



Opinião: afastando a exigência de complementação do ICMS-ST

A partir de meados de 2018, numa espécie de reação ao direito de restituição do ICMS-ST pago a maior, que foi reconhecido pelo STF no julgamento de RE 593.849/MG, representantes fazendários passaram a defender a tese de que se a restituição do imposto é devida aos contribuintes, também será devida a complementação do ICMS-ST ao Fisco nos casos em que a margem efetiva é superior à presumida.

Contudo, como será demonstrado a seguir, contra essa nova exigência existem fortes argumentos, que se embasam na inexistência de posicionamento firmado pelo STF sobre o tema, na ausência de previsão Constitucional e legal para tal cobrança, no racional da decisão proferida no RE 593.849/MG e na própria sistemática da substituição tributária do ICMS.

De acordo com atos legais e manifestações de representantes fazendários de diversos Estados, a exigência do complemento do ICMS-ST ou a vinculação do direito à restituição à complementação do imposto, seriam uma inferência lógica da interpretação da decisão do STF no RE 593.849/MG.

É possível supor que esse entendimento fiscalista decorra de falas de alguns dos Ministros do STF ao longo das discussões travadas durante o julgamento do *leading case*. Como, por exemplo, a expressão utilizada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux “*vento que venta lá venta cá*”^[1], ao conjecturarem durante suas manifestações no decorrer do julgamento sobre a possibilidade da Fazenda Pública exigir o ICMS-ST a posterior nos casos em que o valor efetivo da operação é superior ao valor presumido.

Ainda assim, inexistem fundamentos para sustentar a interpretação de que a decisão do STF teria autorizado a cobrança da complementação do ICMS-ST. Muito embora a possibilidade de se complementar o ICMS-ST eventualmente pago a menor tenha sido discutida por parte dos Ministros ao longo do julgamento, não há qualquer menção na ementa do julgado, no dispositivo do acórdão e na tese fixada pelo Tribunal sobre a complementação.

Mais que isso, o STF foi provocado a analisar especificamente a questão da obrigatoriedade do complemento, nos Embargos de Declaração opostos pela procuradoria fazendária no RE 593.849/MG, e o Ministro Relator Edson Fachin foi categórico ao afirmar que tal matéria não foi requerida ou aventada no processo. Fato esse que já foi reconhecido por outras decisões judiciais, como é o caso da 22ª Câmara Cível do TJ/RS, que já atestou que “*não houve debruçamento sobre tal hipótese, descabendo-se, desta forma, estender o posicionamento adotado pela Corte Suprema*”^[2].

Em segundo lugar, a decisão do STF foi tomada com base no parágrafo 7º do artigo 150 da Constituição Federal e no artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96, dispositivos esses que fixam tão somente a possibilidade da restituição, não prevendo em nenhum momento qualquer tipo de complementação do ICMS-ST. Verifica-se, assim, a total ausência de previsão constitucional e legal para a exigência do complemento.



Além disso, deve ser ressaltado que o termo *overriding* foi mencionado pelo Ministro Relator em seu voto. Tal termo é empregado para descrever julgados em que ocorre revogação parcial de precedente, uma vez que, no passado, nos autos da ADIn 1.851/AL, o STF havia definido que o ICMS-ST seria definitivo, não havendo que se falar em restituição. Assim, há espaço para afirmar que a definitividade da sistemática da substituição tributária do ICMS *ainda é válida para todas as outras situações que não aquela enfrentada no RE 593.849/MG*.

Por fim, os representantes das Fazendas Estaduais afirmam que a complementação seria a aplicação do princípio da isonomia, fundada no simples entendimento de que se o contribuinte tem direito à restituição, o fisco teria direito também a complementação. Numa primeira análise, tal argumento parece lógico e justo. Porém, uma análise contextual um pouco mais aprofundada — levando em considerações premissas relacionadas à sistemática da substituição tributária do ICMS — desqualifica a alegação de que a complementação corresponderia à aplicação do princípio da isonomia.

Isso porque a sistemática da substituição tributária foi criada em busca de aumentar eficiência na arrecadação, de trazer praticidade para a cobrança do imposto e de combater a sonegação por meio da concentração do recolhimento. Em tal sistemática, o Fisco tem o direito de impor os preços presumidos e os contribuintes não têm outra opção que não seja aceitá-los. Trata-se, portanto, de uma sistemática voltada para atender aos interesses fazendários.

Nas palavras do Ilustre Professor Hugo de Brito Machado^[3], burocratas a serviço da Fazenda Pública insaciáveis na busca por formas de antecipar a arrecadação de tributos engendraram uma forma de antecipação do ICMS e a denominaram substituição tributária. De acordo com o renomado autor, trata-se de uma forma deturpada de substituição, embasada tão somente na conveniência da Administração Tributária.

Ou seja, numa análise mais aprofundada, tem-se claro que a instituição da substituição tributária em si mesmo fere qualquer noção de igualdade e justiça tributária ao se fundar em fatos geradores presumidos, que ainda não são reais. O direito à restituição não é uma benesse concedida aos contribuintes que motiva uma contrapartida aos Fiscos Estaduais na forma do complemento. A previsão da restituição visa a atenuar as consequências de uma sistemática que contraria princípios tributários. Emprestando os termos utilizados no julgamento do *leading case*, o vento já estava a favor do Fisco e a restituição é uma previsão constitucional que iguala o vento para o lado dos contribuintes.

Assim, como mencionado no título do presente texto, são muitos e robustos os argumentos existentes a favor do contribuinte para afastar a exigência da complementação do ICMS-ST fundada no julgamento do RE 593.849/MG.

^[1] STF – Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, Relator Min. Edson Fachin, em 5.4.2017, pag. 53 e 66.



[2] TJ/RS – Apelação nº 70079755724 (Nº CNJ: 0340784-09.2018.8.21.7000) – 22ª Câmara Cível – Relator Des. Luiz Felipe Silveira Difini – Julgamento 21.3.2019

[3] MACHADO, Hugo de Brito. ICMS. Substituição Tributária. Limites da Solidariedade. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, Editora Dialética, São Paulo, Edição 191, p. 123.

Date Created

24/09/2019