Nelson Jobim vota contra restituição de ICMS pago a mais

O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Nelson Jobim, votou, nesta quarta-feira (17/8), contra a restituição do ICMS — Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pago a mais por contribuintes submetidos ao regime de substituição tributária. Em seguida, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do relator do processo, ministro Cezar Peluso.

A posição de Jobim foi firmada em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo governo de São Paulo contra lei estadual que garante o direito à restituição.

Em seu voto, Jobim declarou a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 66-B da Lei paulista 6.374/89, que permitia a restituição do tributo. Ele citou decisão plenária do Supremo em 2002 (ADI 1851) que entendeu que o imposto recolhido a mais não vincula o Fisco à restituição. O presidente do STF argumentou que o fato gerador presumido para a cobrança antecipada do ICMS não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo à restituição ou complementação do imposto pago, a não ser no caso de sua não realização.

Jobim afirmou que a substituição tributária consiste em um regime especial de arrecadação para promover maior segurança na atividade de cobrança do imposto, e que a alegação da necessidade de devolução do valor excedente que teria sido recolhido inviabilizaria o instituto. Ele citou, entre outras conseqüências, a dificuldade de utilização dos recursos obtidos antecipadamente diante de eventual devolução, o aumento dos custos da arrecadação e o incentivo à sonegação diante da possibilidade de diferenças entre o preço praticado e aquele informado à Fazenda. “A possibilidade de restituição obrigaria o Fisco a acompanhar mercados muitas vezes pulverizados e ramificados até o consumidor final, como é o caso dos combustíveis, bebidas, cigarros, etc”, acrescentou o presidente.

O ministro Nelson Jobim afastou também a alegação de que há enriquecimento sem causa do Fisco caso não haja a restituição. Ele esclarece que a venda da mercadoria por valor menor à base presumida de cálculo se resume a um fato que encontra explicação de ordem econômica, comercial e concorrencial que não diz respeito ao sistema tributário. “A desigualdade entre o preço final e o presumido informa, tão somente, que o substituído, ou algum integrante de elo intermediário, reduziu sua margem operacional como estratégia concorrencial para conquistar maior clientela ou manter sua participação no mercado”, ressalta.

Por fim, assinala que haveria, sim, injustificado enriquecimento sem causa às custas do erário. “Verificamos que o valor pago antecipadamente é incorporado ao preço de venda da mercadoria. Por isso, com a venda, o substituto se ressarce do valor total do tributo”, diz.

Guerra fiscal

Nelson Jobim acredita que a política tributária da restituição geraria concorrência desleal entre varejistas em mercados nacionais, com evidente benefício dos comerciantes localizados em Estados com este tipo de prática, incentivando verdadeira guerra fiscal entre os membros da federação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Mencionou ainda o fato de que, após o julgamento da ADI 1851, em 2002, os Estados que tinham dispositivos que os obrigavam a ressarcir o valor recolhido a maior deixaram de fazê-lo, inclusive buscando a declaração de inconstitucionalidade de sua legislação. Segundo o presidente, isso gerou algo mais grave. “É que, ao deixar de restituir valores recolhidos a maior em obediência à decisão do Supremo, o Estado teria acumulado altas dívidas caso a prática seja, agora, declarada inconstitucional.” Destaca, como exemplo, o caso de São Paulo, que teria acumulado dívida de R$ 1,6 bilhão.

Finalmente, diz que a opção por uma nova decisão sobre a mesma questão estrutural “geraria repercussão péssima, especialmente para a formulação de políticas tributárias dos Estados e da União”.

Julgamento

Além do ministro Nelson Jobim, votou anteriormente na ADI 2777 o relator, ministro Cezar Peluso que, diferentemente do presidente do Supremo, julgou improcedente o pedido formulado na ação. Para Peluso, a não restituição do valor arrecadado a maior equivaleria a confisco. O relator argumenta também que não há hipótese de presunção absoluta, já que não é possível a previsão do valor final da mercadoria diante dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Por fim, salienta que a devolução dos valores recolhidos a maior não descaracteriza a substituição tributária.

Apesar de já ter votado no sentido de admitir a restituição do imposto, o ministro Cezar Peluso pediu o adiamento do julgamento da ação, mas não adiantou o motivo. Segundo informou sua assessoria, ele provavelmente pretende rever pontos de sua decisão anterior.

Com o adiamento, ficam pendentes de julgamento, também, a ação direta de inconstitucionalidade 2675, proposta pelo estado de Pernambuco, e a reclamação 2491, do Estado do Piauí. Ambas contestam a possibilidade de devolução do imposto no regime de substituição tributária.

Processos:

ADI-2777

ADI-2675

RCL-2491

Leia aqui o voto

Date Created
17/08/2005

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.