

04/10/2011

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.125 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : TRANS LUB TRANSPORTES LTDA
ADV.(A/S) : WALTER GAZZANO DOS SANTOS FILHO
ADV.(A/S) : HAMILTON DIAS DE SOUZA

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL.

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REPERCUSSÃO GERAL. DISCUSSÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DA SISTEMÁTICA SEM ANTERIOR REGULAMENTAÇÃO POR NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos autos do RE 593.849 (rel. min. Ricardo Lewandowski) discute-se se é devida a restituição do ICMS na hipótese de ser apurada diferença entre a base de cálculo presumida (substituta) e a base de cálculo efetiva (substituída).

2. De modo inconfundível, discute-se neste recurso extraordinário se era possível instituir a sistemática de substituição tributária independentemente de norma geral em matéria tributária regulamentadora do direito à imediata e preferencial restituição do valor arrecadado, no período compreendido entre a introdução do § 7º no art. 150 da Constituição (EC 93/1993) e a publicação da LC 87/1996.

3. A matéria em análise nestes autos continua regida pelo decidido na ADI 1.851, sem sofrer a influência do futuro precedente que vier a ser formado.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do



RE 453.125 AGR ~~SEGUNDO~~ *Supremo Tribunal Federal*

Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 04 de outubro de 2011.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**

Relator

Documento assinado digitalmente

04/10/2011

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.125 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : TRANS LUB TRANSPORTES LTDA
ADV.(A/S) : WALTER GAZZANO DOS SANTOS FILHO
ADV.(A/S) : HAMILTON DIAS DE SOUZA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto da seguinte decisão:

“Decisão: Reconsidero a decisão de fls. 580, conforme autorizam-me os arts. 557, § 1º e 317, § 2º do RISTF. Em consequência, fica prejudicado o agravo regimental de fls. 583-586 (art. 21, IX do RISTF).

Passo a examinar o recurso extraordinário.

Inicialmente, reconheço ser desnecessário aguardar o julgamento do RE 593.849, na medida em que a segurança pleiteada refere-se ao afastamento total do regime de substituição tributária e não ao direito de devolução preferencial e imediata da diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo efetiva.

Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho do pedido formulado pela então impetrante:

[...] apenas e tão somente para que a d. Autoridade impetrada se abstenha de exigir dos remetentes das

mercadorias relacionados em anexo a retenção do imposto por substituição nas operações interestaduais de que pe adquirente, até que sobrevenha lei ordinária instituindo o novo modelo de retenção antecipada do imposto previsto na EC 3/93 [...].

[...] para que deixem [as fornecedoras] de proceder à retenção do ICMS pela sistemática de substituição tributária ora impugnada .

[...] seja concedida a segurança, reconhecendo o direito líquido e certo da Impetrante nos termos acima expostos , tornando definitiva a medida liminar requerida. (Fls. 13-14).

Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou ser possível a cobrança do ICMS pela sistemática da substituição tributária.

No recurso extraordinário, sustenta-se, em síntese, violação dos arts. 150, § 7º, 155, I, b , e § 2º, I, da Constituição federal, assim como do art. 34, § 8º, do ADCT.

O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 213.396 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 1º.12.2000), firmou jurisprudência no sentido de que o regime de substituição tributária já se achava previsto no art. 128 do Código Tributário Nacional e no art. 6º, § 3º e § 4º, do Decreto-Lei 406/1968, dispositivos recepcionados pela Constituição de 1988, que possibilitam a cobrança do ICMS por essa sistemática.

Porém, a sistemática de substituição tributária local não poderia basear-se no Convênio ICM 66/1988. O art. 34, § 8º do ADCT permitiu a adoção de convênios interestaduais apenas

para suprir a falta temporária de lei complementar de normas gerais relativa ao ICMS. Como a substituição tributária já estava prevista no DL 406/1968 e no art. 128 do CTN, não havia lacuna a ser preenchida por convênio interestadual.

Assim, somente são aplicáveis ao regramento da substituição tributária as disposições do aludido convênio que não contrariem ou inovem o parâmetro estabelecido pelo CTN e pelo DL 406/1968.

Ademais, com o advento da EC 03/1993, a Constituição passou a expressamente exigir a imediata devolução do valor pago por antecipação na hipótese de não ocorrência do fato substituído (art. 150, § 7º da Constituição). Portanto, entre o momento em que houve narrada alteração do texto constitucional e a superveniência de lei complementar e de leis locais que dessem efetividade ao mecanismo de ressarcimento preferencial, era vedada a imposição do sistema de substituição tributária por antecipação do fato gerador.

Nesse sentido, registro a seguinte passagem do voto do Ministro Ilmar Galvão, relator da ADI 1.851:

A Constituição de 1988, em sua redação original, limitou-se a reservar à lei complementar, de modo específico, a disciplina da substituição tributária do ICMS (art. 156, § 2.º, XII, b), sem especificar as duas modalidades (progressiva e regressiva), com o que, a rigor, recepcionou, no ponto, o DL n.º 406/68.

A matéria teve de ser regulamentada pelo Convênio ICM 66/88 (art. 25, II), ante a norma do art. 34, § 8.º, do ADCT/88, para nela fazer abranger o produtor e gerador de energia e o prestador de serviço, em face da expansão da base material de incidência do tributo que, a partir da

Carta de 88, passou a abranger a energia elétrica e a prestação de serviços de transporte, além dos serviços de telecomunicações.

Com base nos referidos dispositivos, ao atualizarem os estados os seus códigos tributários ou ao editarem novos, mantiveram obviamente o instituto, adaptando-os aos dizeres introduzidos pelo mencionado Convênio ICM 66/88, fazendo, v. g., o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 1.423/89 e o Estado de São Paulo, pela Lei n.º 6.374/89.

A matéria acabou contemplada na EC n.º 3/93, que introduziu, no art. 150 da CF/88, o § 7.º, segundo o qual:

§ 7.º - 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.

O dispositivo, indubitavelmente, não criou a substituição tributária progressiva, visto que já integrava o sistema tributário, havendo inovado, entretanto, primeiramente, ao instituir o fato gerador presumido e, depois, ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não se tiver ele realizado. Ao autorizar a atribuição a outrem da condição de responsável pelo pagamento de tributo cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, na verdade, antecipou, o novo dispositivo, o momento do surgimento da obrigação e, conseqüentemente, da verificação do fato gerador que, por isso mesmo, definiu como presumido.

Entretanto, ao erigir a cláusula de restituição imediata e preferencial em categoria de elemento integrante do instituto, praticamente inviabilizou a aplicação deste, antes que houvesse sido editada a lei complementar reguladora da referida cláusula de salvaguarda.

Como a providência somente veio a concretizar-se por meio da LC n.º 87/96, forçoso é entender que, de 18.03.93, data da publicação da EC 03/93, até 13.09.96, quando veio à luz a LC 87/96, a substituição esteve, mais uma vez, ausente do sistema jurídico tributário brasileiro, por falta de regulamentação..

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, para conceder a segurança pleiteada, de modo a assegurar o direito líquido e certo da então impetrante a não se submeter ao sistema de substituição tributária entre a adoção da EC 03/1993 e a publicação da LC 87/1996. Eventuais efeitos patrimoniais da concessão da segurança, como, por exemplo, relativos à desconstituição de multas, formação de créditos ligados à não-cumulatividade e à restituição de indébito tributário deverão ser apurados a tempo e modo próprios.

Publique-se. Int.”.

Em síntese, o estado-agravante argumenta que a constitucionalidade da sistemática de substituição tributária teve a repercussão geral reconhecida nos autos do RE 593.849 (rel. min. Ricardo Lewandowski), de modo que a decisão-agravada deveria ter aguardado o desfecho do referido *leading case*.

É o relatório.

04/10/2011

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.125 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Sem razão a parte-agravante..

Conforme apontado na decisão agravada, o objeto deste recurso extraordinário não se confunde com a matéria que será discutida pela Corte no julgamento do RE 593.849, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Este recurso extraordinário versa sobre a possibilidade de instituição pura e simples do regime de substituição tributária independentemente de lei complementar de normas gerais destinadas a regular o direito à devolução dos valores arrecadados, na hipótese de o fato gerador não ocorrer.

Por outro lado, o RE 593.849 discute um aspecto específico do regime de substituição tributária, e que pode assim ser resumido: a não ocorrência do fato gerador caracteriza-se tão-somente se a própria materialidade do tributo não se concretizar, ou é possível calibrar a carga tributária com base na diferença apurada entre a base de cálculo presumida (substituta) e a base de cálculo efetiva (substituída)?

Como é inconstitucional exigir o tributo por antecipação do fato gerador sem prévio regramento de normas gerais que defina os contornos do direito à restituição na hipótese de o fato jurídico tributário não ocorrer, fica prejudicada a discussão sobre o dever de devolução proporcional, em razão da eventual diferença entre as bases de cálculo do tributo.

Nesse sentido, a sistemática de substituição tributária local não poderia basear-se no Convênio ICM 66/1988. O art. 34, § 8º do ADCT permitiu a adoção de convênios interestaduais apenas para suprir a falta temporária de lei complementar de normas gerais relativa ao ICMS. Como a substituição tributária já estava prevista no DL 406/1968 e no art.

RE 453.125 AGR *Segundo TST* *Supremo Tribunal Federal*

128 do CTN, não havia lacuna a ser preenchida por convênio interestadual.

Assim, somente são aplicáveis ao regramento da substituição tributária as disposições do aludido convênio que não contrariem ou inovem o parâmetro estabelecido pelo CTN e pelo DL 406/1968.

Ademais, com o advento da EC 03/1993, a Constituição passou a expressamente exigir a imediata devolução do valor pago por antecipação na hipótese de não ocorrência do fato substituído (art. 150, § 7º da Constituição). Portanto, entre o momento em que houve narrada alteração do texto constitucional e a superveniência de lei complementar e de leis locais que dessem efetividade ao mecanismo de ressarcimento preferencial, era vedada a imposição do sistema de substituição tributária por antecipação do fato gerador.

Nesse sentido, registro a seguinte passagem do voto do Ministro Ilmar Galvão, relator da ADI 1.851:

“A Constituição de 1988, em sua redação original, limitou-se a reservar à lei complementar, de modo específico, a disciplina da substituição tributária do ICMS (art. 156, § 2.º, XII, b), sem especificar as duas modalidades (progressiva e regressiva), com o que, a rigor, recepcionou, no ponto, o DL n.º 406/68.

A matéria teve de ser regulamentada pelo Convênio ICM 66/88 (art. 25, II), ante a norma do art. 34, § 8.º, do ADCT/88, para nela fazer abranger o produtor e gerador de energia e o prestador de serviço, em face da expansão da base material de incidência do tributo que, a partir da Carta de 88, passou a abranger a energia elétrica e a prestação de serviços de transporte, além dos serviços de telecomunicações.

Com base nos referidos dispositivos, ao atualizarem os estados os seus códigos tributários ou ao editarem novos, mantiveram obviamente o instituto, adaptando-os aos dizeres introduzidos pelo mencionado Convênio ICM 66/88, fazendo,

v . g . , o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 1.423/89 e o Estado de São Paulo, pela Lei n.º 6.374/89.

A matéria acabou contemplada na EC n.º 3/93, que introduziu, no art. 150 da CF/88, o § 7.º, segundo o qual:

§ 7.º - 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.

O dispositivo, indubitavelmente, não criou a substituição tributária progressiva, visto que já integrava o sistema tributário, havendo inovado, entretanto, primeiramente, ao instituir o fato gerador presumido e, depois, ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não se tiver ele realizado. Ao autorizar a atribuição a outrem da condição de responsável pelo pagamento de tributo cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, na verdade, antecipou, o novo dispositivo, o momento do surgimento da obrigação e, conseqüentemente, da verificação do fato gerador que, por isso mesmo, definiu como presumido.

Entretanto, ao erigir a cláusula de restituição imediata e preferencial em categoria de elemento integrante do instituto, praticamente inviabilizou a aplicação deste, antes que houvesse sido editada a lei complementar reguladora da referida cláusula de salvaguarda.

Como a providência somente veio a concretizar-se por meio da LC n.º 87/96, forçoso é entender que, de 18.03.93, data da publicação da EC 03/93, até 13.09.96, quando veio à luz a LC 87/96, a substituição esteve, mais uma vez, ausente do sistema

RE 453.125 AGR ~~SEGUNDO~~ *Segundo* *Tribunal Federal*

jurídico tributário brasileiro, por falta de regulamentação”.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.125**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S) : TRANS LUB TRANSPORTES LTDA

ADV.(A/S) : WALTER GAZZANO DOS SANTOS FILHO

ADV.(A/S) : HAMILTON DIAS DE SOUZA

Decisão: negado provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 04.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Karima Batista Kassab
Coordenadora