



Pedido de ressarcimento - ICMS/ST

Galderise Teles
Doutorando PUC/SP e Juiz do
TIT



RESSARCIMENTO ICMS-ST: QUESTÕES CONTROVERSAS DECORRENTES DA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.849/MG E ADIN 2.777/SP E ADIN 2.675/PE

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 3 DE 1993.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º 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.



CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. **A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador.** Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido. (RE 213396, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1999, DJ 01-12-2000 PP-00097 EMENT VOL-02014-02 PP-00383)

EXEMPLO



**BASE DE CÁLCULO
ICMS/ST R\$ 85.000**

**BASE DE CÁLCULO
EFETIVA R\$ 82.000**

**DIFERENÇA DA BASE
DE CÁLCULO R\$ 3.000**



DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Nº 593.849/MG

artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais
- Proíbe a Restituição -

ADI: 2.777/SP

II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei estadual 9.176/1995)
- Permite a Restituição -

ADI: 2.675/PE

II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco
- Permite a Restituição -



SÍNTESE DOS JULGADOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Nº 593.849/MG

Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: **“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”** (RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

ADIN 2.777/SP

Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, **é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.** II – Constitucionalidade do inc. II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei estadual 9.176/1995). III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2777, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

ADIN 2.675/PE

I – Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, **é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.** II – Constitucionalidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco. III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)



MODULAÇÃO DE EFEITOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Nº 593.849/MG

Por unanimidade, o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Em seguida, **o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte.**



Questionamentos

Quais Efeitos da Modulação de Efeitos para as ADIN's?

É possível o ressarcimento dos últimos anos para os Estados de SP e PE? Se possível desde de quando: últimos 05 anos ou desde a suspensão do ressarcimento?

Pode o contribuinte com base na decisão do STF realizar o creditamento direto por via escritural?

É preciso ingresso de medida judicial para o ressarcimento do passado nos casos de contribuintes dos estados de PE e SP?



Questionamentos

O fato do preço sugerido ser realizado pelas entidades representativas (a exemplo do Estado de São Paulo que a partir de 2008 não realiza diretamente a sugestão de preço) retira do Estado a obrigação de ressarcir?

No caso de se verificarem alterações legislativas durante o curso dos Processos Judiciais – a exemplo da legislação paulista que sofreu alteração com a inserção do enunciado do § 3º ao artigo 66-B da Lei 6374/89 (artigo objeto da ADIN 2.777/SP) – como fica a aplicação da decisão do STF para os respectivos Estados?

É necessário submeter à nova análise judicial o enunciado do § 3º do artigo 66-b da Lei 6374/89?



Questionamentos

Se tem o contribuinte o direito de ter ressarcimento do valor recolhido a maior tem o dever de pagamento do valor recolhido a menor?

Pode o contribuinte realizar pedido de ressarcimento apenas da parte que lhe interessa, ou seja, de produtos onde existam valor a restituir?

Aplica-se o artigo 166 do CTN para esses pedidos de ressarcimento?

A não insurgência do Estado em relação à um determinado valor sugerido pode implicar em sua anuência tácita?



Questionamentos

Pode a entidade representativa de classe sugerir – estipular qualquer preço?

A inexistência de um tabelamento do governo retira a sua responsabilidade jurídica de restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária?

Posicionamentos

- Quais Efeitos da Modulação de Efeitos para as ADIN's?
- É possível o ressarcimento dos últimos anos para os Estados de SP e PE? Se possível desde de quando: últimos 05 anos ou desde a suspensão do ressarcimento?
- É preciso ingresso de medida judicial para o ressarcimento do passado nos casos de contribuintes dos estados de PE e SP?



Posicionamentos

Lei nº 9.868/99

Art. 27. Ao declarar a **inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, **por maioria de dois terços de seus membros**, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

E apenas para adiantar a minha posição em relação à ADI - porque aí bastará que eu a reproduza -, estou modulando aqui na repercussão geral, mas não estou modulando nas ADI's, porque, na ADI, o Estado de São Paulo previu a restituição no caso de pagamento a maior, o Estado de Pernambuco previu a restituição no caso de pagamento a maior. Portanto as leis, nos casos de Pernambuco e de São Paulo, já dão, e eu não posso declarar a constitucionalidade da lei e modular os efeitos, ali não haveria sentido. Mas a modulação que aqui está sendo feita na repercussão geral aproveita a todos os estados que não tenham lei, porque senão seria uma aplicação retroativa da tese que nós estamos firmando (passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Acórdão do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG)



Posicionamentos

- O fato do preço sugerido ser realizado pelas entidades representativas (a exemplo do Estado de São Paulo que a partir de 2008 não realiza diretamente a sugestão de preço) retira do Estado a obrigação de ressarcir?
- No caso de se verificarem alterações legislativas durante o curso dos Processos Judiciais – a exemplo da legislação paulista que sofreu alteração com a inserção do enunciado do § 3º ao artigo 66-B da Lei 6374/89 (artigo objeto da ADIN 2.777/SP) – como fica a aplicação da decisão do STF para os respectivos Estados?
- É necessário submeter à nova análise judicial o enunciado do § 3º do artigo 66-b da Lei 6374/89?



Posicionamentos

- A não insurgência do Estado em relação à um determinado valor sugerido pode implicar em sua anuência tácita?
- A inexistência de um tabelamento do governo retira a sua responsabilidade jurídica de restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária?
- Pode a entidade representativa de classe sugerir – estipular qualquer preço?



Posicionamentos

Artigo 66-B - Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária: (Artigo acrescentado pela Lei 9.176/95, de 02-10-1995; DOE 03-10-1995)

II – caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida. (grifo nosso)

§ 3º - O disposto no inciso II do “caput” deste artigo aplica-se apenas na hipótese de a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ter sido fixada nos termos do “caput” do artigo 28. (Parágrafo acrescentado pela Lei 13.291, de 22-12-2008; DOE 23-12-2008)

Artigo 28 - No caso de sujeição passiva por substituição, com responsabilidade atribuída em relação às operações ou prestações subseqüentes, a base de cálculo será o preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente. (Redação dada ao artigo pela Lei 12.681/07, de 24-07-2007; DOE 25-07-2007)



Posicionamentos

Com efeito, não há no julgado menção expressa ao referido texto legal, mesmo porque, o objeto da ADIN paulista centrou-se no inciso II do art. 66-b da lei 6.374/1989 na forma como se apresentava à época de sua distribuição 02.12.2002.

Por outro vértice, merece ponderar que a decisão do Excelsior Tribunal teve o condão de analisar o núcleo semântico do enunciado questionado pelo próprio Estado Paulista de forma a concluir por sua constitucionalidade, considerando devida a restituição de quantia cobrada a maior nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. De forma que adotar entendimento diverso implicaria em esvaziar o teor decisório de nossa Suprema Corte.



Posicionamentos

Se tem o contribuinte o direito de ter ressarcimento do valor recolhido a maior tem o dever de pagamento do valor recolhido a menor?

Pode o contribuinte realizar pedido de ressarcimento apenas da parte que lhe interessa, ou seja, de produtos onde existam valor a restituir?

inhaero probabilitatem bonam Chico, hits Francisco

Aplica-se o artigo 166 do CTN para esses pedidos de ressarcimento?

Me parece que não. Pois, não há repasse de ônus econômico para o adquirente.



Posicionamentos

Pode o contribuinte com base na decisão do STF realizar o creditamento direto por via escritural?

Alterações nas Portarias da Coordenadoria da Administração Tributária – CAT

Portaria CAT 17/99	Estabelece disciplina para o complemento e o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos
Portaria CAT 158/15	Estabelece disciplina para o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos
Portaria CAT 113/16	Altera a Portaria CAT 158/15 , de 28-12-2015, que estabelece disciplina para o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos
Portaria CAT 17/17	Altera a Portaria CAT 158 , de 28-12-2015, que estabelece disciplina para o ressarcimento do imposto retido por sujeição passiva por substituição e dispõe sobre procedimentos correlatos



Ponderação

*Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regramatrix tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. **A versatilidade categorial desse instrumento jurídico se apresenta em três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma.** (grifo nosso) CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. ed. Saraiva, São Paulo, 2012 p. 295.*