constituem balizas fundamentais do Direito. (...)A proibição de restituição do imposto pago a maior igualmente não se coaduna com os princípios constitucionais de natureza tributária aplicáveis à espécie. Em outras palavras, se o ICMS recolhido pelo contribuinte substituto apenas se torna efetivamente devido com a ocorrência do fato gerador, a inoccorrência, total ou parcial deste, impõe que se faça a devida adequação da regra ao fato, sob pena de afronta aos princípios da moralidade, da legalidade e do não-confisco.”

Por fim, a decisão sofreu modulação para restringir seu alcance apenas às lides (judicial ou administrativa), em curso e/ou sobrestadas, bem como para futuras operações que gerem o direito a devolução do que foi pago a maior, impedindo àqueles que não requereram antes da decisão, de fazê-lo agora para os últimos cinco anos.

Marco Antonio Mourão de Oliveira, 40, é advogado, especialista em Direito Tributário pela Universidade de Uberaba-MG e Finanças pela Fundação Dom Cabral-MG.

Escrito por Marco Antonio Mourão de Oliveira

ARTIGOS RELACIONADOS :

- > [10 propostas para novos tributos](#)
- > [A agenda de um eventual governo ...](#)
- > [A Aleac e seu compromisso com a ...](#)
- > [A bela resignada](#)
- > [A culpa é do Maradona](#)