



PUC

**DEPARTAMENTO DE
DIREITO**

**O DIREITO À RESTITUIÇÃO DO ICMS
RECOLHIDO A MAIOR NO REGIME DE
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (ART. 150, §7º,
CF/88)**

por

RODRIGO BEVILAQUA DE MIRANDA VALVERDE

**ORIENTADOR(A): CARLOS HENRIQUE TRANJAN
BECHARA**

2009.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

**O DIREITO À RESTITUIÇÃO DO
ICMS RECOLHIDO A MAIOR NO
REGIME DE SUBSTITUIÇÃO
TRIBUTÁRIA (ART. 150, §7º,
CF/88)**

por

RODRIGO BEVILAQUA DE MIRANDA VALVERDE

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
como requisito parcial
para a obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Carlos
Henrique Tranjan Bechara

2009.1

Dedico este trabalho a meu querido e saudoso pai, Silvio de Miranda Valverde, por desde cedo ter me ensinado, ainda que sem saber, o que é ser um bom profissional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por mais essa conquista em minha vida.

À minha mãe, Angela, por tudo o que sempre fez e faz por mim.

Obrigado pelo amor incondicional e por todas as oportunidades que sempre me ofereceu. Serei eternamente grato.

A meu pai, Silvio (em memória), exemplo eterno de profissionalismo, seriedade e comprometimento: espero jamais decepcioná-lo!

Aos meus irmãos, Guilherme e Beatriz, pelo carinho e amizade, e ao Jochem, pelos ensinamentos contábeis e, principalmente, por simplesmente fazer da minha mãe uma pessoa mais feliz.

A Fernanda, pelo amor, amizade e paciência. Seria difícil completar mais essa trajetória sem o seu apoio e presença ao meu lado.

Aos meus queridos amigos, por tornarem essa jornada menos tortuosa e mais agradável, sempre me ajudando nos – inevitáveis – momentos difíceis.

Um especial agradecimento à Valéria, amiga e excepcional profissional, pela paciência e inmensuráveis ensinamentos em meus primeiros passos na vida profissional.

Por fim, agradeço ao professor Carlos Bechara, pelos ensinamentos ao longo do curso e pela orientação do presente trabalho.

RESUMO

A partir da introdução do §7º, no art. 150, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 03/1993, que “constitucionalizou” a chamada substituição tributária “para frente”, indagações têm sido fomentadas acerca da possibilidade do contribuinte substituído ver-se restituído do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, quando o fato gerador do aludido imposto venha a ocorrer em valor inferior ao presumido, e não somente naquelas hipóteses em que o fato gerador presumido não venha a ocorrer.

O presente trabalho irá demonstrar o direito do contribuinte substituído à imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, na hipótese de não se realizar, total ou parcialmente, o fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do seu pagamento, tecendo os pertinentes comentários e críticas a decisão judicial já proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.851/AL, sobretudo em razão da matéria objeto deste estudo encontrar-se novamente afetada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento das ADIn's nºs 2.675 e 2.777.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS; sujeição passiva indireta; substituição tributária; Emenda Constitucional nº 03/1993; art. 150, §7º, da Constituição Federal de 1988; restituição; valores recolhidos a maior; fato gerador presumido; base de cálculo; princípio da não-cumulatividade.

SUMÁRIO

1. CAPÍTULO I

I.1 - Introdução	08
I.2 - Noções Gerais e Evolução Histórica	12

2. CAPÍTULO II: O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços (ICMS)

II.1 - Principais Características do ICMS	22
II.2 - Momento de Nascimento da Obrigação Tributária e Base de Cálculo	25
II.3 - Sujeito Passivo (contribuinte e responsável tributário)	27
II.4 – O Regime de Substituição Tributária	
II.4.A - Substituição para Trás (antecedente ou regressiva)	30
II.4.B - Substituição para Frente (subseqüente ou progressiva). 31	

3. CAPÍTULO III

III.1 - O Direito à Restituição do ICMS Recolhido a Maior no Regime de Substituição Tributária (Fato Gerador Ocorrido em Valor Inferior ao Presumido)	35
III.2 – A Surpreendente Decisão do STF (ADIn nº 1.851/AL)	46
III.2.A – Críticas à Decisão do STF	53
III.2.B – As Conseqüências Advindas da Decisão do STF	61

4. CAPÍTULO IV

IV.1 – O Panorama Atual: A Rediscussão da Matéria no Plenário do STF	65
----------------------------------------------------------------------------	----

5. CONCLUSÃO 68

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 75

ABREVIATÓES

ADIn – AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade

Art. - Artigo

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

CTN - Código Tributário Nacional

DJ - Data de Julgamento

EC – Emenda Constitucional

Eg. – Egrégio

Exmo. - Excelentíssimo

i - Ilustre

ICMS - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

LC – Lei Complementar

Min. - Ministro

Nº - Número

RDDT – Revista Dialética de Direito Tributário

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

Resp. - Recurso Especial

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

Sr. - Senhor

ST – Substituição Tributária

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

CAPÍTULO I

I.1 – INTRODUÇÃO

As relações jurídicas decorrentes das normas tributárias, relações estas que refletem uma situação de subordinação do contribuinte ao Estado, permitem que o Erário Público, dotado de poder de *Imperium*, efetue uma legal expropriação do patrimônio privado dos cidadãos, de modo que se aufera receita derivada (tributos) que possibilitará ao Estado cumprir as suas obrigações para com a sociedade, promovendo a adequada e eficiente prestação de serviços públicos essenciais, fomentando a economia, buscando o equilíbrio das relações intra-estatais, etc.

Os tributos como receita derivada que são, perfazem a maior parte da receita estatal. Por tal razão, a efetiva arrecadação da receita tributária prevista no orçamento público é de extrema importância para o Estado, ainda que, infelizmente, saibamos que grande parte dos recursos que deveriam ser engendrados em obras públicas, prestação de serviços públicos, não chegam ao seu destino, se perdendo no seio das más administrações públicas que sofremos há décadas. Ainda assim, mês a mês, a Receita Federal do Brasil bate recordes de arrecadação. Quase um paradoxo com a atual situação da maioria dos serviços públicos em nosso país.

Deixando tais divagações de lado acerca do adequado direcionamento dos recursos públicos recebidos, já se deixa clara a importância da arrecadação tributária. No caso do ICMS, tal importância é ainda mais sensível, na medida em que as receitas oriundas da arrecadação do aludido imposto são as de maior relevância econômica para os Estados federados, representando verdadeiro

instrumento de materialização de sua autonomia e independência, ao menos sob o prisma econômico-financeiro, para com o Poder Central (União Federal).

De fato, segundo informação constante do Relatório Final do Senador Francisco Dornelles - PP - RJ, apresentado à Subcomissão Temporária da Reforma Tributária (CAERT), destinada a avaliar a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional e o desempenho das administrações tributárias, e analisar a reforma tributária, *“Os Estados arrecadaram perto de 28% da receita tributária nacional ou o equivalente a 9% do PIB em 2006, em grande parte explicados pelo desempenho do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) - que, sozinho, gerou mais de 7% do PIB. (...) Sozinho, o ICMS estadual respondeu por 22% da receita tributária brasileira em 2006.”*

Assim é que o legislador constituinte, ciente da relevância econômica do produto da arrecadação do aludido imposto, e visando conferir maior segurança jurídica aos contribuintes, de forma a evitar sucessivas alterações no arquétipo legal do ICMS e até mesmo a tão difundida guerra fiscal, dedicou nada menos que os §§ 2º (com doze incisos e diversas alíneas) ao 5º do art. 155 à disciplina do ICMS, que, assim, está engessado no texto constitucional e qualquer mudança na sua estrutura dependerá de emenda constitucional¹.

Todavia, mesmo estando o ICMS disciplinado inteiramente na Carta Magna, sendo suscetível de alteração, pois, apenas por meio da edição de Emenda Constitucional, ainda assim nos deparamos, muitas vezes, com a

¹ JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 20ª Ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007. p. 790.

edição de leis estaduais que, na ânsia de inovarem e serem originais, simplesmente ultrapassam as barreiras levantadas pelo legislador constituinte, resvalando para o campo da inconstitucionalidade.

E não foi diferente com o regime de substituição tributária. Mesmo não havendo no texto originário da Constituição Federal de 1988 qualquer dispositivo legal que autorizasse a instituição do regime de substituição tributária, o art. 25, II, do Convênio 66/88², regrou provisoriamente tal sistemática de tributação, sendo que, ante a enxurrada de ações judiciais em que vinham sendo apontada a inconstitucionalidade da cobrança antecipada do ICMS sob a forma de substituição tributária, o Congresso Nacional aprovou, sob forte pressão dos governadores estaduais, a Emenda Constitucional nº 03, que introduziu o § 7º ao art. 150, da CF/88, que assim dispõe:

“§ 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.”

Esta alteração introduzida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 03/1993, teve como intuito conferir validade ao regime de substituição tributária, dando amparo e fundamento de constitucionalidade às críticas acima mencionadas. Ou seja, procurou dar cunho de constitucionalidade à figura da substituição tributária do ICMS, resguardando

² “Art. 25 A lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a: (...)

II - produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto devido nas operações subseqüentes;”

o direito do substituído de reaver o imposto dele retido, na etapa anterior de circulação das mercadorias, caso o fato gerador presumido não ocorresse.

Ocorre que, muito em razão do citado destaque do produto da arrecadação do ICMS, vem sendo sustentado (em sua maior parte pela Procuradoria das Fazendas Públicas estaduais) que o direito à restituição/compensação do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, somente seria conferido aos contribuintes substituídos naquelas hipóteses em que o fato gerador presumido não se concretize por inteiro (como por exemplo, no caso de roubo ou deterioração da mercadoria), não se prestando àqueles casos de não realização parcial do fato gerador presumido.

Neste sentido, se faz necessário analisar se o referido direito à preferencial e imediata restituição do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, previsto no art. 150, § 7º, da CF/88, também se estende aos contribuintes substituídos nos casos em que o fato gerador se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto.

Isto porque, é crucial que seja esclarecido, após mais de 15 (quinze) anos da edição da Emenda Constitucional nº 03/93, qual a correta interpretação a ser conferida ao disposto no §7º, do art. 155, da CF/88, haja vista a multiplicidade de casos envolvendo a hipótese objeto deste estudo (isto é, a ocorrência do fato gerador do imposto por preço inferior ao presumido para a sua retenção), e necessidade de se extirpar a inegável insegurança jurídica gerada no seio da sociedade pela indefinição dos métodos a serem adotados pelos contribuintes nesses casos, que, se optam por uma postura conservadora,

acabam perdendo vantagem competitiva frente a seus concorrentes, e, se optam por uma postura mais arriscada, ficam ao alvedrio de ações fiscais.

Esclareça-se, desde já, que o presente trabalho não tem o objetivo de avaliar a constitucionalidade da sistemática de recolhimento do ICMS por substituição tributária “para frente”, mas, tão somente, de proceder à análise relativa à extensão dos efeitos da regra prevista no art. 150, § 7º, da CF/88, para se saber se o direito à restituição do ICMS pago no regime de substituição tributária (partindo-se da premissa de sua validade), também se aplica às hipóteses de não realização parcial do fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do seu pagamento.

I.2 – NOÇÕES GERAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como se sabe, o Estado, historicamente, depende das receitas públicas para bem gerir e atender a suas necessidades públicas. A receita pública é, pois, o meio que o Estado encontra para lhe proporcionar a satisfação de suas necessidades, e proceder à cobertura econômica de suas despesas públicas com suas atividades básicas, fundamentais e essenciais.

Por receita pública entende-se a entrada de dinheiro nos cofres públicos que integre de modo permanente ao patrimônio do Estado, não estando sujeito à devolução (como ocorre nos casos de empréstimos), acrescendo o patrimônio público. De fato, receita pública “*é a entrada que, integrando-se ao patrimônio*

*público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.”*³.

Todavia, conforme nos ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.⁴, no período moderno, “*a receita pública não só visa proporcionar meios ao Estado para a satisfação das necessidades públicas, como também é um dos modos de que ele se serve para intervir na economia em geral.*”. Exemplo dessa intervenção na economia ocorre, por exemplo, com a instituição de tributos com finalidade extrafiscal, onde a intervenção em determinado setor específico da economia, pelos mais diversos motivos, prepondera frente à finalidade simplesmente arrecadatória do tributo.

Dentre as várias classificações adotadas para distinguir as diferentes formas de receita pública, aquela de maior relevância para nosso trabalho é a que separa as receitas públicas em originárias e derivadas. Por receita pública originária, entende-se aquelas auferidas pelo Estado através da exploração de seu próprio patrimônio, sem o exercício do seu poder soberano. Nesse caso, portanto, diz-se que tais receitas são voluntárias e contratuais, regidas pelo direito privado, não havendo a compulsoriedade do particular em efetuar o seu pagamento.

As receitas derivadas, por sua vez, que mais nos interessam no foco de nosso trabalho, são aquelas provenientes do exercício do poder de soberania estatal, extraídas de parcelas de bens pertencentes aos particulares de forma

³ JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. Op. Cit., p. 47. Apud BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 116

⁴ JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. Op. Cit., p. 49.

coercitiva. Assim, constituem receitas derivadas os tributos e multas, fiscais ou não, em que o pagamento pelos particulares revela-se compulsório.

O ICMS, por sua vez, por se tratar de espécie tributária (imposto), constitui receita pública derivada do Estado, que o pode exigir através dos meios coercitivos legalmente previstos, no exercício de seu Poder soberano. O ICMS atual, porém, na forma como o conhecemos, é fruto de uma série de evoluções legislativas. Desde a incidência sobre Vendas Mercantis (IVM), o imposto passou também pela incidência sobre Vendas e Consignações (IVC), chegando ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) e evoluindo para a incidência sobre serviços de comunicação e de transporte (ICMS).

Da história mais recente do aludido imposto nos moldes como o conhecemos atualmente, podemos dizer que o mesmo teve início com o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que criou o Sistema Tributário brasileiro, concebendo constitucionalmente o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias - ICM, em substituição ao IVC, também de competência estadual, previsto anteriormente na Constituição Federal de 1946.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, foram promovidas significativas mudanças no campo do Sistema Tributário brasileiro, ampliando o campo de abrangência do ICM, que incidia somente sobre as operações relativas à circulação de mercadorias. A partir da CF/88, o aludido imposto passou a abranger outros impostos, incidindo sobre operações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e operações

relativas à energia elétrica, minerais, derivados de petróleo, combustíveis e lubrificantes, sendo, a partir daí, denominado Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Todavia, como visto linhas acima, o texto originário da Constituição Federal de 1988 não continha qualquer dispositivo legal que autorizasse a instituição do regime de substituição tributária. Até então, o imposto era sempre recolhido aos cofres públicos por cada um dos sujeitos passivos em todas as etapas da circulação econômica da mercadoria, até o consumidor final, adotando-se, para tanto, a sistemática do princípio da não-cumulatividade, em que cada sujeito passivo compensa em sua escrita fiscal o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço, com o montante do imposto cobrado nas operações anteriores.

Mesmo assim, porém, o art. 25, II, do Convênio 66/88, regrou (e por que não dizer instituiu?) provisoriamente a sistemática de tributação pelo regime de substituição tributária, sendo que, diante da inconstitucionalidade da cobrança antecipada do ICMS sob a forma de substituição tributária apontada pelos mais diversos tributaristas, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 03, que introduziu o § 7º ao art. 150, da CF/88, a fim de dotar a figura da substituição tributária “para frente” de constitucionalidade.

O intuito do regime de substituição tributária é, basicamente, facilitar a fiscalização da administração tributária, alcançando o ICMS devido até o consumidor final, fazendo com que o Estado possa arrecadar, antecipadamente,

o imposto devido por todas as etapas da circulação econômica da mercadoria, adotando-se, para tanto, uma margem de lucro presumida estipulada na legislação para cada tipo de mercadoria, a fim de se aproximar, ao máximo, da operação final de circulação de mercadoria (fato gerador presumido).

Justamente visando que o fato gerador presumido ocorra exatamente na forma preconizada, ou que, ao menos, se aproxime do imaginado, é que o art. 8º, §4º, da Lei Complementar nº 87/96 estabeleceu critério fixo para apuração do ICMS devido no regime de Substituição Tributária, a saber:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...)

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.*

(...)

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.” - grifos não constantes do texto legal.

Anteriormente à edição da Lei Complementar nº 87/96, a qual disciplinou o instituto da substituição tributária do ICMS, dando efetividade ao disposto no art. 155, §2º, XII, “b”, da Constituição Federal⁵, a fixação da margem de lucro presumida para fins da substituição tributária era regulada por meio de Convênios de ICMS estabelecidos entre as diversas unidades da

⁵ “Art. 155. (...) § 2.º (...) XII - Cabe à Lei Complementar: b) dispor sobre substituição tributária;”

federação, os quais dispunham acerca da inclusão de determinada mercadoria no regime da substituição tributária em operações interestaduais, autorizando, inclusive, a adoção do aludido regime em operações internas.

Naquela época (leia-se: antes da edição da Lei Complementar nº 87/96), as margens de lucro eram estipuladas em Convênios e nas legislações estaduais a bel prazer das unidades federadas, vale dizer, sem qualquer obrigatoriedade legal de se explicitar a forma pela qual se apurou o percentual definido, não sendo difícil imaginar que, na maioria das vezes, e por que não dizer sempre (?), tais margens de lucro encontravam-se excessivamente elevadas, em total descompasso com a realidade de mercado.

Todavia, com a promulgação da Lei Complementar nº 87/96, *ex vi* do art. 8º, §4º, restou vedado aos Estados a discricionariedade na aplicação da margem de lucro utilizada na composição da base de cálculo do ICMS exigido, antecipadamente, no regime da substituição tributária. A razão de tal comando reside no fato de que as pautas de valores antigamente estipuladas pelos Estados simplesmente não condiziam com os preços praticados nas operações de circulação de mercadorias, os quais se encontram sujeitos às regras de mercado, que, por sua própria natureza, oscilam com frequência.

Ocorre que, mesmo diante da obrigatoriedade legal de apuração da margem de lucro de um produto sujeito à substituição tributária através da média ponderada dos preços de mercado coletados, o que se vê, na prática, é a fixação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária com base em preços totalmente alheios àqueles usualmente praticados no mercado,

sem levar em consideração as flutuações dos preços decorrentes de regras empresariais de competitividade e vantagem econômica.

Como decorrência da fixação dessas margens presumidas fixadas de forma defasada e desconexa com a média ponderada dos preços praticados no mercado, verifica-se que o contribuinte substituído acaba, na grande maioria das vezes, por recolher, via retenção, valor do ICMS a maior que o efetivamente devido (ou seja, quando a margem presumida utilizada é maior do que o preço efetivo de venda praticado).

Como corolário dessa realidade, o contribuinte substituído acaba, nesses casos, por suportar encargo financeiro maior que o devido, em razão da diferença entre a base de cálculo presumida utilizada para retenção do ICMS de substituição tributária (ICMS/ST) na entrada de mercadorias e o valor real da operação de venda dessas mercadorias.

Todavia, não obstante o art. 150, § 7º, da CF/88, prever a preferencial e imediata restituição do ICMS quando o fato gerador não se concretizar, muitos Governadores e representantes das Fazendas Públicas estaduais vêm sustentando que o direito à restituição do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, somente seria conferido aos contribuintes substituídos naquelas hipóteses em que o fato gerador presumido não se concretize por inteiro (como por exemplo, no caso de roubo ou deterioração da mercadoria), não se prestando àqueles casos em que o fato gerador se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto (seguramente mais comuns).

Ocorre que o direito que possuem os contribuintes de restituírem o ICMS nos casos em que o fato gerador presumido não se concretiza ou se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto é incontestável, haja vista a exegese do próprio preceito constitucional que previu a “imediata e preferencial restituição” do imposto caso o fato gerador não se concretizasse, bem como em razão dos princípios da não-cumulatividade (art. 155, inciso II, § 2.º, inciso I, da CF/88), da vedação ao confisco (art. 150, IV, CF/88), e da proibição do enriquecimento sem causa.

Com efeito, o que verifica claramente é que o argumento daqueles que sustentam a impossibilidade de restituição do ICMS recolhido nos casos em que o fato gerador se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto, pauta-se, basicamente, numa interpretação restritiva do disposto no §7º, do art. 150, da CF/88, e na praticabilidade do sistema de substituição tributária, olvidando-se que a constitucionalidade do regime de substituição tributária está condicionada à correspondência entre o fato gerador ocorrido e o fato gerador presumido.

Todavia, não se pode permitir que princípios constitucionais limitadores do poder de tributação dos entes federados sejam postos de lado apenas para atender a ânsia arrecadatória cada vez maior dos Estados-membros, sempre em busca de elevar o já altíssimo produto da arrecadação do ICMS. Se a própria constitucionalidade do regime de substituição tributária “para frente” já é questionável, quicá a negativa ao direito à restituição nos casos de não correspondência entre o fato gerador presumido e o ocorrido.

Como se verá adiante, a praticabilidade dos institutos não pode se sobrepor às barreiras constitucionalmente asseguradas aos contribuintes. Ainda mais quando não há, por parte da sociedade em geral, um consentimento quanto à idéia de que tenhamos que custear através de uma arrecadação excessiva (além de ilegítima e inconstitucional) dos tributos, as dívidas improdutivas do Estado (prejuízos decorrentes de má administração do erário público: oriundos de fraudes, peculatos, desvio de verbas orçamentárias e outros crimes contra a administração pública, obras fantasmas ou realizadas mediante gastos irrealistas ou astronômicos, déficit causado em razão da má política econômica empregada etc.).

Como bem ressaltado pelo Senador Francisco Dornelles (PP-RJ), no Relatório Final apresentado à Subcomissão Temporária da Reforma Tributária (CAERT), *“A avaliação histórica recente das administrações tributárias não pode se furtar a reforçar esta que pode ser considerada uma façanha dos administradores brasileiros, que foi lograr um desempenho anticíclico, ou seja, conseguiram aumentar a arrecadação mesmo quando a economia desacelerava, o que foge ao esperado pelos manuais de finanças públicas e pela experiência da maioria dos outros países”*

O sucesso na arrecadação dos tributos só será possível quando precedidos de uma política mais transparente e eficiente por parte de nossos governantes, com uma arrecadação justa e com a prestação de serviços públicos de qualidade aos cidadãos. Caso contrário, se o ambiente criado for de escândalos financeiros e econômicos, a população irá, fatalmente, rejeitar a imposição fiscal e, por consequência, deixará de cumprir com suas obrigações fiscais, por mais rigorosa que seja a cobrança dos débitos pelo Poder Público.

Nesse contexto, tendo-se em mente que o regime de substituição tributária não é mecanismo para o Estado arrecadar mais imposto do que o devido, já que representa mera antecipação de pagamento do tributo (cuja cobrança final deve obedecer sempre ao fato gerador previsto na lei), até para legitimar e validar juridicamente o dito regime, é preciso que haja por parte de todos os membros da sociedade (inclusive Poder Judiciário e agentes fazendários), maior razoabilidade na interpretação do disposto no § 7º, do art. 150, CF/88, que, ao instituir a figura da substituição tributária do ICMS, resguardou expressamente o direito do contribuinte substituído de reaver o imposto dele retido na etapa anterior de circulação das mercadorias, caso o fato gerador presumido não ocorresse (em todos os seus contornos jurídicos).

CAPÍTULO II

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços (ICMS)

II.1 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Antes de analisar o direito do contribuinte substituído à restituição do ICMS-ST pago quando o fato gerador ocorre por valor inferior ao presumido, cumpre-nos analisar, inicialmente, as principais características que regulam e disciplinam o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços (ICMS), até para que possamos, ao final, nos debruçar e tecer comentários acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.851/AL, no qual entendeu a Excelsa Corte pela impossibilidade de restituição do ICMS-ST.

Com efeito, dentro do mesmo rótulo “ICMS”, encontram-se, na verdade, previstos ao menos cinco diferentes tipos de impostos, com hipóteses de incidência e bases de cálculo diversas, uma vez que a partir da CF/88, o aludido imposto passou a abranger outras operações, como a de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e operações relativas à energia elétrica, minerais, derivados de petróleo, combustíveis e lubrificantes.¹

¹ CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 6º ed., revista e ampliada, de acordo com a Lei Complementar 87/96. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32-254.

Não obstante isso, esses diferentes impostos, albergados sob a mesma sigla, possuem um “núcleo central comum”, que, por tal razão, possuem características similares e são regidos pelas mesmas regras as quais passaremos a ver a seguir.

Em primeiro lugar, pode-se afirmar que o ICMS tem fim meramente fiscal, na medida em que tem como objetivo carrear os Estados-membros e Distrito Federal de recursos para o custeio de suas despesas. Aliás, como visto acima, o produto da arrecadação é a maior e principal fonte de receita tributária. Todavia, considerando que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade dos bens e serviços (art. 155, § 2º, I, CF/88), quando a seletividade for adotada pela fiscalização estadual, o ICMS passará a ter também fim extrafiscal, porque empregado como instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social.

O ICMS apresenta incidência plurifásica, na medida em que grava economicamente todas as etapas de circulação de riquezas. É, também, não-cumulativo, “compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços com o montante cobrados nas anteriores” (art. 155, § 2º, I, CF/88).

Como consequência da não-cumulatividade, o ICMS é um imposto neutro, pois como incide apenas sobre o valor agregado, não causa distorção na formação dos preços das mercadorias e serviços. Diz-se também ser um imposto real, em razão de não levar em consideração, para fins de sua

incidência, elementos de ordem subjetiva do contribuinte (notadamente sua capacidade contributiva).

Trata-se de imposto indireto, pois admite o fenômeno da repercussão do encargo econômico. Vale dizer: gravando o ICMS as diversas etapas de circulação, ele comporta a transferência em definitivo da carga do tributo (ônus financeiro) do imposto pago pelo contribuinte de direito para outro contribuinte, seja de direito ou de fato (consumidor final).

Por fim, o ICMS é também tido como imposto proporcional, uma vez que sua alíquota não varia de acordo com a base de cálculo. Quando diferentes as alíquotas, tal fato se dá como decorrência do princípio da seletividade mencionado linhas acima.

De qualquer forma, pode-se afirmar que dentre as características do ICMS acima elencadas, aquela com maior destaque e relevância é a sua incidência plurifásica, gravando economicamente todas as etapas de circulação de riquezas, e a sua característica não-cumulativa, *“compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços com o montante cobrados nas anteriores”* (art. 155, § 2º, I, CF/88).

A vedação ao direito de restituição do valor recolhido a maior no regime de substituição tributária, porém, além de ofender ao princípio da não-cumulatividade, tal sistemática acaba por encerrar o ciclo de tributação, antecipando uma obrigação tributária que só seria devida quando da ocorrência

no caso concreto das sucessivas hipóteses de incidência expressamente previstas em lei (afastando-se, pois, a incidência plurifásica do ICMS).

II.2 – MOMENTO DO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E BASE DE CÁLCULO

Tendo em vista que a sigla “ICMS” alberga ao menos cinco diferentes tipos de impostos, o estudo das hipóteses de incidência e das bases de cálculo do ICMS não pode ser feito em conjunto, mas apenas em separado para cada uma das operações previstas no art. 155, II, CF/88. Todavia, em razão do escopo circunscrito deste trabalho, analisaremos apenas o momento em que se dá o nascimento da obrigação tributária relativamente ao ICMS devido nas operações relativas à circulação de mercadorias.

No que tange a base de cálculo do tributo, considerando que a CF/88 estabeleceu como elemento material da hipótese de incidência as “operações relativas à circulação de mercadorias”, deve a mesma necessariamente corresponder a uma grandeza econômica (fato econômico com relevo no mundo jurídico) que represente essas operações. Em razão disso, assevera Humberto Ávila² que a base de cálculo do imposto está prevista implicitamente no texto constitucional como sendo o valor da operação.

Quanto ao momento do nascimento da obrigação tributária, deve-se ter em mente que o ICMS incide sobre *operações relativas à circulação de*

² ÁVILA, Humberto. *ICMS, Substituição Tributária no Estado de São Paulo. Base de Cálculo. Pauta Fiscal. Competência Legislativa Estadual para devolver a Diferença Constante entre o preço usualmente Praticado e o Preço Constante da Pauta. Exame de Constitucionalidade*. Revista Dialética nº 124, São Paulo, 2006. p. 94.

mercadorias. Atentando-se para a natureza jurídica de cada uma dessas expressões, pode-se afirmar, resumidamente, que para que haja o nascimento da obrigação tributária, é necessário a existência de um negócio jurídico mercantil envolvendo a circulação jurídica, e não meramente física, da mercadoria (que deve ser entendida como bem móvel adquirido para revenda).

Dentre todos esses elementos, desponta como pressuposto elementar para que haja o nascimento da obrigação tributária a mudança de titularidade da mercadoria objeto da transação mercantil. Esse momento ocorre, via de regra, na saída da mercadoria do estabelecimento, podendo a lei eleger outro momento, que na verdade apenas identificará oficialmente, no tempo e no espaço, a ocorrência da preexistente operação mercantil³.

O nascimento da obrigação tributária no ICMS, contudo, obviamente está condicionado a ocorrência da referida operação (fato gerador), pois somente nesse momento é que se manifestará a capacidade econômica do contribuinte, conforme preceitua a dimensão objetiva do princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CF/88)⁴.

Ocorre que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 03, que inseriu o §7 ao artigo 150 da Constitucional Federal, o legislador constitucional criou a figura do fato gerador presumido, até então inexistente em nosso sistema tributário, excetuando essa regra geral de atribuição do poder de instituir o imposto apenas quando ocorrida a operação de circulação de mercadoria.

³ CARRAZA, Roque Antonio. Op. Cit., p. 42/43.

Apesar de muitos tributaristas afirmarem ser absolutamente inconstitucional a chamada substituição tributária “para frente”, pois não se poderia considerar ocorrido o fato gerador do ICMS em momento anterior à ocorrência da operação mercantil, fato é que com o advento dessa regra geral de exceção ficou permitida a antecipação do fato gerador para o momento inicial do ciclo econômico de venda da mercadoria por meio do instituto da substituição tributária, presumindo-se de que em uma operação com mercadoria, a mesma irá sempre alcançar o consumidor final.

Todavia, conforme se verá mais adiante, ainda que o legislador constitucional tenha permitido a incidência do ICMS com base em fato gerador futuro e presumido, a qual se materializa através da utilização de uma margem de valor agregado, que é um percentual que incide sobre a base de cálculo e que supostamente representaria o preço do produto no consumo final, ainda assim devem tais aspectos (fato gerador e base de cálculo presumidos), corresponder à operação final de circulação da mercadoria, respeitando o preço final dos produtos praticados pelo contribuinte, que, caso não venha a ocorrer diretamente, dar-se-á através da restituição da diferença do imposto pago à maior quando a margem presumida utilizada for maior do que o preço efetivo de venda praticado.

II.3 - SUJEITO PASSIVO (CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO)

⁴ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 94.

O sujeito passivo de qualquer obrigação tributária é a pessoa física ou jurídica obrigada por lei ao cumprimento da prestação tributária principal ou acessória, à luz do disposto no art. 121 e 122, do CTN. Todavia, a expressão sujeito passivo é gênero de que são espécies o contribuinte e o responsável (art. 121, § único, do CTN).

Basicamente, diferencia-se o contribuinte do responsável pela relação dos mesmos com o fato imponible da obrigação tributária. Enquanto o contribuinte é quem efetivamente realiza o fato imponible, tendo relação pessoal e direta com o fato gerador, e sendo sua responsabilidade pelo pagamento decorrente da própria ocorrência do fato gerador, a figura do responsável se dá apenas quando a legislação atribui a terceira pessoa a responsabilidade pelo pagamento do tributo, que não possui relação pessoal ou direta com o fato gerador.

É bom lembrar, porém, que essa terceira pessoa a quem a legislação atribui a responsabilidade pelo pagamento de tributo (sujeito passivo indireto) deve necessariamente estar vinculada de alguma forma ao fato gerador da obrigação tributária, à luz do que dispõe o art. 128, do CTN.

No que tange a classificação quanto às formas de sujeição passiva indireta, a mesma pode se dar: (i) por transferência, quando a obrigação tributária transfere-se do sujeito passivo direto ao responsável (sujeito passivo indireto), após a ocorrência do fato gerador (podendo se dar por três modalidades: solidariedade, sucessão, e responsabilidade); e (ii) por

substituição, quando a obrigação já nasce em relação a uma pessoa distinta daquelas do contribuinte.

Pois bem. No caso do ICMS, a Constituição Federal de 1988 não definiu quem seria o seu contribuinte. Tal mister foi assim realizado pela Lei Complementar nº 87/96, que, com base no disposto no art. 155, §2º, XII, *a*, da CF, definiu o contribuinte do citado imposto em seu art. 4º. Veja-se:

“Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

Portanto, somente são contribuintes do ICMS aquelas pessoas físicas ou jurídicas que realizam as referidas operações, conforme definido atualmente pelo art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 (acima transcrito).

Todavia, a LC nº 87/96, em seus arts. 6º a 10º, cumprindo o mandamento constitucional previsto no art. 155, § 2º, XII, *b*, da CF/88, previu e regulou a responsabilidade tributária por substituição para o ICMS, que, como o próprio nome já diz, trata-se de sujeição passiva indireta por substituição, em que o substituto legal passa a ocupar o lugar do contribuinte na relação jurídico-tributária, como se o próprio contribuinte do imposto fosse.

Fixada essas premissas, veremos agora as diferentes formas de sujeição passiva indireta por substituição, aplicáveis no âmbito do ICMS.

II.4 - O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

II.4.A - SUBSTITUIÇÃO PARA TRÁS (ANTECEDENTE OU REGRESSIVA)

A chamada substituição tributária “para trás”, ocorre quando a lei atribui ao substituto legal, que é contribuinte de direito (produtor, comerciante ou industrial), o dever de recolher o imposto devido na(s) operação(ões) jurídica(s) realizada(s) anteriormente pelos substituídos tributários. Nessa modalidade de substituição, diz-se haver o diferimento do momento da incidência do tributo, pois há o adiamento da ocorrência do fato gerador, que deixa de ser a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, e passa a ser o momento da entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Conforme leciona Roque Antonio Carraza, *“Na chamada substituição para trás, a lei estabeleceu que o tributo será recolhido, pelo substituto, na próxima operação jurídica (em nome do substituído). Destarte, a carga econômica do tributo não será suportada pelo realizador da operação jurídica (o substituído), mas por quem levar a cabo a seguinte (substituto).”*

Portanto, pode-se afirmar que essa substituição se dá quando o substituto legal adquire mercadoria de outro contribuinte, em geral produtor de pequeno porte ou comerciante individual, sem estrutura organizacional, responsabilizando-se pelo pagamento do imposto devido pelo substituído e pelo cumprimento das obrigações tributárias.

Pode-se citar como exemplo hipotético de substituição tributária “para trás”, a aquisição de leite por um determinado comerciante, de diversas pequenas fazendas produtoras de leite. Nesse caso, é do interesse do Fisco proceder à fiscalização de apenas um estabelecimento (o do contribuinte substituto), em vez de ter de fiscalizar diversas fazendas (contribuintes substituídos), razão pela qual se estabelece o diferimento do imposto, com o pagamento, pelo comerciante, do imposto devido nas operações jurídicas realizadas anteriormente pelos substituídos tributários.

Nessa modalidade de substituição tributária, diferentemente do que ocorre com relação à substituição tributária “para frente” (tópico seguinte), não há questionamentos quanto à sua constitucionalidade. Conforme leciona Roque Antonio Carraza, *“só o instituto da substituição tributária “para trás” pode prosperar no Brasil”*, eis que, nesse caso, o fato gerador das obrigações tributárias já ocorreu, havendo apenas o diferimento no seu pagamento.

II.4.B - SUBSTITUIÇÃO PARA FRENTE (SUBSEQÜENTE OU PROGRESSIVA)

A chamada substituição tributária “para frente” ocorre quando a lei impõe a obrigatoriedade do contribuinte substituto de antecipar o pagamento do ICMS devidos nas operações subseqüentes, cujo fato gerador se presume será realizado pelo contribuinte substituído. Ou seja, na substituição tributária “para frente”, o legislador parte da premissa de que o fato imponível ocorrerá no futuro, legitimando a cobrança antecipada do tributo.

Como exemplo, pode-se citar o caso da indústria montadora de veículos, quando o veículo automotor é destinado à empresa concessionária. Nesse caso, a indústria montadora atua na qualidade de substituta legal tributária, tendo o dever de pagar o tributo devido no prazo estipulado na legislação estadual, pois a lei presume que a concessionária irá comercializar o veículo adquirido.

Portanto, o intuito do regime de substituição tributária é alcançar o ICMS devido até o consumidor final, fazendo com que o Estado possa arrecadar, antecipadamente, o imposto devido por todas as etapas da circulação econômica da mercadoria, adotando-se, para tanto, uma margem de lucro presumida. É essa uma excepcional forma de assegurar os canais arrecadatários aos entes tributantes, de um modo tal que a) facilita enormemente sua fiscalização e b) minimiza a sonegação⁵.

Todavia, como visto anteriormente, foi somente com o advento da Emenda Constitucional nº 03, que introduziu o § 7º ao art. 150, da CF/88, que o regime de substituição tributária para frente foi constitucionalizado, tendo sido expressamente resguardado o direito do substituído de reaver o imposto dele retido, na etapa anterior de circulação das mercadorias, caso o fato gerador presumido não ocorresse.

Ocorre que, mesmo após a introdução da aludida Emenda Constitucional, muitos doutrinadores ainda mantêm o seu entendimento original no sentido de que aludida sistemática de tributação seria inconstitucional, em razão da impossibilidade de se criar a figura da responsabilidade tributária para fato

futuro, entendendo, assim, que a própria Emenda Constitucional nº 03/1993 seria inconstitucional. Apesar de não o objeto central deste trabalho, vejamos a seguir, a título de exemplificação, o magistério de Roque Antonio Carraza:

“Deveras, a Emenda Constitucional 3/93 “criou” a absurda figura da responsabilidade tributária por fato futuro. O preceito em tela “autoriza” a lei a fazer nascer tributos de fatos que ainda não ocorreram mas que, ao que tudo indica, ocorrerão. Noutros termos, permite que a lei crie presunções de acontecimentos futuros e, com elas, faça nascer obrigações tributárias.

Ora, o art. 1º da EC 3/93 é inconstitucional, porque atropela o princípio da segurança jurídica, em sua dupla manifestação: certeza do direito e proibição do arbítrio. Este princípio, aplicado ao Direito Tributário, exige que o tributo só nasça após a ocorrência real (efetiva) do fato imponível. (...)

*Estamos, sim, em face de **emenda constitucional inconstitucional**, por discrepar de **cláusulas pétreas**.”* (grifos constantes do texto original)

No mesmo sentido, é o magistério de Hugo de Brito Machado. Confira-se:

“(...) Ocorre que o direito de somente pagar um imposto depois da ocorrência do respectivo fato gerador, como o direito de somente se submeter aos efeitos da incidência de qualquer regra jurídica depois que tal incidência acontece, é um direito fundamental, do contribuinte, o primeiro, e de todas as pessoas, o segundo, mais abrangente.

Assim, em face do que estabelece o art. 60, § 4º, inciso IV, da Vigente Constituição, a proposta da qual resultou a Emenda 3 nem poderia ter sido objeto de deliberação. Sua inconstitucionalidade é flagrante, porque afronta um dos mais elementares direitos individuais, qual seja, repita-se, o de não se submeter a qualquer efeito de incidência de uma norma jurídica antecipadamente. Admitir-se a cobrança de um imposto em face de um fato gerador futuro é submeter o contribuinte ao efeito da incidência de uma norma de tributação sobre um fato que ainda não aconteceu. Tanto é assim que o próprio dispositivo, introduzido na Constituição com a referida emenda, preocupou-se em garantir ao contribuinte substituído imediata e preferencial restituição na hipótese de não se realizar o fato gerador presumido.” (grifos constantes do texto original)

⁵ ROCHA, João Luiz Coelho da. ICMS – A Restituição Imediata do Valor Recolhido a mais na Substituição Tributária “pra frente”. Revista Dialética nº 64, São Paulo, 2001. p. 100.

Urge ressaltar, porém, que hoje em dia tal discussão acerca da constitucionalidade do regime de substituição tributária já se encontra superada, tendo se sagrado vencedora a corrente que afirmava a constitucionalidade desse instituto, introdutor de uma especial sistemática na seara tributária.⁶

Veja-se que não se deve confundir, porém, a substituição tributária “para frente” com a figura da antecipação do pagamento do tributo. Nesta, a obrigação tributária já existe, ao passo que na substituição tributária “para frente” ainda não ocorreu o fato gerador do imposto, razão pela qual ainda não haveria qualquer valor a ser pago.

De qualquer forma, diante do reconhecimento da constitucionalidade da sistemática da substituição tributária “para frente” pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, e não obstante os diversos entendimentos doutrinários em sentido contrário, partiremos da premissa necessária, neste trabalho, que o aludido regime de tributação é legítimo, a fim de que possamos passar a demonstrar o direito do contribuinte substituído à imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, na hipótese de não se realizar, total ou parcialmente, o fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do seu pagamento.

⁶ STF. RE 213.396/SP, Rel. Min Ilmar Galvão, julgado em sessão plenária, dia 02.08.1999, DJU de 01.12.2000, p. 00097.

CAPÍTULO III

III.1 – O DIREITO À RESTITUIÇÃO DO ICMS RECOLHIDO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, TAMBÉM QUANDO O FATO GERADOR OCORRE POR VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO

Como vimos, a partir da introdução do §7º, no art. 150, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 03/1993, que “constitucionalizou” a chamada substituição tributária “para frente”, indagações têm sido fomentadas acerca da possibilidade do contribuinte substituído ver-se restituído do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, quando o fato gerador do aludido imposto venha a ocorrer em valor inferior ao presumido, e não apenas naquelas hipóteses em que o fato gerador presumido não venha a ocorrer.

Isso porque, vem sendo sustentado por alguns que o direito à restituição/compensação do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, somente seria conferido aos contribuintes substituídos naquelas hipóteses em que o fato gerador presumido não se concretize por inteiro (como ocorrer no caso de perda da mercadoria), não se prestando àqueles casos - muito mais freqüentes - de não realização parcial do fato gerador presumido.

Todavia, conforme se verá adiante, o direito à preferencial e imediata restituição do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária também se estende aos contribuintes substituídos nos casos em que o fato gerador se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do

imposto, tendo em vista a própria exegese do art. 150, § 7º, da CF/88, bem como os princípios da não-cumulatividade, da vedação do confisco e da impossibilidade do enriquecimento sem causa.

Para tanto se faz necessário analisar se o art. 150, § 7º, da CF/88, ao garantir ao contribuinte substituído o direito a preferencial e imediata restituição, também albergou a hipótese de não realização parcial do fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do seu pagamento. Assim, vejamos o que dispõe o aludido artigo:

“Art.150 – (...)

§ 7º - A Lei poderá atribuir ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do 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”. (grifos nossos)

Da interpretação do aludido dispositivo constitucional, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, ao possibilitar a figura da substituição tributária “para frente”, previu a restituição do ICMS não somente nos casos de não ocorrência fato gerador presumido, mas também na hipótese de sua concretização por preço inferior ao presumido.

Salta aos olhos que o legislador constituinte derivado, ao instituir e constitucionalizar a figura da substituição tributária “para frente”, o fez prevendo expressa e categoricamente o direito do contribuinte substituído a imediata e preferencial restituição dos valores recolhidos indevidamente ou a maior. Ou seja, ciente das diversas indagações quanto à constitucionalidade de

tal regime, já à época fervorosas, impôs o legislador constituinte a necessidade de haver uma correspondência entre o fato gerador presumido e o fato gerador efetivamente ocorrido, a fim de legitimar a própria sistemática de tributação.

O dispositivo constitucional acima transcrito (§ 7.º, do art. 150), introduzido pela Emenda Constitucional nº 03/93, procurou dar cunho de constitucionalidade à figura da substituição tributária do ICMS, resguardando o direito do substituído de reaver o imposto dele retido, na etapa anterior de circulação das mercadorias, caso o fato gerador presumido não ocorresse. Ou seja, em não ocorrendo, em todos os seus contornos jurídicos, a materialidade concreta do fato gerador presumido, o substituído, que arcou com o ônus tributário, tem o direito de ser restituído do ICMS dele retido.

Vale dizer, não se concretizando o fato gerador presumido, seja em face da não efetivação da operação posterior, seja em face deste não ter ocorrido em sua plenitude, como no caso em que a operação final possui valor menor que a que serviu de base para a retenção do imposto, o contribuinte faz jus à restituição imediata e preferencial dos valores recolhidos a maior em face do regime de substituição tributária.

Ora, vedar a restituição/compensação desses créditos de ICMS quando o fato gerador presumido não ocorre em sua plenitude, como pretendem alguns e corroborado pela infeliz decisão tomada pelo STF no julgamento da ADIn 1.851/AL (adiante analisada), além de ferir a sistemática do regime de substituição tributária, configura, na realidade, a fixação de pauta de valores

fiscais, já que determina como definitiva a base de cálculo presumida do ICMS-ST.

Isso porque, como vimos anteriormente, o intuito do regime de substituição tributária não é mecanismo para que o Estado possa arrecadar mais imposto do que o devido. É, sim, dar praticidade a ação fiscalizatória estatal, possibilitando que o ICMS devido até o consumidor final seja pago por apenas um contribuinte (substituído), fazendo com que o Estado possa arrecadar, antecipadamente, o imposto devido por todas as etapas da circulação econômica da mercadoria.

Para tanto, adota-se uma margem de lucro presumida, estipulada na legislação, para cada tipo de mercadoria. O intuito da fixação dessa margem de lucro presumida diferenciada para cada tipo de mercadoria é aproximar ao máximo o fato gerador presumido da operação final de circulação de mercadoria. Ou seja, é estabelecer uma correspondência entre o fato gerador ocorrido e o fato gerador presumido, em todos os seus aspectos, inclusive o aspecto material (valorativo).

Portanto, o regime de substituição tributária deve se restringir à atribuição da responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Ou seja, deve se restringir à atribuição a sujeito passivo de obrigação tributária, da condição de responsável pelo pagamento do imposto devido pelo fato gerador que irá ocorrer posteriormente, sem possibilitar ao Estado que, através do referido mecanismo, venha a arrecadar mais imposto do que o devido.

Ora, como asseverado por Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.¹, “*A substituição tributária é fenômeno de interesse exclusivo do Fisco porque tem mais segurança quanto ao pagamento do imposto*”, já que representa antecipação de pagamento do tributo, cuja cobrança final deve obedecer sempre ao fato gerador, base de cálculo e alíquota prevista na lei, em obediência ao princípio da legalidade tributária.

Assim, ainda que no regime de substituição tributária o ICMS tenha que ser calculado e recolhido antecipadamente, não se pode admitir o recolhimento do imposto em desconformidade com a real dimensão material (valorativa) do fato gerador ocorrido, devendo, portanto, ser admitida a restituição do imposto pago a maior nas hipóteses em que a venda final ocorrer por valor inferior ao presumido. Registre-se que a constitucionalidade do regime de substituição tributária está condicionada à correspondência entre o fato gerador ocorrido e o fato gerador presumido, em todos os seus aspectos.

Portanto, é totalmente equivocado o entendimento de que é incabível a recuperação do ICMS-ST quando operações posteriores forem realizadas concretamente por valores abaixo do valor da base de cálculo presumida. Essa linha de entendimento desnatura, por completo, a norma do referido parágrafo 7.º, do art. 150, da CF, que tem por essência assegurar a pronta restituição do tributo recolhido por antecipação e que, eventualmente, venha a mostrar-se indevido.

¹ JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. Op. Cit., 827.

Ademais, o direito à restituição do ICMS recolhido a maior no regime de Substituição Tributária decorre também dos princípios constitucionais da não-cumulatividade, da vedação ao confisco e do enriquecimento sem causa. Isso porque, como bem lembra Aroldo Gomes Mattos², *“não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares de ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões.”*

Em relação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto no art. 155, inciso II, § 2.º, inciso I, da Constituição da República³, na hipótese em que o imposto devido ordinariamente na fase final corresponder exatamente ao imposto normal e retido pago na fase inicial de circulação econômica, sua observância é inequívoca. Mas, caso venha o contribuinte substituído a vender a mercadoria por preço inferior ao que serviu de base de cálculo para a retenção, ao final do ciclo, a mercadoria terá sofrido uma carga tributária de ICMS superior ao que seria suportado numa situação normal de tributação, representando flagrante ofensa ao princípio da não-cumulatividade toda e qualquer negativa do Fisco estadual quanto à apropriação de créditos de ICMS decorrida da tributação a maior.

² MATTOS, Aroldo Gomes. *Restituição do ICMS Pago a Maior no Regime de Substituição Tributária e as Decisões da Suprema Corte*. Revista Dialética nº 66, São Paulo, 2001. p. 17-24, Apud Paulo Benevides, in *Técnica de Diferimento da Incidência do ICM*. – DCI 31-03-83.

³ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e circulações se iniciem no exterior.

§2º - O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte;

Destaca-se que o princípio da não-cumulatividade, insculpido no art. 155, inciso II, § 2.º, inciso I, da Constituição da República, informa de maneira primordial e soberana a sistemática de apuração e recolhimento do ICMS. Tal princípio tem por objetivo impedir a denominada tributação em cascata, assegurando aos contribuintes o direito de deduzir o montante do tributo já recolhido em etapas anteriores com aqueles devidos nas operações seguintes, de forma que o tributo incida efetivamente apenas sobre a parcela que agrega o preço da mercadoria ou de serviço, atingindo apenas o valor da operação final.

Nesse sentido, são as lições de Aroldo Gomes de Mattos⁴, que assevera que, *“se é cobrado por antecipação, pelo contribuinte substituído imposto a maior do que o devido na operação final, dar-se-á inexoravelmente a cumulatividade, salvo, é claro, se houver a restituição do respectivo excesso”*.

Além disso, a impossibilidade de restituição dos valores de ICMS recolhidos a maior em face do regime de substituição tributária, ocasionando tributação do ICMS não apenas sobre a operação realizada, mas também sobre o próprio capital do contribuinte, ofende o inciso IV, do artigo 150, da Constituição Federal⁵, pois nada mais é que um confisco camuflado, proporcionando o enriquecimento sem causa do Ente tributante.

I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.”

⁴ MATTOS, Aroldo Gomes. Op. Cit., p. 20.

⁵ “Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados e aos Municípios : (...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”

A negativa à restituição dos créditos de ICMS quando a venda final da mercadoria se dá por valor inferior ao presumido, enseja verdadeiro confisco por parte do Estado (o qual consiste na expropriação da propriedade privada pelo Poder Público, sem a correspondente indenização), já que não permite o contribuinte substituído o ressarcimento do montante do imposto pago a maior, por substituição tributária, por ocasião da aquisição da mercadoria.

Isso porque, se a fixação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária é feita sem levar em consideração as flutuações dos preços decorrentes de regras empresariais de competitividade e vantagem econômica, o contribuinte substituído acaba por recolher, via retenção, valor do ICMS a maior que o efetivamente devido quando a margem presumida utilizada é maior do que o preço efetivo de venda praticado.

Ora, como bem observa Ives Gandra da Silva Martins⁶, não é fácil definir o que seja confisco, podendo-se afirmar que o mesmo restará caracterizado sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver, que pressupõe ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos maiores que estas necessidades para reinvestir ou se desenvolver.

Todavia, a negativa ao direito de restituição do ICMS-ST recolhido a maior acaba por fazer com que uma parcela do próprio patrimônio do contribuinte seja expropriada, sem a correspondente indenização pela Fazenda

Pública. De fato, nesses casos em que o valor final da venda é inferior ao presumido, simplesmente não há qualquer exteriorização de riqueza apta a ensejar a tributação da parcela dessa diferença pelo ICMS, incidindo tal tributo diretamente sobre o “caixa” da empresa, e não sobre um valor representativo da operação de venda (circulação jurídica de mercadorias), tolhendo-lhe paulatinamente a sua capacidade de desenvolvimento e geração de riquezas.

Vale dizer, nesses casos, o contribuinte substituído acaba por suportar encargo financeiro maior que o devido, em razão da diferenças entre a base de cálculo presumida utilizada para retenção do ICMS de substituição tributária (ICMS/ST) na entrada de mercadorias e o valor real da operação de venda dessas mercadorias, o que é expressamente vedado pelo princípio do enriquecimento sem causa, que veda ao Estado se locupletar ilicitamente e sem causa jurídica a custas dos outros.

No sentido de que a hipótese em apreço viola os princípios da não-cumulatividade, da vedação ao confisco e do enriquecimento ilícito, manifestou-se o Professor Sacha Calmon de Navarro Coelho⁷:

“O princípio constitucional é cogente. A simples adoção de técnica arrecadatória simplificada, a substituição tributária, não autoriza a conclusão que o ICMS se torna em outro imposto, e o que é pior, monofásico.

O substituto, portanto, não pode jamais pagar pelo substituído um ICMS maior que o real, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado e ferimento do princípio do não-confisco; demais, disso, em contrariedade com a própria lógica da substituição, ficará pessoalmente responsável pela diferença a maior.

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988, Saraiva, 1998, págs. 125/126.

⁷ COELHO, Sacha Calmon de Navarro, *Temas de Direito Tributário*, Del Rey, págs. 80/81

Sabido que o ICMS é plurifásico e dominado pelo princípio da não cumulatividade, importa dizer agora que o imposto final cobrado deve ser – tem que ser – igual ao montante decorrente da aplicação da alíquota interna sobre o valor real da última operação de circulação, ou seja, aquela destinada ao consumidor final. Somando-se as incidências ocorridas em todas as etapas do processo de circulação, não poderá o resultado exceder o valor final, sob pena de quebra do princípio da não-cumulatividade.

(...)

O valor real da operação é a regra de ouro a comandar a base de cálculo do ICMS, que é um imposto de mercado, e não um imposto de preços administrados”. – destaque não constante do texto original.

Além dos princípios constitucionais acima elencados, Aroldo Gomes de Mattos⁸, assevera, ainda, que o direito do contribuinte substituído à imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, na hipótese de não se realizar parcialmente o fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do seu pagamento, ofende também aos princípios constitucionais da moralidade pública e da isonomia.

Para o referido autor, a violação ao princípio da moralidade pública estaria caracterizada na cobrança de tributos mediante a instituição de estratégias que impedem ou obstaculizam sua restituição, ao passo que a ofensa ao princípio da isonomia restaria configurada no tratamento desigual entre contribuintes que se encontram na mesma situação econômica, obrigando somente aqueles que foram enquadrados no referido regime a sofrer uma carga a maior do que os demais, caso não se efetive a restituição do excesso cobrado.

⁸ MATTOS, Aroldo Gomes. Op.cit., p. 21.

Veja-se que a tese ora defendida, de que o direito à restituição do ICMS também se estende aos casos em que o fato gerador presumido se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto, é amplamente acolhida no seio doutrinário, conforme se depreende das lições de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.⁹ e Roque Antonio Carraza¹⁰, respectivamente. *In verbis*:

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.:

“Existe flagrante antinomia entre a norma do §7º do art. 150 da CF e a do art. 10 da LC nº87/96. Em primeiro lugar, porque o sistema preconizado no art. 10 da LC nº 87/96 não assegura “a imediata e preferencial restituição da quantia paga”, como consta da norma constitucional. Em segundo lugar, o art. 10 da LC nº 87/96 não podia, legitimamente, condicionar a restituição apenas à hipótese de não se realizar o fato gerador presumido, porque devia também prever a restituição parcial quando o fato gerador ocorrer mas o preço de revenda por inferior ao valor que serviu de base de cálculo para pagamento do ICMS, que é também presumido. Caso contrário, o contribuinte substituído vai arcar com o pagamento de tributo indevido, com o enriquecimento sem causa da Fazenda, embora parcial. O próprio CTN, em seu art. 165, veda o enriquecimento sem causa, total ou parcial, do Fisco.” – grifos não constantes do texto original.

Roque Antonio Carraza:

“Sendo válida a Emenda 3, indubitável é o direito do contribuinte substituído à imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente, na hipótese de não se realizar o fato gerador cujo acontecimento era presumido na ocasião do pagamento antecipado.

Para ser válida a lei estadual instituidora da cobrança antecipada, com fundamento no §7º, do art. 150, da Constituição Federal, e na lei complementar que sobre a matéria disponha, é indispensável que regule a restituição imediata e preferencial do imposto nos casos em que o fato gerador presumido não se efetive. No todo ou em parte. Sem tal regulação não existirá a garantia que o referido dispositivo da Constituição diz ser assegurada.” – grifos não constantes do texto original.

⁹ JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. Op. Cit., p. 828-829.

¹⁰ CARRAZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 32-254.

Ante todo o exposto, conclui-se que é direito dos contribuintes verem-se restituídos do ICMS nos casos em que o fato gerador presumido não se concretiza ou se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto no regime de substituição tributária, face à melhor exegese extraída do disposto no art. 150, § 7º, da CF/88, analisado em conjunto aos princípios da não-cumulatividade, da vedação ao confisco e do enriquecimento sem causa do Estado.

III.2 – A SURPREENDENTE DECISÃO DO STF (ADIN Nº 1.851/AL)

Como é do conhecimento geral, a Confederação Nacional do Comércio – CNC promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade (distribuída sob o nº 1.851/AL), tendo como objeto a decretação da inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97¹¹ e dos dispositivos correspondentes do decreto do Estado de Alagoas, que vedavam a restituição e a cobrança complementar do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto sob a modalidade de substituição tributária se realizasse com valor inferior ou superior àquele estabelecido como base de cálculo para a cobrança antecipada.

Como fundamento, alegou a autora, basicamente, (i) que a vedação ao direito de restituição do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, quando a venda de mercadorias se dá por valor inferior ao presumido pelo Estado, violaria o próprio disposto no art. 150, § 7º, da

¹¹ “Convênio: (...) Cláusula segunda - Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição

Constituição Federal, que prevê a restituição do ICMS não somente nos casos de não ocorrência fato gerador presumido, mas também na hipótese de sua concretização por preço inferior ao presumido; e (ii) que a utilização da sistemática da substituição tributária deve ser neutra relativamente ao arquétipo legal do imposto, não sendo possível que da sua utilização resulte na arrecadação de imposto em valor maior do que o devido, dissociada da real base de cálculo do imposto (valor de venda da mercadoria).

Todavia, é bom lembrar que, antes do julgamento final da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de votos, concedeu medida cautelar para suspender a vigência da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97. Veja-se o teor da ementa do aludido julgado, proferido com base no voto do Ministro Ilmar Galvão, cujos principais trechos, transcritos em estudo de Hugo de Brito Machado¹² e Marcio Calvet Neves¹³, destacamos abaixo:

Ementa:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO ICMS Nº 13/97, DE 21.03.97, E PARÁGRAFOS 6º E 7º DO ARTIGO 498 DO DECRETO Nº 35.245/91, COM A REDAÇÃO DO ARTIGO 1º DO DECRETO Nº 37.406/98, DO ESTADO DE ALAGOAS. PRETENDIDA AFRONTA AO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO. REGULAMENTO ESTADUAL QUE ESTARIA, AINDA, EM CHOQUE COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE PETIÇÃO E DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Plausibilidade da alegação de ofensa, pelo

tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.”

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *O Supremo Tribunal Federal e a Substituição Tributária no ICMS*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 87. São Paulo: Dialética, 2002. p. 64.

¹³ NEVES, Márcio Calvet. *Inconstitucionalidade da exigência do Complemento do ICMS Recolhido Antecipadamente por Substituição Tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 63. São Paulo: Dialética, 2000. p. 139.

primeiro dispositivo impugnado, à norma do parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal, o mesmo efeito não se verificando relativamente aos dispositivos do Regulamento alagoano, que se limitaram a instituir benefício fiscal condicionado, que o STF não pode transformar em incondicionado, como pretendido pelo Autor, sob pena de agir indevidamente como legislador positivo. Cautelar deferida apenas em parte.”

(ADI 1851 MC/AL, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 03/09/1998, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 23-10-1998 PP-00002, EMENT VOL-01928-01 PP-00064)

Trechos do voto do Ministro Ilmar Galvão:

“Salta aos olhos que o Confaz conferiu interpretação literal ao texto da norma do § 7º, do art. 150 da CF, ao prever a restituição do imposto pago tão-somente na hipótese de incorrência da operação subsequente, ou quando for esta realizada sob regime de isenção, dispensando-a nas hipóteses, supostamente mais freqüentes, de operações posteriores por valores abaixo ou acima do valor da base de cálculo presumida.

Ao fazê-lo, é fora de dúvida que desnaturou, por completo, a norma do referido § 7º, que tem por essência assegurar a pronta restituição do tributo recolhido por antecipação e que, eventualmente, venha a mostrar-se indevido, o que, obviamente, ocorre não apenas na hipótese da cláusula primeira, mas também da cláusula segunda que, por isso, não pode subsistir”

De fato, não se poderia esperar outro resultado do julgamento da aludida medida cautelar, na medida em que não se pode considerar como definitiva a base de cálculo presumida do ICMS, fixada para fins de implementação do regime de substituição tributária, já que os valores recolhidos pelo substituto representam mera antecipação de pagamento do tributo devido pelo substituído, cuja cobrança final deve obedecer sempre ao fato gerador, base de cálculo e alíquota prevista na lei, em obediência ao princípio da legalidade tributária.

Todavia, apesar do Plenário do STF ter concedido a aludida medida cautelar, posteriormente, quando do julgamento final da Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 1.851/AL, surpreendentemente, por maioria de votos, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente o pedido formulado na inicial e declarou a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13, de 21 de março de 1997. O aludido acórdão encontra-se assim ementado:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. 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, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.”

(ADI 1851/AL – ALAGOAS, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 08/05/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 22-11-2002 PP-00055, EMENT VOL-02092-01 PP-00139, REPUBLICAÇÃO: DJ 13-12-2002 PP-00060)

Como se vê, o Plenário do STF, no julgamento ao final da ADIn nº 1.851/AL, acabou por conhecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no que diz respeito à Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13, de 21 de março de 1997, e rejeitá-la neste particular, para afirmar a constitucionalidade da referida norma, que vedava o contribuinte de ver-se restituído dos valores recolhidos a maior em face do regime de substituição tributária, no caso em que a operação final ocorresse por valor menor que o que serviu de base para a retenção do imposto.

Como bem destacado por Hugo de Brito Machado¹⁴ em estudo sobre o tema, o aludido acórdão assenta-se primordialmente nos fundamentos colacionados pelo ilustre Ministro Relator Ilmar Galvão, os quais abordam duas questões distintas, a saber: (i) a questão da substituição tributária dita progressiva, e (ii) saber se, admitindo-se a validade jurídica do regime de substituição tributária, seria válida a transformação do ICMS em tributo monofásico, com base de cálculo definitiva fixada com base em presunção.

Considerando, porém, que quase todos os argumentos trazidos à baila pelo ilustre Ministro Relator em seu voto dizem respeito à constitucionalidade do regime de substituição tributária “para frente”, tentando justificá-la em nome da praticidade da arrecadação e do combate à sonegação fiscal, e que o objeto e nosso trabalho não é a sua análise, partindo-se da premissa de que a

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Op. Cit., p. 74.

referida técnica de tributação é válida, analisaremos, a seguir, apenas os argumentos relativos à segunda matéria (direito à restituição da diferença de ICMS quando o preço final é menor que aquele que serviu para a fixação da base de cálculo no regime de substituição tributária).

Valendo-nos novamente do estudo e magistério de Hugo de Brito Machado¹⁵, podemos afirmar que os argumentos utilizados pelo i. Ministro para afirmar a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/1997, são, basicamente, os seguintes:

- Que a referida técnica de tributação só eventualmente ocasionaria excessos de tributação aos contribuintes, pois, *“na prática, somente são submetidos produtos com preço de revenda final previamente fixado pelo fabricante ou importador, como é o caso dos veículos, cigarros; ou tabelados pelo Governo, como acontecia até recentemente com os combustíveis; e como acontece com a energia elétrica”*;
- Que o fato gerador presumido não constituiria óbice à exigência antecipada do tributo, na medida em que (i) instituído pela própria Constituição Federal e regulado por lei complementar, tendo o legislador prefixado não só uma base de cálculo cuja estimativa se aproxima ao máximo à realidade, como também o aspecto temporal do fato gerador (que passou a ser a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto), em conformidade com o disposto no art. 114, do CTN; e (ii) a visão tradicional de que a existência da tributação está centralizada na obrigação e que esta não existe enquanto não

ocorrido o fato gerador, desconsidera o fato de as normas jurídicas serem produto de atos de vontade, válidos desde que não contrariem a Constituição;

- Que o regime de substituição tributária é decorrente de opção legislativa, que elegeu como tributável uma fase preliminar da exteriorização de um elemento da materialidade da competência tributária prevista, que legitima o recolhimento do imposto, não havendo arbitrariedade em tal procedimento, pois o evento presumido já apresenta elementos de certeza de seu acontecimento futuro. Afirma, ainda, que estando o fato gerador e a base de cálculo prevista em lei, o ICMS recolhido de forma antecipada não se revestiria do caráter de provisoriedade, sendo o seu valor recolhido definitivo.
- Que o reconhecimento do direito à restituição do imposto pago a maior também nas hipóteses em que a venda final venha a ocorrer por valor inferior ao presumido, inviabilizaria o próprio instituto da substituição tributária “para frente”, pois importaria no retorno ao regime de apuração mensal do tributo, através do confronto entre débitos e créditos.

Como dissemos inicialmente, porém, a referida decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.851/AL, decidiu a matéria em apreço neste

¹⁵ Ibid. p. 74.

trabalho em uma interpretação restritiva do disposto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

Assim, valendo-nos da palavra de Hugo de Brito Machado¹⁶, mencionando lição do antigo Ministro Carlos Velloso, que destaca que “(...) *o Supremo Tribunal Federal, exatamente por ser a última instância, precisa da crítica da comunidade às suas decisões (...)*”, procuraremos tecer os pertinentes comentários e críticas ao aludido *decisum*, demonstrando a inconsistência dos fundamentos em que assentado o voto do i. Ministro Relator Ilmar Galvão, que restringiu a restituição do ICMS somente aos casos de não realização total do fato gerador presumido, sobretudo em razão da matéria objeto deste estudo encontrar-se novamente afetada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento das ADIn’s nºs 2.675 e 2.777.

III.2.A – CRÍTICAS À DECISÃO DO STF

No que tange ao primeiro argumento em se assenta o voto do i. Ministro relator da ADIn 1.851/AL, de que a referida técnica de tributação só eventualmente ocasionaria excessos de tributação aos contribuintes, pois, “*na prática, somente são submetidos produtos com preço de revenda final previamente fixados pelo fabricante ou importador (...)*”, o mesmo simplesmente não se sustenta, sendo absolutamente inconsistente.

Isso porque, a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/1997, que vedava a restituição e a cobrança complementar do ICMS quando a operação

¹⁶ Ibid. p. 73.

subseqüente à cobrança do imposto sob a modalidade de substituição tributária se realizasse com valor inferior ou superior àquele estabelecido como base de cálculo para a cobrança antecipada, era abrangente a todas as situações nas quais ocorra a cobrança antecipada, tenham ou não as mercadorias valores pré-fixados pelo fabricante ou importador.

De fato, a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/1997, diz expressamente que *“não caberá a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subseqüente à cobrança do imposto sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87/96”*. Não restringe, em nenhum momento, a cobrança antecipada do ICMS-ST àquelas hipóteses de mercadorias com preço máximo fixado pelo fabricante, ou, ainda, autoridade competente.

Ademais, é assente que diversas mercadorias hoje em dia estão subjugadas ao regime especial de substituição tributária, não tendo preço máximo fixado pela autoridade competente, o que faz com que a sua base de cálculo do imposto seja o valor da operação acrescido dos valores de seguro e frete cobrados ou transferidos ao adquirente, mais a margem de lucro presumida, estipulada na legislação, para cada tipo de mercadoria.

Fato é que cada dia mais mercadorias e produtos estão sob a égide do regime de substituição tributária, independentemente de terem seus valores fixados pelo fabricante ou pela autoridade administrativa. Tal fato faz com que a mencionada margem de lucro seja, diversas vezes, estimada em

desconformidade com a realidade do mercado, podendo ser muito superior à adotada pelos substituídos quando realizada a venda das mercadorias, o que torna inverídica a assertiva do i. Ministro relator de que os excessos de tributação seriam apenas “eventuais”.

A título de exemplificação, pode-se citar, por exemplo, o caso das fraudas e dos CD's, discos e fitas virgens ou gravadas no Estado do Rio de Janeiro, que apesar de não terem preço máximo fixado pela autoridade competente, estão subjugadas ao regime especial de substituição tributária, com as respectivas margens de valor agregado até pouco tempo fixadas em 53,30% e 25%. Portanto, o primeiro argumento utilizado pelo i. Ministro relator simplesmente não se sustenta.

Igualmente ocorre em relação ao segundo argumento aventado pelo i. Ministro Relator, de que o fato gerador presumido não constituiria óbice à exigência antecipada do tributo. Isso porque, no que pertine à base de cálculo, diferentemente do alegado pelo Ministro Ilmar Galvão, nos casos em que a mercadoria tenha preço final sugerido, o legislador complementar referiu-se apenas à possibilidade de adoção, pela lei estadual, do preço final sugerido pelo importador ou fabricante; e nos casos em que a mercadoria não tenha preço final sugerido (seguramente as mais freqüentes), disse que a base de cálculo seria o preço praticado na venda pelo substituto ao substituído acrescido de despesas a cargo deste e de margem de valor agregado, inclusive lucro, relativamente às operações subseqüentes.

É neste ponto, é que se pode verificar a maior fragilidade da tese aventada pelo i. Ministro Relator do STF. Ora, não obstante a margem de lucro presumida para cada tipo de mercadoria ser estipulada pela legislação (atualmente, com certos padrões limitadores, *ex vi* do art. 8º, §4º, LC 87/96, com o fito de se aproximar ao máximo da operação final de circulação de mercadoria - fato gerador presumido), fato é que a margem de lucro de qualquer atividade é variável de acordo com as leis de mercado (demanda, oferta, etc.) e outros fatores inerentes à atividade comercial.

Com efeito, muitas vezes as margens de lucro presumidas pelo Estado não condizem com os preços praticados nas operações de circulação de mercadorias, os quais se encontram sujeitos às regras de mercado e à conjuntura econômica como um todo, que, por sua própria natureza oscilam com frequência, influenciando decisivamente nos preços a serem atingidos pelo produto final (venda final ao consumidor).

Assim é que, deixadas de lado as indagações acerca da constitucionalidade do regime de substituição tributária “para frente”, até se poderia aceitar a legitimidade dos recolhimentos realizados pelos contribuintes nas operações sujeitas a tal regime, desde que, contudo, os citados recolhimentos sejam entendidos como meras e simples antecipações do imposto devido ao final, e jamais como imposto definitivo não sujeito à adequação após a correta mensuração de sua base impositiva.

Até porque, a tese aventada pelo i. Ministro Ilmar Galvão acaba, na realidade, por fazer ressurgir a antiga e malsinada pauta de valores fiscais, há

muito repelida do ordenamento jurídico pátrio pelo Eg. STF e STJ, já que impede a necessária adequação da base de cálculo pré-fixada a real dimensão material (valorativa) do fato gerador efetivamente ocorrido, determinando como definitiva a base de cálculo presumida do ICMS-ST.

Veja-se, a título de exemplificação, as seguintes ementas de julgados oriundos do STF e STJ, que demonstram o sólido entendimento que se formou no âmbito dos aludidos tribunais, no sentido da inadmissibilidade das pautas fiscais:

Supremo Tribunal Federal:

“ICM. PAUTA FISCAL. A base de calculo do ICM é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria (art. 2, I, do Dec.-Lei 406, de 1968). Não é lícito ao legislador estadual inovar quanto a esse aspecto (art. 18, par 1, da EC 1, de 1969). A predeterminação de valor para as operações pode contrariar essa disposição, implicando, por outro lado, em majoração do imposto (art. 97, par 1, do CTN). Aplicação do art. 148 do CTN. A pauta fiscal só se legitima quando, em processo regular, não ficar demonstrado o valor real da operação de que decorrer a saída da mercadoria. recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE 88307, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Julgamento: 15/12/1978, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 23-02-1979, PP-01224, RTJ VOL-00088-03 PP-01053)

“IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. PAUTA FISCAL. Só se legitima quando, em processo regular, não ficar demonstrado o valor real da operação de que decorrer a saída da mercadoria. Recurso extraordinário conhecido e provido, concedendo-se a segurança, nos termos do pedido inicial.”

(RE 92679/ES, Relator: Min. Leita De Abreu, Julgamento: 10/10/1980, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 14-11-1980, PP-09493, EMENT VOL-01192-02, PP-00633, RTJ VOL-00096-01, PP-00884)

Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO - ICMS - COBRANÇA POR MEIO DE PAUTA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que é inviável a cobrança do ICMS com base em pauta fiscal.

2. Recurso especial não provido.”

REsp 1041216 / AM, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 20/11/2008, DJe 17/12/2008)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. BASE DE CÁLCULO. PAUTA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É inadmissível a fixação da base de cálculo de ICMS com supedâneo em pautas de preços ou valores, as chamadas pautas fiscais, as quais se baseiam em valores fixados prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo, consoante entendimento pacífico desta Corte. Precedentes: RMS n. 18.634/MT, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 20.09.2007; EDcl no RMS n. 16.810/PA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04.06.2007; RMS n. 23.502/SE, desta Relatoria, Primeira Turma, DJ de 19.04.2007; RMS n. 19.026/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 06.03.2006.

2. Recurso provido.”

(RMS 25605 / SE, Relator: Ministro José Delgado, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento: 22/04/2008, DJe 21/05/2008, RDDT vol. 155 p. 145)

No que tange ao fato gerador do tributo, diferentemente do alegado pelo Ministro Ilmar Galvão, a Constituição Federal não instituiu o aspecto temporal do fato gerador como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto. O § 7º, do art. 150, da CF/88, apenas possibilita a atribuição da responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, na condição de responsável pelo pagamento do imposto devido pelo fato gerador que irá ocorrer posteriormente.

Vale dizer, o regime de substituição tributária “para frente”, constitucionalizado pelo §7º, do art. 150, da CF/88, não se trata de opção conferida ao legislador *“para definir como fato gerador da obrigação tributária esta ou aquela etapa da circulação de mercadorias, mas de autorização ao legislador para responsabilizar sujeito passivo de obrigação tributária situada em uma etapa da circulação, pelo pagamento do imposto relativo a etapas futuras.”*.¹⁷

Portanto, não obstante ser lícito ao legislador, no regime de substituição tributária “para frente”, atribuir a terceira pessoa a responsabilidade pelo pagamento de imposto devido pelo fato gerador que irá ocorrer posteriormente, não pode haver uma dissonância entre o fato gerador ocorrido e o fato gerador presumido. Tal hipótese não encontra respaldo no preceito constitucional, e, tampouco, no disposto no art. 114, do CTN.

Como já se disse nesse trabalho, com o advento da Emenda Constitucional nº 03/93, introduzindo o §7º ao art. 150, da CF/88, apenas restou possibilitado ao Estado antecipar a cobrança do tributo que seria devido ao final, após as diversas etapas de circulação econômica do bem. Não possibilitou ao Estado arrecadar mais imposto do que o devido, cobrando ICMS sobre valores que seguramente não condizem com o real aspecto valorativo do negócio jurídico. Ora, se não for assegurada a devolução dos valores pagos a maior, estar-se-á a criar imposto novo, com base de cálculo estranha aquela prevista para incidência do ICMS.

E tais considerações se aplicam igualmente ao terceiro argumento utilizado pelo Ministro Ilmar Galvão, de que o regime de substituição tributária

seria decorrente de opção legislativa, não havendo arbitrariedade em eleger como tributável uma fase preliminar da exteriorização de um elemento da materialidade da competência tributária, pois o evento presumido já apresenta elementos de certeza de seu acontecimento futuro.

De fato, admitindo-se o regime de substituição tributária “para frente” como legítimo, não há qualquer inconstitucionalidade na lei que define o fato gerador da obrigação tributária como sendo o momento da circulação jurídica da mercadoria (venda) entre o fabricante/importador e o revendedor. A inconstitucionalidade desponta apenas quando se quer ter como definitivo esse fato gerador presumido, sob o frágil argumento de que a base de cálculo encontra-se prevista em lei.

Ora, essa técnica de arrecadação (substituição tributária) não pode gerar receita superior aquela que seria devida caso não houvesse a substituição. Caso contrário, estar-se-á diante de imposto novo, não previsto na Carta de 1988. Como se disse, o §7º, do art. 150, CF/88, restringiu-se a possibilitar a atribuição da responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação.

Por fim, sustenta o i. Ministro Ilmar Galvão, que o reconhecimento do direito à restituição do imposto pago a maior também nas hipóteses em que a venda final venha a ocorrer por valor inferior ao presumido, inviabilizaria o próprio instituto da substituição tributária “para frente”, pois importaria no

¹⁷ Ibid. p. 77.

retorno ao regime de apuração mensal do tributo, através do confronto entre débitos e créditos.

Todavia, novamente não lhe assiste razão. Valemo-nos, nesse particular, da lição de Hugo de Brito Machado, no sentido de que *“muitos argumentos do Ministro Ilmar Galvão prestam-se para justificar um reforma constitucional, na qual se adote um ICMS monofásico, incidente na operação de venda de mercadorias realizada pelo fabricante ou importador. Nenhum deles, porém, justifica seja o ICMS com o seu atual regime constitucional, cobrado em tais operações em caráter definitivo.”*

Ora, a questão da praticidade do sistema de substituição tributária “para frente”, tão difundida entre os representantes do erário público estadual, não pode, dentro do atual sistema constitucional brasileiro, sobrepor-se, com a fixação da base de cálculo em meras presunções e não em leis, a princípios e garantias maiores dos contribuintes encartados na Constituição Federal de 1988, como é o caso do princípio da legalidade tributária, da não-cumulatividade, da Vedação ao Confisco e do Enriquecimento Sem Causa.

A interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal vale-se, na verdade, de argumentos de ordem prática, e não de argumentos jurídicos, pois pretende a qualquer custo preservar o regime de substituição tributária, que simplesmente não se amolda ao arquétipo constitucional do ICMS, que tem como características inerentes a incidência plurifásica e, por isso mesmo, a não-cumulatividade, e não a incidência monofásica na produção ou importação.

III.2.B – AS CONSEQÜÊNCIAS ADVINDAS DA DECISÃO DO STF

Como consequência da aludida decisão tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.851/AL, pode-se afirmar que o Eg. Supremo Tribunal Federal acabou por legitimar juridicamente, ao arrepio do princípio da legalidade tributária, a instituição de um Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços – ICMS de incidência monofásica para determinadas mercadorias que estejam sujeitas ao regime de substituição tributária, cobrado com base em valores arbitrados pela administração fazendária, e convivendo com um “outro” imposto de incidência plurifásica e não-cumulativa, para o qual ficam mantidos os inconvenientes de um sistema extremamente burocratizado e de difícil administração.

Ou seja, resultou da decisão do Eg. STF a trágica mistura de um imposto naturalmente plurifásico e não-cumulativo, por isso mesmo complicado e de difícil administração, com um imposto monofásico na produção ou importação, cuja base de cálculo é arbitrada através da adoção de uma margem de lucro presumida, que na maior parte das vezes implica em ônus fiscal maior que aquele que seria devido através da apuração ordinária do ICMS, pelo regime de créditos e débitos.

Ora, não se pode querer solucionar um problema inerente ao ICMS desde a instituição de seu regime jurídico da não-cumulatividade, que é a sua difícil administração, através da criação de um imposto novo, com base de cálculo e fato gerador presumido, totalmente dissociado de qualquer elemento material de sua hipótese de incidência constitucionalmente prevista, vedando-

se o direito à restituição das parcelas inevitavelmente recolhidas a maior pelos contribuintes.

Ademais, a transformação, pelo Supremo Tribunal Federal, do valor recolhido pelo contribuinte substituto a título de antecipação do ICMS no regime de substituição tributária, em tributação definitiva, irremediavelmente acarretará em um aumento das pressões e atritos entre contribuintes e autoridades fazendárias, estes buscando elevar as bases de incidência presumidas desse imposto, e aqueles, reduzi-las, já que eventuais diferenças entre a base de cálculo presumida utilizada para retenção do ICMS de substituição tributária (ICMS/ST) na entrada de mercadorias e o valor real da operação de venda dessas mercadorias não estará sujeita à restituição e/ou cobrança complementar pelo fisco.

Cite-se, a título de exemplificação, as recentes modificações introduzidas pela Lei estadual de São Paulo nº 13.291, de 22/12/08, especificamente no que se refere ao § 3º, inserto ao art. 66-B, da Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/89, que ao mesmo tempo em que manteve a obrigatoriedade de pagamento de ICMS complementar na hipótese de operação de venda de mercadorias por valor superior que o da base de cálculo de retenção, restringiu o direito dos contribuintes à restituição do ICMS-ST no caso de venda a consumo final por preço inferior ao que serviu de base para a retenção.

Ou seja, não obstante a legislação do Estado de São Paulo tenha sido modificada para não mais permitir a restituição do ICMS na hipótese de a base

de cálculo para retenção ter sido fixada mediante aplicação de margem de valor agregado, permaneceu em vigor o dispositivo que prevê a obrigatoriedade de pagamento de ICMS complementar na hipótese de operação de venda de mercadorias por valor superior que o da base de cálculo de retenção (art. 265, do RICMS/SP). Totalmente absurdo.

Até porque, como nos brinda Hugo de Brito Machado¹⁸ com o histórico e o início da instituição do regime de substituição tributária “para frente”, a própria cobrança antecipada do ICMS foi sugestão aventada por empresários da indústria de panificação, e do comércio de bebidas, insatisfeitos com o que consideravam concorrência desleal, razão pela qual sugeriram a cobrança antecipada desse imposto, na venda da farinha de trigo pelo moinho, e de cervejas e refrigerantes pelas fábricas ou distribuidores desses produtos.

Todavia, como bem ressaltado à época pelo insigne tributarista, a questão não devia ser tratada com uma visão imediatista, pois estava em jogo a própria preservação do princípio segundo o qual o imposto só deve ser cobrado depois de ocorrida a realidade econômica que lhe serve de suporte. Assim é que, apesar de defendida por contribuintes de diferentes setores, a margem de valor agregado para a cobrança antecipada do imposto (que à época em que defendida pelos referidos setores da economia era fixada em apenas 40%), foi aos poucos sendo elevada, e, atualmente, relata o i. tributarista, já é superior a 200%.

¹⁸ Ibid. p. 54.

CAPÍTULO IV

IV.1 - O PANORAMA ATUAL: A REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA NO PLENÁRIO DO STF

A despeito da decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.851/AL, que julgou constitucional a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97, ainda não se pode afirmar que a matéria em questão já estaria pacificada em sentido contrário à tese defendida pelos contribuintes e pela maior parte dos tributaristas, no sentido de que a compensação do ICMS somente seria possível nos casos de não realização do fato gerador presumido.

Isto porque, em 27.11.2003, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.675 e 2.777, propostas, respectivamente, pelos Srs. Governadores dos Estados de Pernambuco e São Paulo, em face das respectivas leis estaduais que prevêm (ou previam) a restituição do ICMS pago a maior, nos casos de substituição tributária, quando a base de cálculo definitiva for inferior à base de cálculo presumida.

Os Ministros Relatores das ADINs nºs 2.675 e 2.777, respectivamente, Ministro Carlos Velloso e Ministro Cezar Peluso, proferiram seus votos, ambos reconhecendo o direito do contribuinte à devolução do ICMS pago a maior, nos casos de substituição tributária, quando a base de cálculo definitiva for inferior à base de cálculo presumida.

No momento, o julgamento das aludidas ADIn's encontra-se suspenso para que seja proferido voto de desempate pelo Exmo. Ministro Carlos Ayres Britto, visto que cinco ministros (Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie) já se manifestaram contrariamente a tese dos contribuintes, e cinco ministros (Carlos Velloso, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello) já votaram favoravelmente a tese ora defendida, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade das aludidas leis pernambucana e paulista.

No sentido da inconstitucionalidade da vedação ao direito ao ressarcimento do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária soma-se às razões já expostas acima, os argumentos apontados pelo Exmo. Ministro Peluso em seu voto, de que é incabível se interpretar o artigo 150, § 7º, da CF/88, como se admitisse a devolução do ICMS/ST apenas quando inócua o fato gerador, pois quem deve o mais, deve o menos. Ou seja, a restituição da diferença do ICMS/ST pago a maior em razão da realização da operação por valor inferior ao presumido é direito constitucionalmente assegurado do contribuinte.

Ademais, o Exmo. Ministro Peluso afirma em seu voto, de forma irrepreensível, que o regime de substituição tributária não pode criar imposto novo - o que ocorreria se os valores pagos a maior não fossem devolvidos. O Fisco não pode arrecadar mais ICMS do que arrecadaria caso não houvesse a substituição. Noutros termos, essa técnica de arrecadação (substituição tributária) não pode gerar receita superior, sob pena de confisco.

Mesmo que assim não fosse, registrou o Exmo. Ministro que a obrigação de restituir a diferença do ICMS se apóia na falta de competência dos Estados para tributar valor que exceda ao do fato gerador final do imposto, razão pela qual se faz necessária a recomposição patrimonial do excesso de cobrança.

Ora, é o fato gerador final que legitima a exigência antecipada do ICMS, por meio do regime de substituição tributária. Se não houver a correspondência entre o fato gerador final e o presumido, a substituição será inconstitucional. Assim, se o valor material do fato gerador definitivo for menor que o presumido, tem de haver a restituição àquele que suportou o encargo.

Portanto, considerando que o Pleno do STF, por unanimidade, admitiu o julgamento das ADIn's 2.777 e 2675, malgrado a decisão tomada na ADIN nº 1851-4/AL, embora com placar apertado, espera-se que o Pleno do Eg. Supremo Tribunal Federal, mais precisamente o Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito, reconheça em seu voto a ser proferido no julgamento das ADIn's nºs 2.675 e 2.777, a constitucionalidade dos dispositivos legais das respectivas leis estaduais, que asseguram (ou asseguravam) o inequívoco direito dos contribuintes a restituição dos valores de ICMS indevidamente recolhidos a maior em virtude do regime de substituição tributária, quando o fato gerador presumido se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto.

CONCLUSÃO

Em tempos de constantes transformações políticas e ideológicas e da alta complexidade das relações jurídicas, o papel do magistrado é difícil e árduo, pois a sociedade se transforma e o direito deve acompanhá-la. O Direito não pode ser um sistema fechado, mas deve estar aberto para tratar cada caso com a sua especialidade.

No caso vertente, como bem destacado por Aroldo Gomes de Mattos¹, tem o Supremo Tribunal Federal “*grande responsabilidade perante milhões de contribuintes substituídos (que serão atingidos diretamente) e de milhões de contribuintes finais (que o serão indiretamente)*”, pois, como visto acima, não obstante o Supremo Tribunal Federal já ter se pronunciado acerca do tema quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.851/AL, fato é que a referida matéria encontra-se novamente afetada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento das ADIn’s nºs 2.675 e 2.777, com cinco votos contrários a tese dos contribuintes, e cinco votos favoráveis a tese ora defendida.

Ora, não se pode olvidar que as inovações legislativas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 03, notadamente o § 7º ao art. 150, da CF/88, tiveram o intuito claro de conferir maior praticidade a ação fiscalizatória estatal, possibilitando que o ICMS devido até o consumidor final seja pago por apenas um contribuinte (substituído), com a condição de que os valores recolhidos indevidamente fossem restituídos de forma imediata e preferencial.

Diante do inegável sucesso e contumaz utilização do regime de substituição tributária “para frente”, o qual facilita enormemente a fiscalização do imposto e minimiza a sonegação fiscal, é que se buscou analisar neste trabalho se o contribuinte substituído teria ou não o direito à restituição do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária nas hipóteses em que o fato gerador ocorre por valor inferior ao presumido, visto serem estas as hipóteses mais freqüentes na prática das empresas em geral.

Amparado nas ponderações feitas nesta monografia, podemos deduzir que os argumentos trazidos à baila por aqueles que defendem a impossibilidade de restituição dos valores recolhidos a título de ICMS nessa hipótese, inclusive aqueles utilizados pelo ilustre Ministro Relator Ilmar Galvão em seu voto proferido no julgamento da ADIn nº 1.851-AL, são em sua essência argumentos extrajurídicos, negando o referido direito de restituição sob o frágil argumento de que o seu reconhecimento inviabilizaria o próprio instituto da substituição tributária “para frente”, pois importaria no retorno ao regime de apuração mensal do tributo, através do confronto entre débitos e créditos.

Ou seja, defendem a negativa de tal direito assegurado aos contribuintes em nome da praticidade da arrecadação e do combate à sonegação fiscal implementado pelo regime de substituição tributária “para frente”. Todavia, não podemos concordar com tais argumentos, admitindo que a praticidade do sistema de substituição tributária “para frente” venha a sobrepor-se a princípios

¹ MATTOS, Aroldo Gomes. *Restituição do ICMS Pago a Maior no Regime de Substituição Tributária e as Decisões da Suprema Corte*. Revista Dialética nº 66, São Paulo, 2001. p. 24.

e garantias maiores dos contribuintes encartados na Constituição Federal de 1988.

Se a constitucionalidade da substituição tributária está condicionada a correspondência entre o fato gerador ocorrido e o fato gerador presumido, e se os defensores da tese fazendária alegam que a dita dissonância é apenas esporádica e não costumeira (como sabemos que é), o dever de devolução de valores porventura recolhidos a maior, nessa mesma óptica de pensamento, também serão apenas esporádicos, o que nos força concluir que o reconhecimento do direito a dita restituição jamais conduziria à impraticabilidade do regime de substituição tributária, como aventado pelas Fazendas Públicas estaduais.

Vale dizer, se as margens de valor agregado utilizadas pelo Estado refletissem efetivamente o real valor da operação final de venda da mercadoria presumida, não haveria tantas discrepâncias entre o valor real e o presumido, e as restituições dessas diferenças jamais inviabilizariam o regime de substituição tributária “para frente”. Se os Estados alegam a impossibilidade da dita restituição com base no prejuízo que as mesmas causariam a tal sistemática de tributação, é porque rotineiramente fixam tais margens de valor agregado sabidamente em patamar dissonante da realidade dos preços praticados no mercado.

Ademais, deve-se ter em mente que os fins simplesmente não justificam os meios. Ora, não se pode querer solucionar um problema inerente ao ICMS desde a instituição de seu regime jurídico da não-cumulatividade, que é a sua

difícil administração, através da criação de um imposto novo, com base de cálculo e fato gerador presumido, totalmente dissociado de qualquer elemento material de sua hipótese de incidência constitucionalmente prevista, vedando-se o direito à restituição das parcelas inevitavelmente recolhidas a maior pelos contribuintes.

A interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal vale-se, na verdade, de argumentos de ordem prática, e não de argumentos jurídicos, pois pretende a qualquer custo preservar o regime de substituição tributária, que simplesmente não se amolda ao arquétipo constitucional do ICMS, que tem como características inerentes a incidência plurifásica e, por isso mesmo, a não-cumulatividade, e não a incidência monofásica na produção ou importação.

Conforme assevera Hugo de Brito Machado, e com o que concordamos:

“O regime de substituição tributária progressiva ou para frente, no ICMS, apenas serve para demonstrar a impraticabilidade da técnica da não-cumulatividade adotada desde a Emenda Constitucional nº 18/65 à Constituição de 1946, que tem gerado imensas dificuldades para a arrecadação do tributo e criado oportunidade para as práticas fraudulentas, em face das quais multiplicaram-se os instrumentos de controle, complicados, onerosos e de certa forma inúteis, como as restrições à impressão e utilização de notas fiscais que se transformaram em verdadeiros cheques em branco nas mãos dos contribuintes inescrupulosos, e as restrições muita vez arbitrárias à utilização de créditos, que terminam por sacrificar as poucas vantagens do princípio constitucional.”²

De fato, se a arrecadação e fiscalização do ICMS são de difícil administração por parte das autoridades administrativas fazendárias, o mesmo ocorre para os contribuintes. Apenas para se ter uma idéia do entrave que a sua

administração representa aos contribuintes, destacamos, abaixo, valiosa informação constante do Relatório Final do Senador Francisco Dornelles, apresentado à Subcomissão Temporária da Reforma Tributária (CAERT), destinada a avaliar a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional e o desempenho das administrações tributárias, e analisar a reforma tributária:

“A empresa modelo gastaria 2.600 horas por ano para apurar e pagar seus tributos, das quais 1.374 horas relativas aos tributos sobre consumo (basicamente, o ICMS estadual), 736 horas com os tributos sobre lucro e renda e 491 horas com tributos sobre salários. Isso coloca o País em último lugar entre os 177 países pesquisados. A diferença para outros países é tão gritante que se tal carga horária fosse cortada pela metade, o Brasil só melhoraria duas posições no ranking mundial, como revelado pelas figuras a seguir extraídas do relatório citado: (...)”- G.N.

Portanto, concordamos com o posicionamento de Hugo de Brito Machado quando assevera que as desvantagens de ordem prática da técnica da não-cumulatividade *“não justificam a substituição tributária para frente como foi implantada em nosso sistema, e ficou fortalecida com a Emenda Constitucional nº 3/93 à Constituição de 1988. Elas justificam, isto sim, a extinção do ICMS plurifásico não cumulativo e a implantação, em seu lugar, de um imposto monofásico, nas vendas a varejo ou prestação de serviço a consumidor final.”*

Com isso, acreditamos, ter-se-ia um imposto de fácil administração para ambas as partes, com base de cálculo e fato gerador previstos em lei, sem qualquer margem para o arbítrio. E, ainda, não se teria discussões quanto à tributação por fato gerador futuro, e a possibilidade de restituição de valores porventura recolhidos a maior em razão da antecipação do pagamento do imposto gerada pela presunção do aspecto valorativo de sua base de cálculo, o

² MACHADO, Hugo de Brito. Op. Cit., p. 79.

que certamente ofereceria a tão falada e desejada segurança jurídica, seja para o Fisco, seja para os contribuintes.

No entanto, enquanto a tão difundida reforma constitucional não vier a ser aprovada, com a reforma do modelo constitucional do ICMS na forma como se encontra atualmente, plurifásico e não cumulativo, não se pode permitir que preceitos fundamentais garantidos aos contribuintes sejam postos de lado, apenas para melhor conveniência fiscalizatória e arrecadatória, ainda que se entenda que o reconhecimento de tal direito à restituição venha a inviabilizar a praticidade do regime de substituição tributária “para frente”.

Afinal, agora coloca-se de lado direitos constitucionalmente assegurados aos contribuintes por uma questão de praticidade do sistema de substituição tributária “para frente”. Depois, e a história recente acerca dos avanços tributários no Brasil não nos desmente, outros direitos assegurados são afastados ou sobrepostos por razões nem tão legítimas assim, valendo-se, inclusive, por mais absurdo que nos pareça nesse momento, do próprio precedente jurisprudencial aplaudido por muitos à época de sua prolação.

Não devemos nos deixar ludibriar. A questão de se saber se o referido direito à preferencial e imediata restituição do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária, previsto no art. 150, § 7º, da CF/88, também se estende aos contribuintes substituídos nos casos em que o fato gerador se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto, deve ser pautada por argumentos jurídicos, e não por questões de conveniência do erário.

E os argumentos jurídicos, como visto largamente acima, apontam no sentido de ser direito do contribuinte substituído ver-se restituído do ICMS recolhidos no regime de substituição tributária, seja nos casos em que o fato gerador presumido não se concretiza, seja nos casos em que se concretiza por preço inferior ao presumido para a retenção do imposto.

Portanto, tendo em vista a impossibilidade de querer se justificar os meios através de seus fins, e considerando a melhor exegese do disposto no art. 150, § 7º, da CF/88, analisado em conjunto aos princípios da não-cumulatividade (art. 155, inciso II, § 2.º, inciso I, da CF/88), da vedação ao confisco (art. 150, IV, CF/88) e da proibição do enriquecimento sem causa do Estado, conclui-se pelo inequívoco o direito do contribuinte substituído à imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, na hipótese de não se realizar, total ou parcialmente, o fato gerador cujo acontecimento futuro era presumido na ocasião do seu pagamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 343-364.
2. JR., Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 20^a Ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007. p. 789-850.
3. CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 6^o ed., revista e ampliada, de acordo com a Lei Complementar 87/96. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32-254.
4. MACHADO, Hugo de Brito. *O Supremo Tribunal Federal e a Substituição Tributária no ICMS*. Revista Dialética de Direito Tributário n^o 87. São Paulo: Dialética, 2002. p. 55-80.
5. GUSMÃO, Cláudia Regina. *ICMS – Substituição Tributária – Restituição de Quantias Pagas (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)*. Revista Dialética de Direito Tributário n^o 19. São Paulo: Dialética, 1997. p. 97-103.
6. ROCHA, João Luiz Coelho da. *ICMS – a Restituição Imediata do Valor Recolhido a mais na Substituição Tributária “pra frente”*. Revista Dialética n^o 64, São Paulo, 2001. p. 99-104.
7. MATTOS, Aroldo Gomes. *Restituição do ICMS Pago a Maior no Regime de Substituição Tributária e as Decisões da Suprema Corte*. Revista Dialética n^o 66, São Paulo, 2001. p. 17-24.
8. TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *O Direito à Restituição do ICMS Pago a Maior no Regime de Substituição Tributária*. Revista Dialética n^o 66, São Paulo, 2001. p. 45-52.

9. MELO, Angelo Braga Netto Rodrigues de. *ICMS: da Impossibilidade de Restituição/Complementação Originada da Diferença entre o Preço Presumido e o Preço Real na Substituição Tributária “para frente”*. Revista Dialética nº 71, São Paulo, 2001. p. 25-40.
10. ÁVILA, Humberto. *ICMS, Substituição Tributária no Estado de São Paulo. Base de Cálculo. Pauta Fiscal. Competência Legislativa Estadual para devolver a Diferença Constante entre o preço usualmente Praticado e o Preço Constante da Pauta. Exame de Constitucionalidade*. Revista Dialética nº 124, São Paulo, 2006. p. 93-111.
11. AMORIM, João. *ICMS – Questões Controvertidas - Substituição Tributária (Restituição – art. 150, parágrafo sétimo da C.F.)*. Editora: Impetus, 2007. p. 109-126.
12. Relatório Final do Senador Francisco Dornelles - PP - RJ, apresentado à Subcomissão Temporária da Reforma Tributária (CAERT), destinada a avaliar a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional e o desempenho das administrações tributárias, e analisar a reforma tributária.
13. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 116
14. COELHO, Sacha Calmon de Navarro, Temas de Direito Tributário, Del Rey, págs. 80/81
15. NEVES, Márcio Calvet. *Inconstitucionalidade da exigência do Complemento do ICMS Recolhido Antecipadamente por Substituição Tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 63. São Paulo: Dialética, 2000. p. 139.
16. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988*, Saraiva, 1998, págs. 125/126.

17. STF, Recurso Extraordinário nº 88307, Rel. Ministro Cordeiro Guerra. Brasília, Julgamento: 15/12/1978, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 23-02-1979, PP-01224, RTJ VOL-00088-03 PP-01053)
18. STF, Recurso Extraordinário nº 92679/ES, Rel. Ministro Leitaó de Abreu, Brasília, Julgamento: 10/10/1980, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 14-11-1980, PP-09493, EMENT VOL-01192-02, PP-00633, RTJ VOL-00096-01, PP-00884)
19. STJ, Recurso Especial nº 1041216 / AM, Rel. Ministra Eliana Calmon. Brasília, Julgamento: 20/11/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe 17/12/2008)
20. STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 25605 / SE, Rel. Ministro José Delgado. Brasília, Julgamento: 22/04/2008, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 21/05/2008, RDDT vol. 155 p. 145)
21. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1851/AL – Alagoas, Rel. Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Julgamento: 08/05/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 22.11.2002, PP-00055, Republicação: DJ 13.12.2002, PP-00060)
22. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.777-8, ajuizada pelo Sr. Governador do Estado de São Paulo.
23. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.675, ajuizada pelo Sr. Governador do Estado de Pernambuco.