



Frederico Breyner: Ação não pode obrigar a devolver ICMS não recolhido

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, em defesa do patrimônio público, com o objetivo de combater benefícios fiscais no âmbito do ICMS concedidos sem prévio convênio do Confaz.

A notícia que se tem, no momento, é de que o MP ajuizou recentemente várias ações pleiteando a devolução do ICMS que não foi pago por contribuintes que se beneficiaram dessas exonerações tributárias.

No entanto, ação dessa espécie não pode almejar comando condenatório contra o contribuinte, para que este pague o valor que deixou de recolher.

O art. 142 do Código Tributário Nacional determina que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário por lançamento.

No âmbito dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o ICMS, a decisão é precedida de um procedimento de fiscalização, também a cargo da autoridade administrativa (art. 196 do CTN), que tem por objetivo coletar as provas para verificar se o sujeito passivo cumpriu ou não com suas obrigações tributárias e, em caso de descumprimento, embasar o cálculo do montante devido e das penalidades porventura incidentes.

Logo, a ordem de exigência (cf. Alberto Xavier) para pagamento do crédito tributário é emanada pela autoridade administrativa no lançamento tributário que, sendo o título jurídico da obrigação tributária, ganha força executiva com a extração da certidão de dívida ativa (CTN; art. 201 e Lei 6.830/80). Em suma, o título executivo da dívida tributária na hipótese é extrajudicial (CPC; art. 585, VIII), e sua elaboração é providência a cargo do Poder Executivo.

Pretender constituir o crédito tributário em ação civil pública é transformar o processo judicial em fiscalização tributária e, de acordo com a precedente crítica de Igor Mauler Santiago, transformar o juiz em cobrador de imposto, transferindo ao Poder Judiciário incumbência que o CTN atribuiu ao Poder Executivo, em afronta à separação de poderes.

Além disso, como lembra este último jurista, suprimir a fase administrativa de constituição do crédito tributário implica suprimir também o direito do contribuinte ao devido processo legal nesse âmbito, pois sem lançamento não há processo administrativo, o que retira a legitimidade da cobrança.

Conforme lição de Ronaldo Cunha Campos, é na possibilidade de revisão do lançamento no processo administrativo que se atribuiu a legitimidade necessária à instauração da cobrança judicial forçada do crédito tributário, legitimidade que poderá ser posteriormente afastada na via judicial própria.

A utilização de benefícios fiscais sem convênio não pode ser punida com a supressão do direito fundamental ao devido processo administrativo, e nem autoriza a troca de papéis entre Poder Executivo



e Judiciário.

Em ação civil pública dessa espécie, o máximo que se pode pleitear é a condenação do Poder Executivo para ordená-lo a fiscalizar os contribuintes que supostamente utilizaram o benefício fiscal e, caso tenham deixado de recolher o imposto nos termos apurados na fiscalização, seja o crédito tributário lançado (sob pena de responsabilização da autoridade administrativa competente), abrindo-se oportunidade de impugnação administrativa e, caso mantido o lançamento, seja o crédito encaminhado para execução fiscal.

Contra o contribuinte, nenhuma condenação direta no âmbito da ação civil pública recebe amparo do ordenamento jurídico.

Date Created

20/05/2012