

Opinião: Novo susto aos contribuintes paulistas em 2021

O Estado de São Paulo publicou importante mudança no seu regulamento do ICMS (RICMS/SP): maioração das situações em que o contribuinte substituído tributário deverá complementar o ICMS-ST



No Diário Oficial de 15/1/2021 houve a veiculação do

Decreto estadual nº 65.471, de 14/1/2021 (Decreto nº 65.471/2021), que alterou o artigo 265 do RICMS/SP. Em termos práticos, a mudança de texto ocorreu mais especificamente no inciso I do mencionado dispositivo, nos termos do qual a complementação do ICMS/ST somente ocorreria nos casos em que o valor da operação ou prestação do substituído fosse superior à base de cálculo que correspondesse ao preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente.

A nova redação passou a ser mais abrangente ao dispor que o complemento deverá ser pago quando *"o valor da operação ou prestação final com a mercadoria ou serviço for maior que a base de cálculo da retenção"*.

Porém, tanto o texto original quanto o novel são inconstitucionais e ilegais.

De forma objetiva, isso decorre do fato de que a Constituição Federal não possui qualquer linha destinada a autorizar a complementação de ICMS pretendida pelo Fisco, tampouco disposições que permitam extrair tal anseio.

Ademais, mesmo que houvesse autorização constitucional, inexistente em lei complementar nacional tratamento do assunto aqui discutido, requisito que é obrigatório, nos termos dos artigos 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea "b", e 146, inciso III, alínea "a", ambos da CF.

O que existe na CF é apenas autorização para o contribuinte requerer que seja restituído o montante de ICMS porventura retido a mais, na situação em que preço que ele praticar quanto à mercadoria for inferior à base de cálculo utilizada para a apuração do ICMS-ST.

A referida possibilidade de restituição foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 593.849, submetido à sistemática da repercussão geral:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 155, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...] 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da

(STF; Tribunal Pleno; Relator: Ministro Edson Fachin; Julgamento em 19/10/2016).

Quanto à interpretação do acórdão, o governo paulista não pode vir a dizer que a autorização para o contribuinte pedir a restituição da quantia que pagou a mais acarretaria o direito de o Fisco exigir a complementação do que em tese pagou a menos.

Fazemos essa ressalva pois, antes mesmo da atual regulamentação, o Estado de São Paulo já vinha se movimentando em tal sentido.

Como mero exemplo, citamos entrevista dada pelo coordenador da Administração Tributária estadual para o jornal *Valor Econômico* em 18/12/2018, oportunidade em que, em virtude do disposto no RE nº 593.849, ele assim se manifestou [\[1\]](#):

"Vamos instituir um plano de trabalho para verificar quem e quanto se pagou a menos. O tema vai entrar nas programações de fiscalizações".

Porém, como apontamos anteriormente, inexistente base constitucional para a cobrança, muito menos lei complementar sobre a matéria. Eventual argumento das autoridades tributárias na forma como a citada seria, quando muito, meramente econômico, não jurídico, e, portanto, incapaz de fundamentar as exações.

Ademais, a possibilidade de complementação sequer foi objeto de exame no julgamento do RE nº 593.849, como consta do acórdão sobre embargos de declaração opostos no caso:

"SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. (...) Não há omissão na súmula da decisão, por não abarcar os casos em que a base presumida é menor do que a base real, porquanto se trata de inovação processual posterior ao julgamento, não requerida ou aventada no curso do processo" (STF; Tribunal Pleno; Relator: Ministro Edson Fachin; Julgamento em 8/11/2017).

O Estado de São Paulo também não pode defender um suposto enriquecimento indevido do substituído tributário quando inexistente a complementação. Isso porque, muito embora em tal caso o substituído deixe de recolher o valor residual, o montante de ICMS sequer chegará às suas mãos (do substituído), pois ele não repassará o ônus econômico desse imposto ao seu cliente.

Enfim, o assunto ainda renderá bastante controvérsia no âmbito do Poder Judiciário, mas entendemos que será resolvido de forma favorável ao contribuinte.

[\[1\]](#) IGNACIO, Laura. Fazenda paulista pode ressarcir R\$ 5 bilhões de ICMS-ST. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/6032061/fazenda-paulista-pode-ressarcir-r-5-bilhoes-de-icms-st>>. Consulta em 15/1/2021.

Date Created

08/02/2021