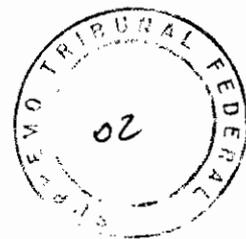




ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Registros
e Informações Processuais
19/06/2002 14:57 97613


ADI 2675-5

O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO, no exercício de suas atribuições constitucionais, vem respeitosamente à presença de V. Excelência, nos termos dos arts. 102, I, "a" e 103, V, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no disposto na Lei 9.868/99, propor a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**, do inciso II do art. 19 da Lei Estadual nº 11.408/96, pelas razões a seguir aduzidas.

I - DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

Cumprе ressaltar, desde logo, a inquestionável legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, não só por força da expressa previsão constante do art. 103, V da Constituição da República e art. 2º, V, da Lei 9.868/1999, como também por se tratar, o dispositivo legal vergastado, de ato legislativo desse Estado de Pernambuco.

Com efeito, não pairam dúvidas acerca da presença, na espécie, da legitimidade especial, configurada pela presença concreta do requisito da pertinência temática, vez que o dispositivo legal *sub judice* trata de matéria tributária de interesse do ente federativo, representado, *in casu*, pelo Chefe do Poder Executivo.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA



II – DO DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO

O dispositivo legal vergastado, e que se pretende seja declarado inconstitucional, é, precisamente, o inciso II do art. 19 da Lei Estadual nº 11.408/96, a seguir transcrito:

“Art. 19. É assegurado ao contribuinte-substituído o direito à restituição:

I - omissis

II - do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação.”
(negrito de ora)

O referido dispositivo legal, conforme será melhor exposto em seguida, padece de flagrante inconstitucionalidade, por contrariar o disposto no parágrafo 7º do art. 150 da Constituição da República, em especial, considerando-se a exegese que lhe foi atribuída por essa Egrégia Corte Suprema, quando do julgamento da ADI nº 1.851-4/AL.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

II.I - DO JULGAMENTO DA ADI Nº 1851-4 / AL E SEUS EFEITOS

Recentemente, quando do julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851-4/AL, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, tendo por objeto a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 e de atos normativos do Estado de Alagoas, em 08.05.2002 esse Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar parcialmente improcedente a ação, fixou a



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA



correta exegese do § 7º do art. 150 da Constituição da República, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 03/93, *verbis*:

“Art. 150 (...)

.....
§ 7º 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**”. (negrito de ora)

Com efeito, no julgamento da referida ADI, restou declarada a inexistência da inconstitucionalidade da cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97 (e sua conseqüente constitucionalidade), cuja redação é a seguinte:

“Cláusula Segunda – Não caberá a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996”

Eis o teor da ata da sessão de julgamento do v. acórdão referido:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu, em parte, da ação e, nesta parte, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente o pedido formulado na inicial e declarou a constitucionalidade da Clausula Segunda do Convenio ICMS n. 13, de 21 de marco de 1997. Falaram, pela requerente, Confederação Nacional do Comercio CNC, o Dr. Hamilton Dias de Souza, pelos requeridos, Governador do Estado de Alagoas, o Dr. Aluisio Lundgren Correa Regis, Procurador do Estado, e, pelo Governador do Estado de Minas Gerais, Dr. Jose Alfredo Borges, Procurador do Estado. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 08.05.2002.” (sic, salvo destaques)



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

Assim, com a declaração definitiva da constitucionalidade da referida Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97, nos termos alcançados pela decisão proferida por essa Corte Suprema acima transcrita em parte, restou fixada a **única exegese possível do parágrafo sétimo do art. 150 da Constituição da República**, qual seja a de que **o referido dispositivo constitucional assegura a restituição do ICMS pago sob o regime de substituição tributária, mediante a figura da imediata e preferencial restituição, apenas e tão somente, na hipótese de não-realização do fato gerador presumido.**

Assim ao fixar a definitiva interpretação do dispositivo constitucional, o que a doutrina chama de “interpretação autêntica”, no exercício legítimo de sua competência de “Corte Constitucional”, nos termos do disposto no art. 102, *caput* da Constituição da República, esse Egrégio Supremo Tribunal Federal afastou toda e qualquer possível interpretação em sentido contrário àquele que foi fixado no acórdão acima transcrito.

Com efeito, deflui cristalino que, a par do julgamento da ADI nº 1851-4, outra interpretação não pode ser dada ao dispositivo constitucional paradigma (§ 7º do art. 150) que não aquela ali exposta, sob pena de usurpação de competência constitucional desse Egrégio Supremo Tribunal, tendo em vista os efeitos decorrentes daquela interpretação, na forma do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99.

O efeito vinculante e *erga omnes* decorrente da interpretação fixada ao parágrafo sétimo do art. 150 da Constituição da República atinge não só os órgãos do Poder Judiciário, fixando-lhes um “dever de harmonização judicial”, **mas também fixa os limites da legislação infraconstitucional, que não pode, a partir daquela decisão, ser-lhe ou permanecer-lhe contrária.**

II.II – A REAL EXEGESE (ÚNICA POSSÍVEL) DO PARÁGRAFO 7º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI Nº 1851-4

A conclusão que se extrai do julgamento proferido aos 08 de maio de 2002, acima referido, é a de que a única interpretação possível do parágrafo sétimo do art. 150 da Constituição Federal é no sentido da



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

impossibilidade da “restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996”, tal como posto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, reputada conforme ao referido dispositivo constitucional paradigma.

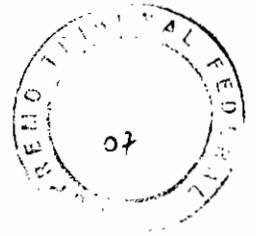
Tal conclusão resulta clara, na medida em que foi afirmada por essa Corte Suprema a possibilidade de restituição do ICMS pago sob o regime de substituição tributária, apenas e tão somente, na hipótese de não-realização do fato gerador presumido. Afastando-se, portanto, a possibilidade de legislação infraconstitucional dispor de modo diverso, ou seja, assegurar a restituição ou cobrança do ICMS acaso o fato gerador venha a se realizar com valor diverso do presumido (seja maior ou menor, o que é indiferente).

Em outros termos, resulta da decisão da mencionada ADI nº 1851-4, ao afirmar a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, que, de acordo com a configuração que a Constituição dá ao regime de substituição tributária com antecipação do recolhimento do imposto, não é lícito restituir ou complementar o imposto quando o fato gerador presumido, tendo ocorrido, a base de cálculo (valor da operação) efetiva tenha sido distinta (não importa se maior ou menor o valor) daquela prevista e fixada na forma da Lei Complementar nº 87/1996, que, no que concerne ao ICMS, estabeleceu as normas gerais sobre esse tributo e disciplinou a forma sob a qual se operaria a substituição tributária nos moldes da Constituição da República.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte excerto, extraído do louvável voto do Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, relator da ADI nº 1851-4 *in verbis*:

“(…)

O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem do caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos,



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

salvo se, eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não há falar-se em tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer da parte do Fisco, quer da parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se ela correspondeu à realidade.

Por isso mesmo, a salvaguarda estabelecida na Constituição em favor deste último, representada pela imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago (o qual, na conformidade do art. 10, § 1º, da LC 87/96, deverá ocorrer em noventa dias sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) é restrita à hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido.

Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instrumento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação. Na verdade, visa o instituto evitar, como já acentuado, a necessidade de fiscalização de um sem-número de contribuintes, centralizando a máquina-fiscal do Estado num universo consideravelmente menor, e com acentuada redução do custo operacional e conseqüente diminuição da evasão fiscal. Em suma, propicia ele maior comodidade, economia, eficiência e celeridade na atividade estatal ligada à imposição tributária.

Não seria, realmente, de admitir que, diante desses efeitos práticos, decisivos para a adoção da substituição tributária, viesse o legislador a criar mecanismo capaz de inviabilizar a utilização do valioso instituto, como a



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA



compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação, determinando o retorno da apuração mensal do tributo, prática que justamente teve por escopo obviar.

Trata-se de aspectos da maior relevância que, infelizmente, na instância de prelibação, escapou a este Relator, levando a suspensão da eficácia da norma contida na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 013/97, que, justamente, veda a instituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, realizar-se com valor inferior ou superior ao presumido.

Pelas razões expostas, meu voto, em conclusão, conhece apenas em parte da ação e, nessa parte, julga-a improcedente” (sic, salvo destaques)

Não é preciso uma exegese profunda para concluir-se, na esteira do raciocínio empreendido de forma lapidar no voto acima transcrito, que qualquer previsão legal que assegure a “restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996”, ou seja, de modo rigorosamente oposto ao que, constitucionalmente, prevê a Cláusula Segunda do Convênio 13/97, seria, pois, flagrantemente inconstitucional, por violação ao disposto no multicitado §7º do art. 150 da CR/88.

De se ressaltar que a interpretação fixada na decisão definitiva da ADI nº 1851-4/AL, foi adotada em virtude de juízo de retratação do Exmo. Sr. Min. Relator, que inicialmente suspendera o dispositivo legal questionado, reputando-o inconstitucional em juízo liminar, para só após, quando do julgamento definitivo, entender constitucional tal dispositivo legal, configurando-se a chamada inconstitucionalidade superveniente da legislação estadual ora impugnada, que passou assim, a partir do novo entendimento manifestado pela Pretório Excelso, a configurar-se como inconstitucional.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

II.III - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO
INCISO II DO ART 19 DA LEI ESTADUAL Nº 11.408/1996 POR
VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 7º DO ART. 150 DA
CR/88 CONFORME INTERPRETADO POR ESSE EGRÉGIO STF

Assim, ao assegurar ao contribuinte-substituído o direito à restituição *“do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação”*, para além da hipótese da não ocorrência do fato gerador presumido, a legislação pernambucana impugnada, qual seja o inciso II do art. 19 da Lei 11.408/1996, extrapolou os limites do que permitido pelo texto constitucional, na forma do § 7º do art. 150 da CR/88, tornando-se com ele incompatível, na medida em que, novamente invocando-se as palavras do Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão já citadas: *“o referido dispositivo constitucional assegura a restituição do ICMS pago sob o regime de substituição tributária, mediante a figura da imediata e preferencial restituição, apenas e tão somente, na hipótese de não-realização do fato gerador presumido”*.

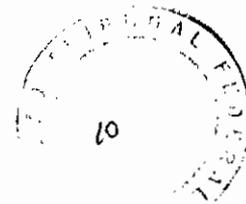
Como se percebe, a inconstitucionalidade do dispositivo legal ora vergastado, embora presente desde a sua prolação, só pode ser objetivamente auferida após a correta fixação, por essa Corte Constitucional pátria, da única e real exegese do dispositivo legal paradigma (§7º do art. 150 da CR/88), quando a incompatibilidade da norma em questão com o texto constitucional tornou-se evidente, passível, tão somente, de sua declaração pelo Órgão competente, o que, enfim, almeja-se por intermédio da presente ação direta.

Com efeito, a inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado resta configurada, por duas razões suficientes:

A uma, porque ao prever a restituição *“do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação”*, o dispositivo legal ultrapassou os limites da permissão constitucional contida no parágrafo sétimo do art. 150 da CR/88, que apenas autoriza a restituição *“caso não se realize o fato gerador*



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA



presumido”, conforme entendimento esposado por esse Egrégio STF quando do julgamento da ADI nº 1.851-4 acima referido.

A duas, porque, conforme acentuado pelo Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, no voto condutor do acórdão e acima transcrito parcialmente, a possibilidade de devolução de imposto em caso de substituição tributária “é restrita à hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido”, sendo certo que, como bem ali advertido “Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva”. Ou seja, a previsão constante do inciso II do art. 19 da Lei Estadual nº 11.408/1996 culmina por inviabilizar o regime de substituição tributária progressiva neste Estado da Federação, face à sua flagrante inconstitucionalidade, conforme lúcida conclusão do próprio Ministro Ilmar Galvão, no voto acima transcrito, para quem “Não seria, realmente, de admitir que, diante desses efeitos práticos, decisivos para a adoção da substituição tributária, viesse o legislador a criar mecanismo capaz de inviabilizar a utilização do valioso instituto, como a compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação (...)”.

II.IV – DA NÃO CONFIGURAÇÃO DA FIGURA DO BENEFÍCIO FISCAL PELO DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO

Apenas por argumentar, é de se ressaltar que o dispositivo impugnado, ao extrapolar os limites autorizados pelo texto constitucional, criando uma modalidade de devolução do ICMS quando ocorrido o fato gerador a menor do que o presumido, na substituição tributária, não instituiu espécie de benefício fiscal, como se poderia aventar em exegese pouco atenta.

Na verdade, duas razões suficientes afastam por derradeiro a possibilidade de se falar em instituição de benefício fiscal pela norma impugnada.

Primeiro, porque não é este o sentido da norma em questão, que não comporta tal exegese, bastando que se observe a redação da norma impugnada, para que se conclua que nela não se está tratando da instituição ou concessão de qualquer benefício fiscal, mas sim disciplinando-se o sistema de substituição tributária.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

Segundo, porque haveria grave vício formal a impedir a configuração da norma em comento como concessiva de benefício fiscal, senão veja-se:

Como se sabe, a expressão 'benefício fiscal' é, doutrinariamente utilizada no sentido de "qualquer vantagem (ex-oneração), qualquer retirada do ônus fiscal"¹. Assim, benefício fiscal é utilizado como sinônimo de exoneração tributária. Por essa perspectiva, somente representa um 'benefício fiscal' aquela concessão do ente tributante que importe em redução (exoneração parcial) ou eliminação (exoneração total) do ônus de pagar o tributo. A isenção é exemplo de um benefício fiscal, assim como o são também as reduções de base de cálculo, as concessões de crédito presumido, etc.

No caso específico do ICMS, a concessão de benefícios fiscais está rigorosamente ditada pelas disposições da Lei Complementar nº 24/75, que remete aos "convênios", celebrados entre os Estados membros através do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), a competência para isentar, reduzir base de cálculo, conceder créditos presumidos ou quaisquer outros favores fiscais².

Por tratar-se, o ICMS, de imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, o que pressupõe uma pluralidade de legislações tributárias, a Constituição Federal de 1988 tratou de remeter à Lei Complementar nacional a regulação da forma de concessão e revogação de

¹ Sobre o tema ver: BORGES, José Souto Maior. *Sobre as Isenções, Incentivos e Benefícios Fiscais Relativos ao ICMS*. In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 6, março, 1996, pp. 69/73.

Ver também: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Misabel Derzi*. 11ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 631/632.

² Lei Complementar nº 24/75:

"Art. 1º. As isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica:

I – à redução da base de cálculo;

II – à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo ao contribuinte, a responsável ou a terceiro;

III – à concessão de créditos presumidos;

IV – a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, concedidos com base no Imposto sobre Circulação de Mercadorias, dos quais resulte **redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;**

V – às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data." (destaques n~/ao constam do original)



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

isenções, incentivos e benefícios fiscais, visando, com isso, evitar a temida 'guerra fiscal' entre as diversas unidades da Federação, causa ou consequência das indesejadas desigualdades econômicas regionais.

Portanto, a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada que foi pela Constituição em vigor, é quem estabelece as diretrizes para a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais em termos de ICMS. E, para tanto, instituiu a LC nº 24/75 a reserva dos convênios interestaduais, firmados através do CONFAZ.

Logo, conclui-se que a 'previsão de devolução do ICMS em caso de ocorrência de fato gerador, com base de cálculo menor que a presumida, nas operações sujeitas a substituição tributária' não é espécie do gênero benefício fiscal, por inexistir convênio interestadual autorizativo, o que implicaria em inconstitucionalidade de tal previsão.

III – DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Com amparo no disposto no art. 102, I, *p*), bem como no art. 10 da Lei 9.868/99, REQUER o promovente o deferimento de MEDIDA CAUTELAR, *inaudita altera pars*, conforme faculta o § 3º do art. 10 da Lei 9.868/99, por se mostrarem presentes os requisitos autorizativos à espécie, notadamente a excepcional urgência, adiante cabalmente comprovada.

O **bom direito** milita em favor do Requerente, não só em aparência, mas de forma efetiva, posto que decorrente de pronunciamento definitivo **do Pleno desse Egrégio Supremo Tribunal Federal**, que ao fixar em definitivo a exegese do parágrafo sétimo do artigo 150 da Constituição da República, tornou a legislação estadual impugnada (inciso II do art. 19 da Lei Estadual n 11.408/1996) com ele incompatível e, por consequência lógica, inconstitucional.

Com efeito, após declarada a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97, do qual o Estado de Pernambuco não é, nem nunca foi, **signatário**, estando portanto excluído diretamente dos efeitos do julgamento da ADI nº 1851-4, os Estados da Federação signatários do referido Convênio, viram-se desobrigados **em definitivo** à restituição de eventuais



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

diferenças de ICMS decorrentes de operações realizadas, por substituição tributária, em que o fato gerador ocorreu em valor a menor que o presumido.

Em sentido contrário, o Estado de Pernambuco, na medida em que, conforme exposto, não é signatário e nem nunca foi do referido Convênio ICMS 13/97, vê-se obrigado a realizar a restituição de eventuais diferenças de ICMS decorrentes de operações realizadas, por substituição tributária, em que o fato gerador ocorreu em valor a menor que o presumido, por força de dispositivo legal agora flagrantemente **inconstitucional**.

De se ressaltar que em se tratando de dispositivo legal auto-aplicável, o inciso II do art. 19 da Lei Estadual nº 11.408/96, vem sendo utilizado pelos contribuintes desse Estado, submetidos os regime de substituição tributária, mediante a protocolização diária de inúmeros pedidos de restituição de ICMS fundados naquele dispositivo legal impugnado, o que traz sérios reflexos na arrecadação tributária desse Estado-membro.

O *periculum in mora* decorrente da não supressão imediata da vigência do referido dispositivo legal é, pois, facilmente constatável materializando-se na produção de efeitos de uma norma inconstitucional, propiciando visível insegurança jurídica, posto que mesmo que em se derogando tal dispositivo legal, permaneceriam válidos os atos praticados sob a sua égide, anteriores ao ato de derrogação, causando sérios danos às finanças públicas estaduais, com o comprometimento mesmo do regime de substituição tributária nesse Estado-membro.

Para que se tenha uma idéia da importância do regime de substituição tributária nesse Estado da Federação, só no ano de 2001, a arrecadação do ICMS (em operações submetidas ao regime de substituição tributária) foi da ordem de R\$ 437.500.724,82 (quatrocentos e trinta e sete milhões e quinhentos mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e dois centavos), nas operações internas e interestaduais, sendo o deferimento da medida cautelar requerida o único meio de evitar tais visíveis danos ao Erário Pernambucano.

Com efeito, o perigo da demora acha-se refletido nas lúcidas palavras do Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão, relator da citada ADI nº 1851-4, em seu brilhante voto, ao afirmar que a "*Assim, não há falar-se em*



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA DA FAZENDA

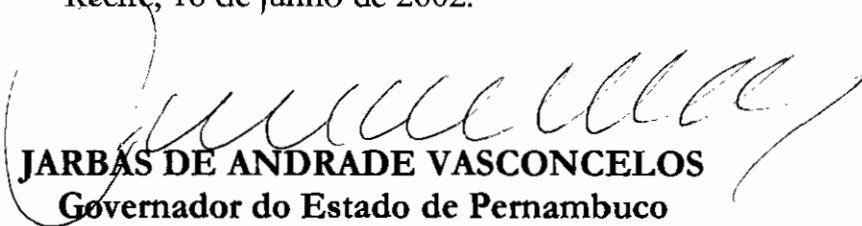


tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer da parte do Fisco, quer da parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se ela correspondeu à realidade. Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instrumento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação.

IV – REQUERIMENTO FINAL

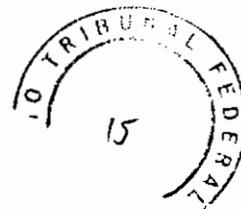
DIANTE DO EXPOSTO, pugna-se pelo recebimento e regular processamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, **COM O IMEDIATO DEFERIMENTO DO PROVIMENTO LIMINAR REQUESTADO**, para o fim de ser determinada a **SUSPENSÃO DO DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO** (inciso II do art. 19 da Lei Estadual nº 11.408/1996) **COM EFEITO RETROATIVO À DATA DA PUBLICAÇÃO DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO**, e, após concedida a liminar pleiteada, sejam solicitadas as informações do Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, e manifestações dos Exmos Srs. Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República, após o que, **NO MÉRITO**, requer seja julgada **PROCEDENTE** a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso II do art. 19 da Lei Estadual nº 11.408/96, em face da sua incompatibilidade material com o parágrafo 7º do art. 150 da Constituição da República, conforme exegese fixada por esse Excelso Pretório quando do julgamento da ADI nº 1851-4, comunicando-se tais fatos ao Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativo do Estado de Pernambuco.

Pede deferimento.
Recife, 18 de junho de 2002.


JARBAS DE ANDRADE VASCONCELOS
Governador do Estado de Pernambuco



**Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco
Diretoria de Planejamento e Controle da Ação Fiscal**

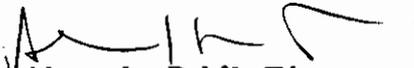


Ofício DPC 055/2002

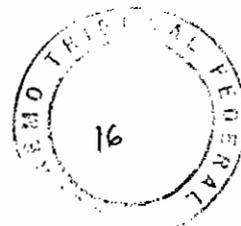
Recife, 17 de junho de 2002.

Conforme solicitado, vimos informar que o valor recolhido de ICMS no exercício de 2001 sob a forma de substituição tributária atingiu o montante de R\$ 437,5 milhões (quatrocentos e trinta e sete milhões e quinhentos mil reais) referentes a operações internas e interestaduais.

Atenciosamente,


Alexandre Rebêlo Távora
Diretor

**Ilma Sra.
Dra. Tereza Vidal
MD. Procuradora Chefe da Fazenda Estadual
Recife-PE**



LEI Nº 11.408/96

DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996

Alterada pela Lei Nº 11.846, de 22 de setembro de 2000.

Retorno à Página Principal

Estabelece, com base na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências.

ÍNDICE

Art. 1º - Incidência

Art. 2º - Não Incidência

Art. 3º - Contribuinte - Conceito

Art. 4º - Local da Operação ou da Prestação

Art. 5º - Ocorrência do Fato Gerador

Arts. 6º a 10. - Base de Cálculo

Art. 11. - Não Cumulatividade

Arts. 12. a 14. - Crédito Fiscal

Arts. 15. e 16. - Período de Apuração

Art. 17. - Responsabilidade Pelo Pagamento

Arts. 18. e 19. - Substituição Tributária

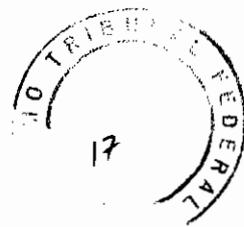
O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incide sobre :

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via,



Regulamento do ICMS

de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

V - fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendido na competência tributária dos Municípios;

VI - fornecimento de mercadoria com prestação de serviço sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável à matéria expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;

VII - entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, para qualquer finalidade, inclusive, em se tratando de pessoa física ou jurídica titular de estabelecimento, quando a mercadoria importada se destine ao uso ou consumo ou ativo permanente do respectivo estabelecimento;

VIII - entrada, no território do Estado destinatário, de energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Parágrafo único. A caracterização do fato gerador do imposto independe da natureza jurídica da operação ou prestação que o constitua.

Art. 2º. O imposto não incide sobre :

I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços, equiparando-se às referidas operações a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, quando destinada a :

a) empresa comercial exportadora, inclusive "trading" ou outro estabelecimento da mesma empresa;

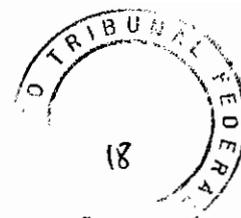
b) armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro;

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;



VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

VIII - operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.

Art. 3º. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações relativas à circulação de mercadoria ou prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade :

I - importe mercadorias do exterior para qualquer finalidade, inclusive, em se tratando de pessoa física ou jurídica titular de estabelecimento, quando a mercadoria importada se destine ao uso ou consumo ou ativo permanente do respectivo estabelecimento;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - adquira em licitação pública mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada;

IV - adquira, em outro Estado, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados do petróleo, quando não destinados à industrialização ou à comercialização.

Art. 4º. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre no momento da ocorrência do fato gerador;

b) o local onde se encontre, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando com documentação inidônea, nos termos da legislação tributária;

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado, não se aplicando esta regra às mercadorias recebidas em regime de depósito de contribuinte de Estado que não o do depositário;

d) o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física, no caso de mercadoria ou bem importado do exterior;

e) o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido, no caso de mercadoria ou bem importado do exterior;

f) aquele onde seja realizada a licitação pública, no caso de arrematação de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada;

g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas



Regulamento do ICMS

operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, bem como lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;

h) o do Estado onde o ouro tenha sido extraído, quando não considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial, devendo, para este efeito, a referida mercadoria ter sua origem identificada;

i) o do desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos;

j) o do estabelecimento destinatário da mercadoria adquirida em outro Estado, destinada a integrar o respectivo ativo permanente ou ao seu próprio uso ou consumo, para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, IX;

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte :

a) onde tenha início a prestação;

b) onde se encontre o transportador, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando com documentação inidônea, nos termos da legislação tributária;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, IX;

III - tratando-se de prestação onerosa, por qualquer meio, de serviço de comunicação :

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados com que o serviço é pago;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, IX;

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento ou do domicílio do destinatário.

§ 1º. Para efeito desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado ainda o seguinte :

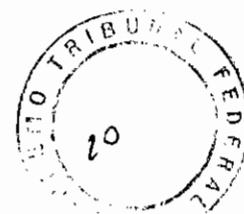
I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

III - considera-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante ou na captura de pescado;

IV - respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.

§ 2º. Quando a mercadoria for remetida para armazém-geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no



Regulamento do ICMS

estabelecimento do depositante, salvo se para retomar ao estabelecimento remetente.

Art. 5º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento :

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão, a terceiro, de propriedade de mercadoria depositada em armazém-geral ou em depósito fechado localizado no Estado do transmitente;

IV - da transmissão, a terceiro, de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

V - do início da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal de qualquer natureza;

VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

VII - da prestação onerosa de serviço de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, observando-se que, quando o serviço for prestado mediante o pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário;

VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviço :

a) não compreendido na competência tributária dos Municípios;

b) compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, conforme definido na lei complementar aplicável à matéria;

IX - do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada do exterior, observando-se :

a) após o desembaraço aduaneiro, a entrega, pelo depositário, de mercadoria ou bem importado do exterior deverá ser autorizada pelo órgão responsável pelo respectivo desembaraço;

b) o desembaraço referido na alínea anterior somente se fará mediante a exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente no ato do despacho aduaneiro, salvo disposição em contrário estabelecida em decreto do Poder Executivo;

X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;

XI - da aquisição, em licitação pública, de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada;

XII - da entrada, no território do Estado, de energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, oriundos de outro Estado, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente;

XIV - da entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente, quando procedente de outro Estado e destinada a integrar o respectivo ativo permanente ou ao seu próprio uso ou consumo.



Art. 6º. A base de cálculo do imposto é :

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do "caput" do artigo anterior, o valor da operação;

II - no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

IV - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviço :

a) o valor da operação, quando o serviço não estiver compreendido na competência tributária dos Municípios;

b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, quando o serviço estiver compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, conforme definido na lei complementar aplicável à matéria;

V - na hipótese de mercadoria importada do exterior, a soma das seguintes parcelas :

a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observando-se :

1. o preço da mercadoria expresso em moeda estrangeira será convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do Imposto de Importação, sem qualquer acréscimo ou devolução posterior, se houver variação da taxa de câmbio até o pagamento do efetivo preço;

2. o valor fixado pela autoridade aduaneira para base de cálculo do Imposto de Importação, nos termos da lei aplicável à matéria, substituirá o preço declarado;

b) o Imposto de Importação;

c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;

d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;

e) quaisquer despesas aduaneiras, assim consideradas as importâncias devidas às repartições alfandegárias;

VI - no recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado ou iniciado no exterior, o valor da prestação do serviço, acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização;

VII - na aquisição, em licitação pública, de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada, o valor da operação, acrescido do valor do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando for o caso, e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao adquirente;

VIII - na entrada, no território do Estado, de energia elétrica e de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, oriundos de outro Estado, quando não destinados à industrialização ou à comercialização, o valor da operação de que decorrer a entrada;

Regulamento do ICMS

IX - na hipótese de utilização de serviço com prestação iniciada em outro Estado, que não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, e de aquisição de mercadoria, também em outro Estado, para o ativo permanente ou uso ou consumo do próprio adquirente, o valor da prestação ou da operação no Estado de origem, sendo o imposto a pagar o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o mencionado valor;

X - na aquisição, pelo arrendatário, do bem objeto de contrato de arrendamento mercantil, o valor de venda da operação no Estado de origem.

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto :

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fim de controle;

II - o valor correspondente a :

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

§ 2º. Não integra a base de cálculo do imposto o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos.

§ 3º. Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é :

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadoria não-industrializada, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

§ 4º. Nas operações e prestações interestaduais entre estabelecimentos que não pertençam ao mesmo titular, caso haja reajuste do valor depois da remessa ou da prestação, a diferença fica sujeita ao imposto no estabelecimento do remetente ou do prestador.

§ 5º. Quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao do mercado, a base de cálculo poderá ser determinada pela autoridade administrativa, mediante ato normativo, ressalvados os descontos incondicionais.

§ 6º. Para fim do disposto no parágrafo anterior, o preço de mercado será, segundo a ordem:

I - produto tabelado ou com preço máximo de venda, fixado pela autoridade competente, ou pelo fabricante, o respectivo preço;

II - o valor constante em publicação ou correspondência oficial de órgão ou entidade privada;

III - o valor mínimo entre os coletados nas regiões fiscais do Estado.



§ 7º. Relativamente ao disposto no parágrafo anterior, observar-se-á:

I - quando o valor da operação for superior ao fixado em pauta, prevalecerá aquele como valor da base de cálculo;

II - quando o valor da operação for inferior ao fixado em pauta, havendo discordância do contribuinte em relação ao valor da pauta, a ele caberá comprovar a exatidão do valor que tenha indicado para a operação;

III - efetivada a comprovação prevista no inciso anterior, o valor real da operação prevalecerá como base de cálculo do imposto, devendo-se proceder às correções que se fizerem necessárias;

IV - nas operações interestaduais, a aplicação do disposto neste parágrafo e nos §§ 5º e 6º dependerá da celebração de acordo entre os Estados envolvidos fixando os valores e estabelecendo os critérios.

Art. 7º. Na falta do valor a que se referem os incisos I e VIII do artigo anterior, a base de cálculo do imposto é :

I - o preço corrente da mercadoria, ou de seu similar, no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, do mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia;

II - o preço FOB estabelecimento industrial à vista, caso o remetente seja industrial;

III - o preço FOB estabelecimento comercial à vista, na venda a outros comerciantes ou industriais, caso o remetente seja comerciante, ou ainda o valor equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do preço de venda corrente no varejo, nesta hipótese quando o estabelecimento remetente não efetuar vendas a outros comerciantes ou industriais, ou, em qualquer caso, quando não houver mercadoria similar.

Parágrafo único. Para aplicação do disposto nos incisos II e III do "caput", adotar-se-á sucessivamente :

I - o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente;

II - caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de seu similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional.

Art. 8º. Nas prestações sem preço determinado, a base de cálculo do imposto é o valor corrente do serviço no local da prestação.

Art. 9º. Quando o valor do frete, cobrado por estabelecimento pertencente ao mesmo titular da mercadoria ou por outro estabelecimento de empresa que com aquele mantenha relação de interdependência, exceder os níveis normais de preços em vigor, no mercado local, para serviço semelhante, constantes de tabelas elaboradas pelos órgãos competentes, o valor excedente será havido como parte do preço da mercadoria.

Parágrafo único. Considerar-se-ão interdependentes duas empresas quando :

I - uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges ou filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra;



II - uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor, ou sócio com função de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;

III - uma delas locar ou transferir à outra, a qualquer título, veículo destinado ao transporte de mercadoria.

Art. 10. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Parágrafo único. Considera-se atendida a avaliação contraditória o direito de o contribuinte impugnar o lançamento durante o curso do processo administrativo - tributário.

Art. 11. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 12. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao respectivo ativo permanente, ou o recebimento de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º. Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não-tributadas ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º. Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, além de outras hipóteses, os veículos de transporte pessoal, as aquisições para o ativo permanente-investimento e os casos que forem definidos em portaria do Secretário de Fazenda.

§ 3º. É vedado o crédito relativo à mercadoria que tenha entrado no estabelecimento ou à prestação de serviço a ele feita :

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, bem como quando a referida operação for beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, hipótese em que a vedação ao crédito é proporcional à mencionada redução, exceto, em qualquer hipótese, quando se tratar de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a operação ou a prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, bem como quando a referida operação ou prestação for beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, hipótese em que a vedação ao crédito é proporcional à mencionada redução, exceto, em qualquer hipótese, quando se tratar de saída para o exterior.

§ 4º. O Poder Executivo, mediante decreto, poderá dispor que não se aplique, no todo ou em parte, a vedação prevista no parágrafo anterior, desde que estabelecida em acordo, na forma do art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal.

§ 5º. Além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da



Regulamento do ICMS

compensação prevista neste artigo e no anterior, os créditos resultantes de operações de que decorra entrada de mercadoria destinada ao ativo permanente serão objeto de outro lançamento, em livro próprio, ou de outra forma que a legislação determinar, para aplicação do disposto no art. 13, §§ 5º, 6º e 7º.

§ 6º. Operações tributadas ou sem redução de base de cálculo, posteriores às saídas de que trata o § 3º, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não-tributadas, ou do imposto proporcional, no caso de redução de alíquota ou de base de cálculo, sempre que a saída isenta, não-tributada ou com redução de alíquota ou de base de cálculo seja relativa a :

I - produtos agropecuários;

II - outras mercadorias indicadas em decreto do Poder Executivo.

Art. 13. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria que tenha entrado no estabelecimento :

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não-tributada, isenta ou beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, sendo o estorno, neste caso, proporcional à redução, e esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada, estiver com isenção do imposto ou beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, sendo o estorno, neste caso, proporcional à redução.

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento, presumindo-se nestas condições, salvo prova em contrário, além de outras hipóteses, os veículos de transporte pessoal, as aquisições para o ativo permanente - investimento e os casos que forem definidos em portaria do Secretário da Fazenda;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

§ 1º. Devem ser também estomados os créditos referentes a bens do ativo permanente alienados antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de sua aquisição, hipótese em que o estorno será de 20% (vinte por cento) por ano ou fração que faltar para completar o quinquênio.

§ 2º. Não se estornam créditos referentes a mercadorias e serviços que venham a ser objeto de operações ou prestações destinadas ao exterior.

§ 3º. O não-creditamento ou o estorno a que se referem o §3º do artigo anterior e o "caput" deste artigo não impedem a utilização dos mesmos créditos em operações posteriores, sujeitas ao imposto, com a mesma mercadoria.

§ 4º. Em qualquer período de apuração do imposto, se bens do ativo permanente forem utilizados para produção de mercadorias cuja saída resulte de operações ou prestações isentas ou não-tributadas ou beneficiadas com redução de alíquota ou de base de cálculo, haverá estorno dos créditos escriturados, conforme o § 5º do artigo anterior.

§ 5º. Em cada período de apuração do imposto, o montante do estorno previsto no parágrafo anterior será o que se obtiver multiplicando-se o respectivo crédito original pelo fator igual a um sessenta avos da relação entre a soma das saídas e prestações isentas e não-tributadas e o total das saídas e prestações no mesmo período, observando-se :

I - para efeito do disposto neste parágrafo, as saídas e prestações com destino ao

Regulamento do ICMS

exterior equiparam-se às tributadas;

II - o quociente de um sessenta avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, "pro rata die", caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês.

§ 6º. O montante que resultar da aplicação dos §§ 4º e 5º será lançado no livro próprio como estorno de crédito.

§ 7º. Ao fim do quinto ano contado da data do lançamento a que se refere o §5º do artigo anterior, o saldo remanescente do crédito será cancelado de modo a não mais ocasionar estornos.

Art. 14. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação tributária.

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 (cinco) anos contados da data de emissão do documento.

Art. 15. O período de apuração do imposto obedecerá ao previsto na legislação tributária, considerando-se as obrigações vencidas na data em que termina o mencionado período de apuração e podendo ser liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro, conforme disposições a seguir :

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado em decreto do Poder Executivo;

III - se o montante dos créditos do período superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, observar-se-á :

I - os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento do sujeito passivo;

II - saldos credores acumulados a partir de 16 de setembro de 1996 por estabelecimento que realize operações e prestações destinadas ao exterior, nos termos estabelecidos no art. 2º, II, podem ser, na proporção que tais saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento :

a) imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu localizado neste Estado;

b) transferidos pelo sujeito passivo, havendo saldo remanescente, para outros contribuintes deste Estado, mediante a emissão, pela autoridade competente, de documento que reconheça o crédito, conforme previsto em portaria do Secretário da Fazenda.

c) alternativamente ao disposto na alínea "b", esgotando-se sucessivamente, cada possibilidade e respeitando-se a exigência contida na parte final da mencionada alínea, utilizados para pagamento:

1. de débito do imposto do próprio contribuinte, objeto de confissão de dívida ou





Regulamento do ICMS

apurado em procedimento fiscal de ofício, inclusive notificação de débito desde que transitado em julgado na esfera Administrativa.

2. no respectivo prazo de recolhimento, de débito do imposto de responsabilidade direta do contribuinte.

3. por contribuinte devidamente credenciado pela Secretaria da Fazenda nos termos da legislação pertinente, no respectivo prazo de recolhimento de débito do imposto devido como contribuinte substituto, relativamente às operações com insumos agropecuários.

Art. 16. Em substituição ao regime de apuração mencionado no artigo anterior, decreto do Poder Executivo poderá estabelecer :

I - que o cotejo entre créditos e débitos se faça por mercadoria ou serviço dentro de determinado período;

II - que o cotejo entre créditos e débitos se faça por mercadoria ou serviço em cada operação ou prestação;

III - que, em função do porte ou da atividade do estabelecimento, o imposto seja pago em parcelas periódicas e calculado por estimativa, para um determinado período, assegurado ao sujeito passivo o direito de impugná-la e instaurar processo contraditório, observando-se :

a) ao fim do período, será feito o ajuste, com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva;

b) se a diferença referida na alínea anterior for negativa, será compensada com o pagamento referente ao período ou períodos imediatamente seguintes;

c) a inclusão do estabelecimento no regime não dispensa o sujeito passivo do cumprimento de obrigações acessórias.

Art. 17. É responsável pelo pagamento do imposto:

I - o contribuinte do imposto ou depositário, a qualquer título, relativamente a serviços ou mercadorias, conforme estabelecido em lei específica, hipótese em que assumirá a condição de contribuinte - substituto;

II - o contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes, observado o disposto no § 2º;

III - as empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de contribuinte-substituto, pelo pagamento do imposto desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação, observado o disposto no § 2º;

IV- terceiros cujos atos ou omissões concorrerem para o não-recolhimento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável.

§ 1º. A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 2º. Nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, de que tratam os incisos II e III do "caput", que tenham como destinatário consumidor final, o imposto total incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

§ 3º. A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual, nas operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 4º. Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se como fato gerador a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Art. 18. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será :

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte-substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, esgotada sucessivamente cada hipótese :

a) tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão ou entidade competente da Administração Pública, o mencionado preço;

b) existindo preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador, o mencionado preço;

c) nos demais casos, obtida pelo somatório das parcelas seguintes :

1. o valor da operação ou prestação própria realizada pelo contribuinte-substituto ou pelo contribuinte-substituído intermediário;

2. o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

3. a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes, que será estabelecida tomando-se por base os preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 1º. Para obtenção da margem de valor agregado, além dos critérios previstos no inciso II, "c", 3, do "caput", serão observados os percentuais fixados em decreto do Poder Executivo, respeitados os limites máximos de agregação estabelecidos no Anexo Único desta Lei.

§ 2º. O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações subseqüentes, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do contribuinte - substituto.

§ 3º. Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria ou do serviço;



Regulamento do ICMS

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não-tributada;

III - verificar-se qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

Art. 19. É assegurado ao contribuinte-substituído o direito à restituição :

I - do valor total do imposto pago por força da substituição tributária, sempre que :

a) o fato gerador presumido não se realizar;

b) a operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído esteja contemplada com qualquer espécie de desoneração total do imposto;

II - do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação.

§ 1º. Na apreciação dos pedidos de restituição, pelo setor competente da Secretaria da Fazenda, será dada prioridade àqueles formulados em decorrência da substituição tributária.

§ 2º. Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte-substituído poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

§ 3º. Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão administrativa contrária irrecurável, o contribuinte-substituído, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva ciência, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

Art. 20. As referências feitas aos Estados nesta Lei entendem-se feitas também ao Distrito Federal.

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 01 de novembro de 1996, e, com referência aos dispositivos seguintes, apenas nas datas respectivamente indicadas :

I - a partir de 16 de setembro de 1996, relativamente :

a) à não-incidência do imposto sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, bem como sobre prestações de serviço para o exterior;

b) ao direito de crédito, que não será objeto de estorno, quanto às mercadorias que entrem no estabelecimento, a partir da mencionada data, para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior;

II - a partir de 01 de novembro de 1996, quanto às normas do art.12, relativamente ao direito de crédito correspondente:

a) à energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, a partir da mencionada data;

b) à entrada de mercadoria, a partir da mencionada data, destinada ao ativo permanente do estabelecimento;

Regulamento do ICMS

c) à entrada de mercadoria, a partir da mencionada data, para a produção de produtos primários destinados ao exterior;

d) à entrada de mercadoria, a partir da mencionada data, para a prestação que destine serviço ao exterior;

e) à entrada de serviços relativos a produto primário, produto industrializado, inclusive semi-elaborado, e a serviço destinados ao exterior;

III - a partir de 01 de janeiro de 1997, relativamente à cobrança do imposto sobre a prestação de serviço de transporte aéreo;

IV - a partir de 01 de janeiro de 1998, relativamente ao direito de crédito correspondente à entrada de mercadoria, a partir da mencionada data, destinada ao uso ou consumo do estabelecimento.

Art. 22. Permanecem em vigor as disposições da legislação estadual relativa ao ICMS, em especial aquelas previstas na Lei nº 10.259, de 27 de janeiro de 1989, e alterações, na parte não disciplinada na presente Lei.

Art. 23. Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DO CAMPO DAS PRINCESAS, em 20 de dezembro de 1996

MIGUEL ARRAES DE ALENCAR

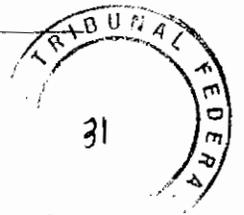
Governador do Estado

Eduardo Henrique Accioly Campos

Marcelo Augusto Albuquerque Aires da Costa

República Federativa do Brasil





LEI Nº 11.408, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996

Estabelece, com base na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incide sobre :

- I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;
- II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;
- III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;
- IV - serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;
- V - fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendido na competência tributária dos Municípios;
- VI - fornecimento de mercadoria com prestação de serviço sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável à matéria expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual;
- VII - entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, para qualquer finalidade, inclusive, em se tratando de pessoa física ou jurídica titular de estabelecimento, quando a mercadoria importada se destine ao uso ou consumo ou ativo permanente do respectivo estabelecimento;
- VIII - entrada, no território do Estado destinatário, de energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Parágrafo único. A caracterização do fato gerador do imposto independe da natureza jurídica da operação ou prestação que o constitua.

Art. 2º O imposto não incide sobre :

- I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão;
- II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços, equiparando-se às referidas operações a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, quando destinada a :
 - a) empresa comercial exportadora, inclusive "trading" ou outro estabelecimento da mesma empresa;
 - b) armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro;
- III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;
- IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;
- V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;
- VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;



VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

VIII - operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.

Art. 3º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações relativas à circulação de mercadoria ou prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que: (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

I - importe mercadorias do exterior para qualquer finalidade, inclusive, em se tratando de pessoa física ou jurídica titular de estabelecimento, quando a mercadoria importada se destine ao uso ou consumo ou ativo permanente do respectivo estabelecimento;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - adquira em licitação pública mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada;

IV - adquira, em outro Estado, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e, a partir de 01 de agosto de 2000, energia elétrica, oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou industrialização. (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

Art. 4º O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

- a) o do estabelecimento onde se encontre no momento da ocorrência do fato gerador;
- b) o local onde se encontre, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando com documentação inidônea, nos termos da legislação tributária;
- c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado, não se aplicando esta regra às mercadorias recebidas em regime de depósito de contribuinte de Estado que não o do depositário;
- d) o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física, no caso de mercadoria ou bem importado do exterior;
- e) o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido, no caso de mercadoria ou bem importado do exterior;
- f) aquele onde seja realizada a licitação pública, no caso de arrematação de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada;
- g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, bem como lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;
- h) o do Estado onde o ouro tenha sido extraído, quando não considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial, devendo, para este efeito, a referida mercadoria ter sua origem identificada;
- i) o do desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos;
- j) o do estabelecimento destinatário da mercadoria adquirida em outro Estado, destinada a integrar o respectivo ativo permanente ou ao seu próprio uso ou consumo, para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, IX;

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte :

- a) onde tenha início a prestação;
- b) onde se encontre o transportador, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando com documentação inidônea, nos termos da legislação tributária;
- c) o do estabelecimento destinatário do serviço, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, IX;

III - trata
a) o da
tran.
b) o do es
servi
c) o do est
a ope.
IX;
d) os seguin
1. a partir d
meio de
2. onde seja
IV - tratando
§ 1º Para efei
pessoas
encontre
I - na impossib
operação
autônomo
III - considera-s
IV - respondem
§ 2º Quando a m
Estado, a p
estabecim
§ 3º Na hipótese
em diferentes
partes iguais p
DE 01.08.2000)
Art. 5º Consid
I - da saída de merc
II - do fornecimento
III - da transmissã
localizado no
IV - da transmissã
tiv. transitad
V - do início da pre
VI - do ato final de
VII - da prestação
recepção, a
observando-s
considera-se
VIII - do fornecir
a) não compreend
b) compreendido
competência
IX - do desembar



III - tratando-se de prestação onerosa, por qualquer meio, de serviço de comunicação :

- a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;
- b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados com que o serviço é pago;
- c) o do estabelecimento destinatário do serviço, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, IX;
- d) os seguintes locais: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

1. a partir de 01 de agosto de 2000, o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

2. onde seja cobrado o serviço, nos demais casos; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento ou do domicílio do destinatário.

§ 1º Para efeito desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado ainda o seguinte :

I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação;

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

III - considera-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante ou na captura de pescado;

IV - respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.

§ 2º Quando a mercadoria for remetida para armazém-geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no estabelecimento do depositante, salvo se para retornar ao estabelecimento remetente.

§ 3º Na hipótese do inciso III do "caput", tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes Estados e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para aqueles onde estiverem localizados o prestador e o tomador. (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

Art. 5º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento :

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão, a terceiro, de propriedade de mercadoria depositada em armazém-geral ou em depósito fechado localizado no Estado do transmitente;

IV - da transmissão, a terceiro, de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

V - do início da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal de qualquer natureza;

VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

VII - da prestação onerosa de serviço de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, observando-se que, quando o serviço for prestado mediante o pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário;

VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviço :

a) não compreendido na competência tributária dos Municípios;

b) compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, conforme definido na lei complementar aplicável à matéria;

IX - do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada do exterior, observando-se :



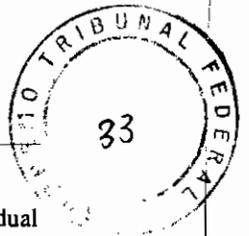
- a) após o desembaraço aduaneiro, a entrega, pelo depositário, de mercadoria ou bem importado do exterior deverá ser autorizada pelo órgão responsável pelo respectivo desembaraço;
- b) o desembaraço referido na alínea anterior somente se fará mediante a exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente no ato do despacho aduaneiro, salvo disposição em contrário estabelecida em decreto do Poder Executivo;
- X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;
- XI - da aquisição, em licitação pública, de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada;
- XII - da entrada, no território do Estado, de energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, oriundos de outro Estado, quando não destinados à industrialização ou à comercialização;
- XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente;
- XIV - da entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente, quando procedente de outro Estado e destinada a integrar o respectivo ativo permanente ou ao seu próprio uso ou consumo.

Art. 6º A base de cálculo do imposto é :

- I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do "caput" do artigo anterior, o valor da operação;
- II - no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;
- III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;
- IV - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviço :
- a) o valor da operação, quando o serviço não estiver compreendido na competência tributária dos Municípios;
- b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, quando o serviço estiver compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, conforme definido na lei complementar aplicável à matéria;
- V - na hipótese de mercadoria importada do exterior, a soma das seguintes parcelas :
- a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observando-se :
1. o preço da mercadoria expresso em moeda estrangeira será convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do Imposto de Importação, sem qualquer acréscimo ou devolução posterior, se houver variação da taxa de câmbio até o pagamento do efetivo preço;
2. o valor fixado pela autoridade aduaneira para base de cálculo do Imposto de Importação, nos termos da lei aplicável à matéria, substituirá o preço declarado;
- b) o Imposto de Importação;
- c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;
- d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;
- e) quaisquer despesas aduaneiras, assim consideradas as importâncias devidas às repartições alfandegárias;
- VI - no recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado ou iniciado no exterior, o valor da prestação do serviço, acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização;
- VII - na aquisição, em licitação pública, de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada, o valor da operação, acrescido do valor do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando for o caso, e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao adquirente;
- VIII - na entrada, no território do Estado, de energia elétrica e de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, oriundos de outro Estado, quando não destinados à industrialização ou à comercialização, o valor da operação de que decorrer a entrada;
- IX - na hipótese de utilização de serviço com prestação iniciada em outro Estado, que não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, e de aquisição de mercadoria, também em outro Estado, para o ativo permanente ou uso ou consumo do próprio adquirente, o valor da prestação ou da operação no Estado de origem, sendo o imposto a

Art. 7º

- I - o pre
me
- II - o pr
- III - o j
se
v.
ii



pagar o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o mencionado valor;

X - na aquisição, pelo arrendatário, do bem objeto de contrato de arrendamento mercantil, o valor de venda da operação no Estado de origem.

1º Integra a base de cálculo do imposto :

- I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fim de controle;
- II - o valor correspondente a :

- a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;
- b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

§ 2º Não integra a base de cálculo do imposto o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos.

§ 3º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é :

- I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;
- II - o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;
- III - tratando-se de mercadoria não-industrializada, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

§ 4º Nas operações e prestações interestaduais entre estabelecimentos que não pertençam ao mesmo titular, caso haja reajuste do valor depois da remessa ou da prestação, a diferença fica sujeita ao imposto no estabelecimento do remetente ou do prestador.

§ 5º Quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao do mercado, a base de cálculo poderá ser determinada pela autoridade administrativa, mediante ato normativo, ressalvados os descontos incondicionais.

§ 6º Para fim do disposto no parágrafo anterior, o preço de mercado será, segundo a ordem:

- I - produto tabelado ou com preço máximo de venda, fixado pela autoridade competente, ou pelo fabricante, o respectivo preço;
- II - o valor constante em publicação ou correspondência oficial de órgão ou entidade privada;
- III - o valor mínimo entre os coletados nas regiões fiscais do Estado.

§ 7º Relativamente ao disposto no parágrafo anterior, observar-se-á:

- I - quando o valor da operação for superior ao fixado em pauta, prevalecerá aquele como valor da base de cálculo;
- II - quando o valor da operação for inferior ao fixado em pauta, havendo discordância do contribuinte em relação ao valor da pauta, a ele caberá comprovar a exatidão do valor que tenha indicado para a operação;
- III - efetivada a comprovação prevista no inciso anterior, o valor real da operação prevalecerá como base de cálculo do imposto, devendo-se proceder às correções que se fizerem necessárias;
- IV - nas operações interestaduais, a aplicação do disposto neste parágrafo e nos §§ 5º e 6º dependerá da celebração de acordo entre os Estados envolvidos fixando os valores e estabelecendo os critérios.

Art. 7º Na falta do valor a que se referem os incisos I e VIII do artigo anterior, a base de cálculo do imposto é :

- I - o preço corrente da mercadoria, ou de seu similar, no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, do mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia;
- II - o preço FOB estabelecimento industrial à vista, caso o remetente seja industrial;
- III - o preço FOB estabelecimento comercial à vista, na venda a outros comerciantes ou industriais, caso o remetente seja comerciante, ou ainda o valor equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do preço de venda corrente no varejo, nesta hipótese quando o estabelecimento remetente não efetuar vendas a outros comerciantes ou industriais, ou, em qualquer caso, quando não houver mercadoria similar.



Parágrafo único. Para aplicação do disposto nos incisos II e III do "caput", adotar-se-á sucessivamente :

- I - o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente;
- II - caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de seu similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional.

Art. 8º Nas prestações sem preço determinado, a base de cálculo do imposto é o valor corrente do serviço no local da prestação.

Art. 9º Quando o valor do frete, cobrado por estabelecimento pertencente ao mesmo titular da mercadoria ou por outro estabelecimento de empresa que com aquele mantenha relação de interdependência, exceder os níveis normais de preços em vigor, no mercado local, para serviço semelhante, constantes de tabelas elaboradas pelos órgãos competentes, o valor excedente será havido como parte do preço da mercadoria.

Parágrafo único. Considerar-se-ão interdependentes duas empresas quando :

- I - uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges ou filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra;
- II - uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor, ou sócio com função de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;
- III - uma delas locar ou transferir à outra, a qualquer título, veículo destinado ao transporte de mercadoria.

Art. 10. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Parágrafo único. Considera-se atendida a avaliação contraditória o direito de o contribuinte impugnar o lançamento durante o curso do processo administrativo - tributário.

Art. 11. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 12. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observando-se: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

- I - relativamente a energia elétrica: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - a) no período de 01 de agosto de 2000 a 31 de dezembro de 2002, a respectiva entrada no estabelecimento somente dará direito a crédito: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - 1. quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - 2. quando consumida no processo de industrialização; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - 3. quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - b) no período de 01 de novembro de 1996 a 31 de julho de 2000 e a partir de 01 de janeiro de 2003, o direito ao crédito referido na alínea anterior ocorrerá sem as restrições ali previstas; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
- II - relativamente a serviço de comunicação: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - a) no período de 01 de agosto de 2000 a 31 de dezembro de 2002, a respectiva utilização pelo estabelecimento somente dará direito a crédito: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - 1. quando tenham sido prestados ao mencionado estabelecimento na execução de serviços da mesma natureza; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)



§ 6º Operações tributadas ou sem redução de base de cálculo, posteriores às saídas de que trata o § 3º, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não-tributadas, ou do imposto proporcional, no caso de redução de alíquota ou de base de cálculo, sempre que a saída isenta, não-tributada ou com redução de alíquota ou de base de cálculo seja relativa a :

I - produtos agropecuários;

II - outras mercadorias indicadas em decreto do Poder Executivo.

Art. 13. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria que tenha entrado no estabelecimento :

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não-tributada, isenta ou beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, sendo o estorno, neste caso, proporcional à redução, e esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada, estiver com isenção do imposto ou beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, sendo o estorno, neste caso, proporcional à redução.

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento, presumindo-se nestas condições, salvo prova em contrário, além de outras hipóteses, os veículos de transporte pessoal, as aquisições para o ativo permanente - investimento e os casos que forem definidos em portaria do Secretário da Fazenda;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

§ 1º Devem ser também estornados os créditos referentes a bens do ativo permanente adquiridos até 31 de julho de 2000 e alienados antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de sua aquisição, hipótese em que o estorno será de 20% (vinte por cento) por ano ou fração que faltar para completar o quinquênio. (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

§ 2º Não se estornam créditos referentes a mercadorias e serviços que venham a ser objeto de operações ou prestações destinadas ao exterior.

§ 3º O não-creditamento ou o estorno a que se referem o §3º do artigo anterior e o "caput" deste artigo não impedem a utilização dos mesmos créditos em operações posteriores, sujeitas ao imposto, com a mesma mercadoria.

§ 4º Em qualquer período de apuração do imposto, se bens do ativo permanente, adquiridos até 31 de julho de 2000 forem utilizados para produção de mercadorias cuja saída resulte de operações ou prestações isentas ou não-tributadas ou beneficiadas com redução de alíquota ou de base de cálculo, haverá estorno dos créditos escriturados conforme o § 5º do artigo anterior. (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

§ 5º Em cada período de apuração do imposto, o montante do estorno previsto no parágrafo anterior será o que se obtiver multiplicando-se o respectivo crédito original pelo fator igual a um sessenta avos da relação entre a soma das saídas e prestações isentas e não-tributadas e o total das saídas e prestações no mesmo período, observando-se :

I - para efeito do disposto neste parágrafo, as saídas e prestações com destino ao exterior equiparam-se às tributadas;

II - o quociente de um sessenta avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, "pro rata die", caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês.

§ 6º O montante que resultar da aplicação dos §§ 4º e 5º será lançado no livro próprio como estorno de crédito.

§ 7º Ao fim do quinto ano contado da data do lançamento a que se refere o §5º do artigo anterior, o saldo remanescente do crédito será cancelado de modo a não mais ocasionar estornos.

Art. 14. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação tributária.

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 (cinco) anos contados da data de emissão do documento.

Art. 15. O período de apuração do imposto obedecerá ao previsto na legislação tributária, considerando-se as obrigações vencidas na data em que termina o mencionado período de apuração e podendo ser liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro, conforme disposições a seguir :



2. quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

b) no período de 01 de março de 1989 a 31 de julho de 2000 e a partir de 01 de janeiro de 2003, o direito ao crédito referido na alínea anterior ocorrerá sem as restrições ali previstas, observado o disposto em decreto do Poder Executivo. (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não-tributadas ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, além de outras hipóteses, os veículos de transporte pessoal, as aquisições para o ativo permanente-investimento e os casos que forem definidos em portaria do Secretário de Fazenda.

§ 3º É vedado o crédito relativo à mercadoria que tenha entrado no estabelecimento ou à prestação de serviço a ela feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, bem como quando a referida operação for beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, hipótese em que a vedação ao crédito é proporcional à mencionada redução, exceto, em qualquer hipótese, quando se tratar de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a operação ou a prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, bem como quando a referida operação ou prestação for beneficiada com redução de alíquota ou de base de cálculo, hipótese em que a vedação ao crédito é proporcional à mencionada redução, exceto, em qualquer hipótese, quando se tratar de saída para o exterior.

§ 4º O Poder Executivo, mediante decreto, poderá dispor que não se aplique, no todo ou em parte, a vedação prevista no parágrafo anterior, desde que estabelecida em acordo, na forma do art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal.

§ 5º Para efeito do disposto no "caput", relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado o seguinte: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

I - até 31 de julho de 2000, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, serão objeto de outro lançamento, em livro próprio ou de outra forma que a legislação determinar, para aplicação do disposto no artigo 13, §§ 5º, 6º e 7º; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

II - a partir de 01 de agosto de 2000: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

a) a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

b) em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

c) para aplicação do disposto nas alíneas "a" e "b", o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

d) o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, "pro rata die", caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

e) na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

f) serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito de compensação prevista neste artigo e no artigo anterior, em livro próprio ou de outra forma que a legislação determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a V; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

g) ao final do quadragésimo oitavo mês, contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado. (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)



- I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;
- II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado em decreto do Poder Executivo;
- III - se o montante dos créditos do período superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, observar-se-á :

- I - os débitos e créditos devem ser apurados: (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - a) até 31 de julho de 2000, em cada estabelecimento do sujeito passivo; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
 - b) a partir de 01 de agosto de 2000, em cada estabelecimento, podendo ser compensados os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado; (15) (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)
- II - saldos credores acumulados a partir de 16 de setembro de 1996 por estabelecimento que realize operações e prestações destinadas ao exterior, nos termos estabelecidos no art. 2º, II, podem ser, na proporção que tais saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento :
 - a) imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu localizado neste Estado;
 - b) transferidos pelo sujeito passivo, havendo saldo remanescente, para outros contribuintes deste Estado, mediante a emissão, pela autoridade competente, de documento que reconheça o crédito, conforme previsto em portaria do Secretário da Fazenda.
 - c) alternativamente ao disposto na alínea "b", esgotando-se sucessivamente, cada possibilidade e respeitando-se a exigência contida na parte final da mencionada alínea, utilizados para pagamento:
 1. de débito do imposto do próprio contribuinte, objeto de confissão de dívida ou apurado em procedimento fiscal de ofício, inclusive notificação de débito desde que transitado em julgado na esfera Administrativa.
 2. no respectivo prazo de recolhimento, de débito do imposto de responsabilidade direta do contribuinte.
 3. por contribuinte devidamente credenciado pela Secretaria da Fazenda nos termos da legislação pertinente, no respectivo prazo de recolhimento de débito do imposto devido como contribuinte substituto, relativamente às operações com insumos agropecuários.

Art. 16. Em substituição ao regime de apuração mencionado no artigo anterior, decreto do Poder Executivo poderá estabelecer :

- I - que o cotejo entre créditos e débitos se faça por mercadoria ou serviço dentro de determinado período;
- II - que o cotejo entre créditos e débitos se faça por mercadoria ou serviço em cada operação ou prestação;
- III - que, em função do porte ou da atividade do estabelecimento, o imposto seja pago em parcelas periódicas e calculado por estimativa, para um determinado período, assegurado ao sujeito passivo o direito de impugná-la e instaurar processo contraditório, observando-se :
 - a) ao fim do período, será feito o ajuste, com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva;
 - b) se a diferença referida na alínea anterior for negativa, será compensada com o pagamento referente ao período ou períodos imediatamente seguintes;
 - c) a inclusão do estabelecimento no regime não dispensa o sujeito passivo do cumprimento de obrigações acessórias.

Art. 17. É responsável pelo pagamento do imposto:

- I - o contribuinte do imposto ou depositário, a qualquer título, relativamente a serviços ou mercadorias, conforme estabelecido em lei específica, hipótese em que assumirá a condição de contribuinte - substituto;
- II - o contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes, observado o disposto no § 2º;
- III - as empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de contribuinte-substituto, pelo pagamento do imposto desde a produção ou importação até a



última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação, observado o disposto no § 2º;

IV- terceiros cujos atos ou omissões concorrerem para o não-recolhimento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável.

§ 1º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 2º Nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, de que tratam os incisos II e III do "caput", que tenham como destinatário consumidor final, o imposto total incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

§ 3º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual, nas operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 4º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se como fato gerador a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Art. 18. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será :

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte-substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, esgotada sucessivamente cada hipótese :

a) tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão ou entidade competente da Administração Pública, o mencionado preço;

b) existindo preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador, o mencionado preço;

c) nos demais casos, obtida pelo somatório das parcelas seguintes :

1. o valor da operação ou prestação própria realizada pelo contribuinte-substituto ou pelo contribuinte-substituto intermediário;

2. o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

3. a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes, que será estabelecida tomando-se por base os preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 1º Para obtenção da margem de valor agregado, além dos critérios previstos no inciso II, "c", 3, do "caput", serão observados os percentuais fixados em decreto do Poder Executivo, respeitados os limites máximos de agregado estabelecidos no Anexo Único desta Lei.

§ 2º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações subseqüentes, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do contribuinte - substituto.

§ 3º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável quando:

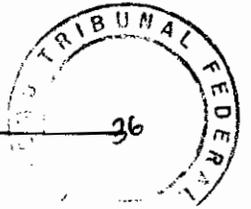
I - da entrada ou recebimento da mercadoria ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida, ainda que isenta ou não-tributada;

III - verificar-se qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

Art. 19. É assegurado ao contribuinte-substituído o direito à restituição :

I - do valor total do imposto pago por força da substituição tributária, sempre que :



36

valor presumido não se realizar;

ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído esteja contemplada com qualquer espécie de crédito total do imposto;

o valor do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for aquela prevista na antecipação.

A apreciação dos pedidos de restituição, pelo setor competente da Secretaria da Fazenda, será dada prioridade aos formulados em decorrência da substituição tributária.

Quando o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte-substituído poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os critérios aplicáveis ao tributo.

Em caso de rescisão do parágrafo anterior, sobrevindo decisão administrativa contrária irrecorrível, o contribuinte-substituído, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva ciência, procederá ao estorno dos créditos lançados, devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

As referências feitas aos Estados nesta Lei entendem-se feitas também ao Distrito Federal.

Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 01 de novembro de 1996, com referência aos dispositivos seguintes, apenas nas datas respectivamente indicadas:

16 de setembro de 1996, relativamente:

à concessão do crédito de imposto sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e industrializados semi-elaborados, bem como sobre prestações de serviço para o exterior;

ao crédito, que não será objeto de estorno, quanto às mercadorias que entrem no estabelecimento, a partir da mencionada data, para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, e semi-elaboradas, destinadas ao exterior;

de 01 de novembro de 1996, quanto às normas do art. 12, relativamente ao direito de crédito correspondente:

à energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, a partir da mencionada data, observado o disposto no art. 15 (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

à mercadoria, a partir da mencionada data, destinada ao ativo permanente do estabelecimento;

à mercadoria, a partir da mencionada data, para a produção de produtos primários destinados ao exterior;

à mercadoria, a partir da mencionada data, para a prestação que destine serviço ao exterior;

à prestação de serviços relativos a produto primário, produto industrializado, inclusive semi-elaborado, e a prestação de serviços destinados ao exterior;

de 01 de janeiro de 1997, relativamente à cobrança do imposto sobre a prestação de serviço de transporte

de 1º de janeiro de 2003, relativamente ao direito do crédito correspondente à entrada de mercadoria, a partir da mencionada data, destinada ao uso ou consumo do estabelecimento adquirente. (Lei nº 11.739/99 - EFEITOS A PARTIR DE 01.01.2003)

de 01 de agosto de 2000 e de 01 de janeiro de 2003, quanto à extensão do uso do crédito relativo a energia elétrica e serviço de comunicação, conforme definida no artigo 12, I e II. (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)

Permanecem em vigor as disposições da legislação estadual relativa ao ICMS, em especial aquelas previstas na Lei nº 10.259, de 27 de janeiro de 1989, e alterações, na parte não disciplinada na presente Lei.

Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DO CAMPO DAS PRINCESAS, em 20 de dezembro de 1996

MIGUEL ARRAES DE ALENCAR
Governador do Estado

Eduardo Henrique Accioly Campos



Marcelo Augusto Albuquerque Aires da Costa

ANEXO ÚNICO DA LEI Nº 11.408/96.
Limites Percentuais Máximos de Agregação
(art. 18, § 1º)

PRODUTOS	Percentual máximo (%)
Açúcar de cana	20
Cerveja, refrigerante, chope, concentrado, xarope, extrato e pré-mix e água mineral potável ou gelo	
Água mineral, potável ou gelo	300
Chope	140
Extrato concentrado ou xarope destinado ao preparo de refrigerante	140
Refrigerante acondicionado em garrafa com capacidade igual ou superior a 600ml	140
Outros	140
Cigarros, outros produtos derivados do fumo e papel de cigarro	50
Cimento de qualquer espécie (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)	30
Combustíveis	
Álcool Hidratado	92,29
Gasolina automotiva e álcool anidro	117,17
Lubrificantes	30
Óleo diesel	13
Demais Produtos	30
Disco fonográfico, fita virgem ou gravata	25
Filmes fotográficos ou cinematográficos e "slides" (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)	40
Farinha de trigo	200
Madeira, seus derivados e laminados melamínicos	50
Pilhas e baterias elétricas	40
Pneus, câmaras de ar e protetores	45
Produtos farmacêuticos	60,07
Produtos de perfumaria, de higiene pessoal e cosméticos (Lei nº 11.846/2000 - EFEITOS A PARTIR DE 01.08.2000)	35
Sorvete	30
Tintas e vernizes	35
Veículos automotores	34
Demais hipóteses de antecipação tributária	30



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



DETALHES DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Partes **Andamentos** **Acórdãos** **Deslocamentos**

Documento 1 de 1

Referência

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) - 5

Autor

Requerente

Estado

ALAGOAS

Relato

MINISTRO ILMAR GALVÃO

Tribunal

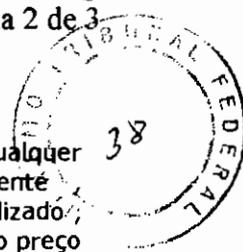
Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC (CF 103 , OIX)

Requerido : GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA SECRETÁRIOS DE FAZENDA , FINANÇAS OU TRIBUTAÇÃO DOS ESTADOS DO ACRE , ALAGOAS , AMAPÁ , AMAZONAS , BAHIA , CEARÁ , ESPÍRITO SANTO , GOIÁS , MARANHÃO , MATO GROSSO , MATO GROSSO DO SUL , MINAS GERAIS , PARÁ , PARAÍBA , PIAUÍ , RIO DE JANEIRO , RIO GRANDE DO NORTE , RIO GRANDE DO SUL , RONDÔNIA , RORAIMA , SERGIPE , TOCANTINS E DO DISTRITO FEDERAL

Tribunal Superior

Dispositivo Legal Questionado

Cláusula Segunda do Convênio ICMS 013 /97, § 006 ° e 007 ° do art. 498 do Decreto 35245 /91, na redação do art. 001 ° do Decreto 37406 /98, ambos do Estado de Alagoas . Cláusula Segunda do Convênio ICMS 013 /97 . Não caberá a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto , sob a modalidade da substituição tributária , se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 008 ° da LC 087 , de 13 de setembro de 1996 . Decreto 37406 /98 "Art. 001 ° - Passa a vigorar com as seguintes modificações o Regulamento do ICMS , aprovado pelo Decreto nº 35245 , de 26 de dezembro de 1991 . "Art.498 - (. . .) § 001 ° - A base de cálculo prevista neste artigo , bem como a relativa à operação própria efetuada pelo sujeito passivo por substituição , nas operações internas e de importação , fica reduzida, de 1º de janeiro a 30 de junho de 1998 , de forma que a carga tributária resulte no percentual de 012 % (doze por cento) . (. . .) § 005 ° - O benefício contido no § 001 ° é opcional , ficando condicionado à manifestação expressa , do contribuinte substituído , pela adoção do regime de substituição tributária , mediante a celebração de Termo de Acordo em Regime Especial com o Fisco , instrumento que estabelecerá as condições para operacionalização dessa sistemática de tributação , especialmente quanto à fixação de cálculo . § 006 ° - Para fins de habilitar-se à fruição do benefício de que trata o § 001 ° ,



tenha ajuizado ação contra a sistemática de substituição tributária , ou , caso tenha promovido qualquer ação nesse sentido , abdique expressamente , pela desistência homologada judicialmente comprometendo-se a não intentar nova demanda com o mesmo objetivo ; OII - não tenha protocolizado na instância administrativa ou na judicial , pedido de devolução do ICMS decorrente da diferença do preço praticado em relação ao valor que serviu de base de cálculo para a substituição tributária , ou , caso tenha pedido de tal natureza em tramitação administrativa ou judicial , desista expressamente da solicitação , comprometendo-se a não pleitear qualquer devolução do tributo em virtude da referida diferença ; III - não tenha lançado , na conta-corrente do ICMS , créditos que tenham como origem a diferença a que se refere o inciso OII , ou caso tenha promovido tais lançamentos , proceda ao estorno , ou recolha de imediato o montante pertinente aos créditos assim apropriados . § 007 ° - Perderá o benefício previsto no § 001 ° o contribuinte que vier a descumprir o compromisso firmado em qualquer dos incisos do parágrafo anterior , obrigando-se ao recolhimento imediato do tributo relativo à diferença decorrente da aplicação da sistemática normal de tributação , em cotejo com o regime de tributação com base de cálculo reduzida .

www.stf.jus.br/portal/consultas/adins.asp

- Art. 150 , § 007 ° ; 005 ° , XXXIV "a" XXXV

Deferida

Decisão do Tribunal

O Tribunal , por votação unânime , conheceu , em parte , da ação direta , para , no ponto de que conheceu , deferir o pedido de medida cautelar , suspendendo , em consequência , até final julgamento do processo , a eficácia e a aplicabilidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 013 /97. Votou o Presidente . Ausente , justificadamente , neste julgamento , o Ministro Nelson Jobim . - Plenário , 03.09.1998 . - Acórdão , DJ 23.10.1998 . /#

www.stf.jus.br/portal/consultas/adins.asp

Plenário , 03.09.1998 .

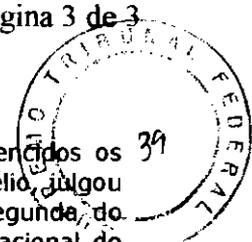
Data de Publicação do Livro

Acórdão , DJ 23.10.1998 .

Resultado do Processo

Improcedente

Resultado do Livro



O Tribunal, por unanimidade, conheceu, em parte, da ação e, nesta parte, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente o pedido formulado na inicial e declarou a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13, de 21 de março de 1997. Falaram, pela requerente, Confederação Nacional do Comércio - CNC, o Dr. Hamilton Dias de Souza, pelos requeridos, Governador do Estado de Alagoas, o Dr. Aluísio Lundgren Corrêa Regis, Procurador do Estado, e, pelo Governador do Estado de Minas Gerais, Dr. José Alfredo Borges, Procurador do Estado. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim . - Plenário , 08.05.2002 . / #

Lista de julgamentos em Plenário

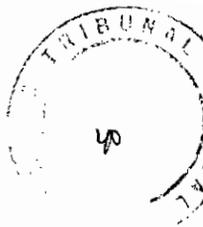
Plenário

Data de julgamento

Pendente

Incidência

Em que dia ocorreu



08/05/2002

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.851-4 ALAGOAS

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC
ADVOGADOS: HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADA: FERNANDA GUIMARÃES HERNANDEZ
REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADOS: PGE-AL ALUISIO LUNDGREN CORRÊA REGIS E OUTROS
REQUERIDO: MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
REQUERIDOS: SECRETÁRIOS DE FAZENDA, FINANÇAS OU TRIBUTAÇÃO DOS ESTADOS DO ACRE, ALAGOAS, AMAPÁ, AMAZONAS, BAHIA, CEARÁ, ESPÍRITO SANTO, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MATO GROSSO DO SUL, MINAS GERAIS, PARÁ, PARAÍBA, PIAUÍ, RIO DE JANEIRO, RIO GRANDE DO NORTE, RIO GRANDE DO SUL, RONDÔNIA, RORAIMA, SERGIPE, TOCANTINS E DO DISTRITO FEDERAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio - CNC, tendo por objeto a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 e os §§ 6.º e 7.º do art. 498 do Decreto n.º 35.245/91, redação dada pelo art. 1.º do Decreto n.º 37.406/98, do Estado de Alagoas, que se acham assim redigidos:

CONVÊNIO ICMS 13, DE 21 DE MARÇO DE 1997

"Cláusula segunda - Não caberá a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8.º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996."

DECRETO N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO DEC. N.º 37.406/98):

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



"Art. 498 (...)

§ 1.º. A base de cálculo prevista neste artigo, bem como a relativa à operação própria efetuada pelo sujeito passivo por substituição, nas operações internas e de importação, fica reduzida, de 1.º de janeiro a 30 de junho de 1998, de forma que a carga tributária resulte no percentual de 12% (doze por cento).

(...)

§ 5.º O benefício contido no § 1.º é opcional, ficando condicionado à manifestação expressa, do contribuinte substituído, pela adoção do regime de substituição tributária, mediante a celebração de Termo de Acordo em Regime Especial com o Fisco, instrumento que estabelecerá as condições para operacionalização dessa sistemática de tributação, especialmente quanto à fixação de cálculo.

§ 6.º Para fins de habilitar-se à fruição do benefício de que trata o § 1.º, deverá ainda o contribuinte substituído atender cumulativamente às seguintes condições:

I - não tenha ajuizado ação contra a sistemática de substituição tributária, ou, caso tenha promovido qualquer ação nesse sentido, abdique expressamente, pela desistência homologada judicialmente, comprometendo-se a não intentar nova demanda com o mesmo objetivo;

II - não tenha protocolizado, na instância administrativa ou na judicial, pedido de devolução do ICMS decorrente da diferença do preço praticado em relação ao valor que serviu de base de cálculo para a substituição tributária, ou, caso tenha pedido de tal natureza em tramitação administrativa ou judicial, desista expressamente da solicitação, comprometendo-se a não pleitear qualquer devolução do tributo em virtude da referida diferença;

III - não tenha lançado, na conta corrente do ICMS, créditos que tenham como origem a diferença a que se refere o inciso II, ou, caso tenha promovido tais lançamentos,



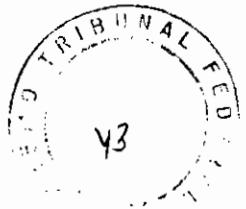
proceda ao estorno, ou recolha de imediato o montante pertinente aos créditos assim apropriados.

§ 7.º Perderá o benefício previsto no § 1.º o contribuinte que vier a descumprir o compromisso firmado em qualquer dos incisos do parágrafo anterior, obrigando-se ao recolhimento imediato do tributo relativo à diferença decorrente da aplicação da sistemática normal de tributação, em cotejo com o regime de tributação com base de cálculo reduzida.

(...)"

Sustenta a autora, em síntese, que a primeira norma ofende o § 7.º do artigo 150 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a EC n.º 3/93, ao negar direito à restituição do ICMS pago a maior, sob o regime da substituição tributária, quando a operação subsequente se realiza por valor inferior ao presumido; e as demais afrontam não apenas o referido dispositivo, mas também o direito de petição e o direito de acesso ao Judiciário, por haverem condicionado incentivo fiscal, consistente na redução da base de cálculo do imposto, autorizada no Convênio ICMS n.º 129/97, não somente à opção pelo regime da substituição tributária, mas também à abdicação expressa, pelo contribuinte, de discussão judicial acerca do regime e, mais ainda, à renúncia ao direito de requerer, administrativa ou judicialmente, a devolução de eventual excesso.

Sustenta, mais, que a utilização do regime de substituição tributária há de ser neutra relativamente ao arquétipo do imposto, não sendo com ele compatível que, da aplicação de



técnica de simplificação arrecadatória, resulte tributação maior que a devida, em prejuízo não apenas do consumidor, mas também do contribuinte substituído, que terá de competir em desigualdade com outros que operem sob regime de pagamento de tributo calculado sobre o valor da última operação, com que se sujeitem a sistema em que o tributo só seja cobrado do comerciante.

Ademais, nos dizeres da inicial, para que se possa ter por justificado e legitimado o regime de substituição tributária para a frente, forçoso é entender-se que o direito à restituição do tributo ocorre não apenas quando o fato gerador presumido não vier a realizar-se, mas também na hipótese mais freqüente de não se realizar ele nas dimensões previstas à época do recolhimento, sob pena de sujeitar-se o contribuinte ao pagamento de imposto maior do que o devido e, ainda, de ter-se por inócua a própria previsão constitucional de restituição do excesso.

Na assentada de 03.09.98, o Plenário, por unanimidade, deferiu, em parte, o requerimento de medida cautelar, para o fim de suspender a eficácia da cláusula segunda do Convênio ICMS n.º 13/97.

Foram citados todos os membros do CONFAZ, inclusive o Ministro da Fazenda, os quais, em resposta, ofereceram, de modo geral, as alegações a seguir resumidas.

Disseram, preliminarmente, que o Convênio ICMS n.º 13/97 não reveste os requisitos previstos no art. 155, § 2.º, XII, g, da CF, dado não cuidar de concessão ou de revogação de isenção de

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



imposto, não passando de um protocolo de intenções celebrado pelos Estados, de conteúdo simplesmente programático e interpretativo da LC n.º 87/96, sem caráter coercitivo e sem ter contado, sequer, com a aprovação de todos os membros do CONFAZ, já que não o subscreveram os Estados de Pernambuco, São Paulo, Santa Catarina e Paraná.

Assim, não pode ser impugnado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo porque se estivesse a merecer confronto seria com a LC n.º 87/96 e não com a Carta da República.

No que concerne ao mérito, sustentaram que a substituição tributária constitui um dos instrumentos consagradores do princípio da praticidade da tributação, que aponta no sentido de uma maior economia, eficiência e celeridade na imposição tributária, a exemplo do que ocorre com o imposto de renda na fonte e o pagamento de tributo por estimativa, hipóteses em que são recolhidas quantias prefixadas pela administração fazendária, as quais nem sempre têm correspondência com os respectivos fatos geradores.

Disseram, mais, tratar-se do regime do fato gerador presumido que, a partir da EC n.º 3/93, se acha consagrado na própria Carta da República, aplicando-se aos impostos plurifásicos, como o ICMS, em que se revela razoável a presunção de que haverá operação subsequente, isso mediante salvaguarda, elemento sempre presente em hipóteses não tradicionais de tributação, nesse caso, representada pela imediata e preferencial restituição do tributo decorrente do fato gerador presumido que não se realizou.



Aduziram que, sendo a base de cálculo dos tributos matéria cuja disciplina foi reservada pela Constituição à lei complementar (art. 146, § 3.º, III), se encontra ela, agora, regulada pela LC n.º 87/96, que, no art. 8.º, inciso II, combinado com o § 4.º, estabeleceu as regras para determinação da base de cálculo em caso de substituição tributária, mandando calcular o tributo sobre o valor da mercadoria quando tabelada pelo fabricante para o consumidor final, como no cigarro; sobre um valor de pauta adredeamente fixado pela Administração Fiscal; ou por estimativa, tomando-se como referência os preços médios alcançados pela mercadoria nas operações de varejo.

Tratando-se de base de cálculo presumida, regulada mediante critérios prefixados por lei, não arbitrários, característica essencial do instituto, verificado o fato gerador, não há cogitar de base de cálculo diversa da estabelecida em lei, nem, conseqüentemente, de compensação, ou restituição de imposto, em face de saída final realizada por valor inferior ao presumido, sob pena de completo desvirtuamento do instituto que pressupõe, por sua própria natureza, base de cálculo presumida, não comportando análise discriminada das operações realizadas com cada produto, sendo irrazoável imaginar que a Constituição venha a ser interpretada de molde a inviabilizar o próprio instituto por ela consagrado no art. 150, § 7.º.

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



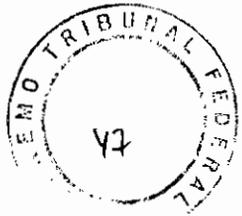
Ocorre, portanto, com a substituição tributária, a exclusão da incidência plurifásica do tributo, que assim se torna monofásico, de uma só etapa, não dando ensejo à aplicação do princípio da não-cumulatividade, presumido que o tributo repercutiu por inteiro sobre o consumidor final. Se a base de cálculo é presumida, não há como apurar se correspondeu ao seu valor real, só se podendo falar em restituição se o fato gerador não se realizou, como previsto na Constituição.

Por outro lado, só cabe alegar pagamento a maior se inobservada a suposição legal reguladora da base de cálculo presumida, a qual exclui a possibilidade de adoção de outros critérios diversos do que foram por ela estabelecidos para prefixação da base de cálculo.

O Estado de Alagoas, fazendo coro com os demais na defesa da constitucionalidade da cláusula segunda do Convênio n.º 13/97, relativamente ao seu Decreto n.º 35.245/91, também apontado como incompatível com a CF, aduz que não contém ele ofensa à norma do § 7.º do art. 150.

A Advocacia-Geral da União, após transcrever a informação da Fazenda Nacional, requereu fosse a ação julgada improcedente.

Manifestou-se, por derradeiro, a Procuradoria-Geral da República, também no sentido da improcedência, ao fundamento central de que "a devolução da diferença paga a maior, quando a base de cálculo do tributo for presumida para maior em relação à



posteriormente verificada quando da concernente, não parece encontrar-se garantida pelo dispositivo constitucional em referência, porquanto este garante a imediata e preferencial restituição da quantia paga, tão-somente, na hipótese de não-realização do fato gerador presumido".

É o relatório.

[Handwritten signature]
* * * * *

dfm

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO

08/05/2002

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.851-4 ALAGOAS

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Conforme se viu, trata-se de ação que tem por principal objeto a cláusula segunda do Convênio ICMS n.º 13/67 e os §§ 6.º e 7.º do artigo 498 do Decreto n.º 35.245/91, introduzidos pelo Decreto n.º 37.406/98, do Estado de Alagoas, cujos textos foram reproduzidos no relatório.

O Convênio ICMS n.º 13/97 (fl. 115) foi editado pelo CONFAZ com declarado objetivo de atender à "necessidade de harmonizar os procedimentos a serem adotados pelas unidades federadas com referência às normas atinentes à substituição tributária do ICMS", em consideração ao disposto na letra a do inciso III do artigo 146 e no § 7.º do art. 150 da CF; e no art. 10 da LC n.º 87 de 13.09.96.

Segundo sustentaram alguns Estados, não se trata de ato normativo da modalidade prevista no art. 155, § 2.º, XII, g, da CF, seja porque não concede nem revoga isenções, incentivos e benefícios fiscais, seja porque não foi subscrito por todos os Estados, razão pela qual não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Não têm eles razão, entretanto.

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



Pelo simples motivo de que se trata de documento que, nitidamente, objetivou prevenir guerra fiscal entre os Estados, na medida em que lhes vedou a concessão do benefício tributário representado pela restituição de ICMS cobrado a maior em razão de a base de cálculo presumida ter sido superior ao valor da operação real de saída final do produto, questão que se achava envolvida em séria dúvida, a ponto de pelo menos quatro Estados não haverem concordado com a edição do Convênio sob enfoque, cuja diretriz, ademais, resultou abalada pelo Convênio superveniente, de n.º 129/97 (fl. 117), por meio do qual, para atenuar os efeitos da primeira medida, se autorizou a redução da carga tributária estadual do contribuinte que optasse pelo regime da substituição tributária.

Na verdade, a restituição que para uns poderia parecer um direito, para outros significou um favor fiscal, donde a exigência do Convênio.

Daí, haver consignado o Estado do Rio de Janeiro, em sua resposta (fl. 651):

"Como poderiam os Estados evitar que — a pretexto de reputarem que, em casos concretos, o encargo financeiro excessivamente suportado pelo contribuinte substituído não teria sido transferido aos adquirentes de suas mercadorias — concedessem alguns deles, Estados, "créditos" do ICMS a título de restituição, na forma do artigo 10 da Lei Complementar n.º 87/96?

A solução encontrada foi a estabelecida na Cláusula Segunda do Convênio ICMS n.º 37/97, alvejada na Adin..."

A 2

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



Tornou-se imperioso, portanto, a edição de Convênio para vedar a restituição, não havendo falar, assim, em ato desprovido de efeito normativo e, conseqüentemente, insuscetível de ser atacado por via de ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto ao segundo aspecto — de o Convênio não haver sido subscrito por todos os Estados —, melhor resultado não colhem os argüentes, dado que a decisão unânime dos Estados só é exigida pela LC n.º 24/75 para a concessão de benefício fiscal, nos termos do art. 2.º, inciso 2.º, *in verbis*:

"2.º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados."

De qualquer modo, a questão, aí, estaria deslocada para o plano do confronto do ato com a LC n.º 24/75 e não com a Constituição Federal.

De conhecer-se da ação, pois, nessa primeira parte.

O mesmo não é de dizer-se relativamente aos incisos 6.º e 7.º do art. 498 do Decreto alagoano n.º 35.245/91 (inseridos pelo Dec. n.º 37.406/98).

Cuida-se de diploma regulamentar destinado a efetivar o que resultou deliberado pelos Estados por meio do Convênio ICMS n.º 129/97, cujas cláusulas primeira e segunda dispuseram, *in verbis*:

"Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a reduzir a base de cálculo

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



do Imposto sobre operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas operações internas e de importação com veículos automotores de que tratam os Convênios ..., de forma que sua aplicação resulte numa carga tributária nunca inferior a doze por cento.

(...)

Cláusula segunda. O benefício contido na cláusula anterior é opcional, ficando condicionado à manifestação expressa do contribuinte substituído pela adoção do regime de substituição tributária, mediante celebração de Termo de Acordo com o fisco, que estabelecerá as condições para operacionalização dessa sistemática de tributação, especialmente quanto à fixação da base de cálculo do ICMS, exceto com relação aos veículos elencados no Convênio ICMS 37/92, de 3 de abril de 1992.

(...)"

O Estado de Alagoas pôs em prática o novo Convênio por meio do Dec. 37.406/98 — cujo texto integral, transcrito no relatório, se acha à fl. 116 —, reduzindo para 12% a carga tributária nas operações internas e de importação, **no período de 1.º de janeiro a 30 de junho de 1998** (§ 1.º), condicionado o benefício à manifestação expressa do contribuinte pela adoção, mediante Termo de Acordo celebrado com o Fisco, do regime de substituição tributária (§ 5.º).

Pelo mesmo ato, entretanto, como se viu, exigiu a renúncia a quaisquer pedidos de restituição de diferenças de tributo decorrentes da operação final de saída por valor inferior ao que serviu de base de cálculo para a substituição tributária (§ 6.º, inciso), sob pena de perda do benefício (§ 7.º).



Trata-se de regra que, como visto, teve seu período de vigência circunscrito a 30 de junho de 1998, razão que seria suficiente para o não-conhecimento da ação nessa parte, valendo enfatizar, por oportuno, que, por meio do referido ato, o Fisco alagoano reconheceu não apenas o caráter facultativo do regime de substituição tributária, mas também, ainda que indiretamente, o direito do contribuinte ao crédito do ICMS decorrente da diferença do preço praticado em relação ao preço que serviu de base de cálculo para o **quantum** cobrado, problema cuja solução teve por presente na redução da carga tributária.

Quando da apreciação do requerimento da medida cautelar, o Plenário já havia negado conhecimento à ação, nessa parte, ante a impossibilidade de suspensão da eficácia, tão-somente, dos dispositivos que instituíram as condições para o gozo do benefício fiscal, sob pena de atuar o STF como legislador positivo, o que não tem cabimento, segundo a sua pacífica jurisprudência.

Cuida-se de razão que, agora, exsurge reforçada pelo exaustão do prazo de eficácia do benefício em causa, como acima ressaltado.

A ação, pois, não é de ser conhecida nessa parte.

Resta apreciá-la quanto à argüida inconstitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS n.º 13/97.

A substituição tributária é instituto que se acha envolto em séria controvérsia, notadamente quando se trata da substituição



progressiva, ou para a frente, que foi considerada inconstitucional por não poucos tributaristas, mesmo depois de expressamente autorizada pela EC 03/93.

Segundo ensinamento de Hamilton Dias de Souza (in "Repertório IOB de Jurisprudência", fev/95 e "Revista Dialética de Direito Tributário", 12/15), a substituição tributária é mecanismo de origem antiga, remontando ao sistema impositivo vigente na Europa, no fim do século XVIII, adotado como forma de alargar a sujeição passiva tributária, havendo sua utilização sido sempre justificada pelos doutrinadores, sendo apontadas, de forma uníssona por juristas do mundo moderno, suas finalidades e virtudes.

Para o conceituado tributarista, muito se tem discutido sobre a natureza jurídica da substituição, anotando Héctor Villegas que as realidades legislativas conduzem a que o jurista tributário não tenha, às vezes, outro remédio senão ser pragmático. Além da finalidade arrecadatória, permite o instituto seja alcançada maior justiça fiscal, pela distribuição equitativa da carga tributária que o sistema propicia, ao evitar a sonegação.

Por meio do instituto, a obrigação tributária é transferida àquele contribuinte que oferece melhores condições para o seu cumprimento.

O Código Tributário Nacional previu a substituição tributária progressiva, no inciso II do § 2.º do art. 58, em sua redação original, que dispunha:

6



"Art. 58...

§ 2.º A lei pode atribuir a condição de responsável: . . .

II - ao industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo, ao preço da mercadoria a ele remetida, de percentagem não excedente de 30% que a lei estadual fixar."

O dispositivo foi expressamente revogado pelo art. 13 do DL n.º 406/68, tendo entendido o STF (REs 77.462, 77.885 e 108.407) ser incabível, a partir de então, a atribuição da qualidade de contribuinte substituto do antigo ICM, aos industriais e comerciantes atacadistas em relação às vendas efetuadas pelos varejistas aos consumidores, com base apenas no art. 128 do referido Código, que exige a vinculação do substituto ao fato gerador, **in verbis:**

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, **vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação**, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

A LC n.º 44/83, acrescentou o § 9.º ao art. 2.º e deu nova redação ao art. 6.º e §§ 3.º e 4.º, do DL n.º 406/68, nestes termos:

"Art. 2.º - A base de cálculo do imposto é:
(...)

§ 9.º - Quando for atribuída a condição de responsável, ao industrial, ao comerciante atacadista ou



ao produtor, relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, a base de cálculo do imposto será:

- a) ...
- b) o valor da operação promovida pelo responsável, acrescido da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadorias com preço de venda, máximo ou único, marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente."

"Art. 6.º...

§ 3.º - A lei estadual poderá atribuir a condição de responsável:

- a) ao industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte, quanto ao imposto devido na operação ou operações anteriores promovidas com a mercadoria ou seus insumos;
- b) ao produtor industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido pelo comerciante varejista;
- c) ao produtor ou industrial, quanto ao imposto devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista;

d) aos transportadores, depositários e demais encarregados da guarda ou comercialização de mercadorias.

§ 4.º - Caso o responsável e o contribuinte substituído estejam estabelecidos em Estados diversos, a substituição dependerá de convênio entre os Estados interessados."

Cuida-se de dispositivos por meio dos quais o legislador complementar, no exercício da competência que lhe foi reservada pelo § 1.º do art. 19 da Carta de 1967, em relação ao antigo ICM, definiu os aspectos subjetivos (contribuintes e seus substitutos), objetivos (fatos geradores) e de dimensionamento (base de cálculo e alíquota), estabelecendo regras gerais que, por razões de conveniência, contemplaram a substituição tributária em ambos os sentidos, seja

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



quanto às operações anteriores (art. 6.º, § 3.º, a), seja em relação às subseqüentes (id., id, b, c e d).

De registrar que os dispositivos transcritos não disciplinaram a restituição do imposto recolhido, no caso de não-realização do fato gerador, impondo-se a ilação de que a restituição deveria operar pelos meios regulares de restituição de tributos (arts. 165/170 do CTN).

Na verdade, a Carta de 1967 e a EC 01/69 não previam, de maneira específica, esse requisito, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1988 (art. 155, § 2.º, XII, b). O STF, de outra parte, jamais condicionou a legitimidade da antecipação do fato gerador do ICM, hoje ICMS, à previsão legal da cláusula da restituição.

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

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



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.

A referida LC n.º 87/89, que veio em substituição ao DL n.º 406/68, ditou regulamentação bem mais detalhada do instituto da substituição tributária, relativa a operações antecedentes e subseqüentes, nos arts. 6.º, 8.º e 10, havendo disciplinado, em caráter especial, a restituição, deste modo:

"Art. 6.º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1.º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes...

(...)

Art. 8.º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:



I -- em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II -- em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1.º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2.º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3.º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

§ 4.º a margem a que se refere a alínea c do inciso II do **caput** será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei. (que, desse modo, passou a constituir elemento essencial da substituição tributária progressiva).

(...)

Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto



pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1.º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

§ 2.º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais."

Nos dizeres de Alfredo Becker,

"...a criação do substituto legal tributário tanto é um fenômeno jurídico perfeitamente normal quanto é um processo técnico de criação do direito utilizado com muito mais freqüência do que se imagina em todos os demais ramos do direito. O sujeito passivo da relação jurídica tributária, normalmente, deveria ser aquela determinada pessoa de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é um fato-signo presuntivo. Entretanto, freqüentemente, colocar esta pessoa no pólo negativo da relação jurídica tributária é impraticável ou simplesmente criará maiores ou menores dificuldades para nascimento, vida e extinção destas relações. Por isso, nestas oportunidades, o legislador como solução emprega uma outra pessoa em lugar daquela e, toda a vez que utiliza esta outra pessoa, cria o substituto legal tributário." (op. cit., p. 553).

Na substituição tributária regressiva, ou para trás, esse ressarcimento opera abatendo-se do preço a ser pago ao fornecedor do produto tributado o valor corresponde ao tributo devido, que deve ser calculado tomando-se por base o valor da operação, conforme previsto no art. 8.º, I, da LC n.º 87/96.



Trata-se de medida que se mostra adequada às hipóteses de operações efetuadas por um número consideravelmente grande de fornecedores, tendo por objeto, de ordinário, produtos primários, de origem agro-pecuária, como leite, cana-de-açúcar, laranja, látex, etc., fornecidos a indústrias de transformação.

Graças ao instituto da substituição, o tributo, em vez de ser exigido de centenas ou de milhares de produtores, é recolhido por um só contribuinte, possibilitando uma fiscalização mais simples e eficaz, capaz de evitar a sonegação. Tem por efeito o diferimento do imposto, calculado em razão de pressuposto material já verificado.

O substituído, aí, é geralmente aquele que não é inscrito como contribuinte, que não mantém escrita contábil relativa ao ICMS, o qual, por isso mesmo, não tem como compensar o imposto, que é deduzido do preço dos bens vendidos, com os créditos relativos a insumos incorporados ao processo produtivo. Arca ele, portanto, com o tributo relativo à entrada dos insumos e com o devido pela saída dos bens produzidos.

Justamente diante dessa evidência é que a substituição tributária regressiva é de ser considerada como uma opção para aqueles contribuintes capazes de manter registro regular de seu movimento operacional e, conseqüentemente, de efetuar a compensação débitos/créditos, própria do ICMS, que suavizará sua carga tributária.



A **substituição progressiva**, ou para frente, que alguns acham de instituição recente, posto prevista em nossa legislação pelo menos desde 1968 — repita-se — contrariamente à regressiva, tem por contribuintes substitutos, por sua vez, uma infinidade de revendedores do produto, circunstância que dificultaria e oneraria, de maneira acentuada, a fiscalização. Sua prática impede a sonegação sem prejudicar a garantia do crédito tributário, visto que o tributo pelas operações subsequentes, até a transferência da mercadoria ao consumidor final, é recolhido sobre o valor agregado.

Nessa espécie, em vez do **diferimento**, o que ocorre é a **antecipação** do fato gerador e, conseqüentemente, do tributo, que é calculado sobre uma base de cálculo estimada.

São das mais diversas naturezas as objeções feitas por renomados tributaristas à substituição tributária progressiva, não passando, para uns, de **confisco**; para outros, de um **empréstimo compulsório** sem as garantias constitucionais atinentes à espécie; sustentando, ainda, renomados tributaristas, que não pode o Estado, em princípio, deixar de colher uma pessoa, como sujeito passivo, para, discricionária e arbitrariamente, colher outra, por simples comodidade da arrecadação ou conveniência de ordem fiscal, em face dos princípios da **capacidade contributiva**, segundo o qual o destinatário da carga tributária deve ser a pessoa que provoca, desencadeia ou produz a materialidade da hipótese de incidência de um tributo.



Enfatiza-se, ainda, quanto à **legalidade**, que havendo mister esgote a lei os contornos da hipótese de incidência do tributo, prescrevendo, de modo exaustivo, todos os seus aspectos, não pode ela descrever fato futuro, por presunção.

Alega-se, também, que no art. 6.º, § 3.º, **a, b, c, d**, do DL 406/68 está ausente uma nota característica essencial da substituição, ou seja, o **vínculo entre o substituto e o fato gerador**, como previsto no art. 128 do CTN.

Não raramente, também, é instituição tida como ofensiva ao princípio da **não-cumulatividade**, havendo, até, os que têm por **inconstitucional a EC n.º 3/93**, por ferir o "princípio da estrita legalidade, considerado como cláusula pétrea da Constituição Federal", além de tratar-se de "um tributo que não existe, pois a realidade econômica sobre a qual incidiria ainda não foi gerada".

Esse último, na verdade, é o mais recorrente dos argumentos utilizados pelos opositores do instituto, para os quais **não se pode exigir tributo antes da ocorrência do fato gerador**, exurgindo ele, quase sempre, de envolta com a questão da base de cálculo calcada em valores desconhecidos.

Todas essas objeções, entretanto, foram afastadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Re 213.396, que resultou assim ementado:

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



"TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2.º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM N.º 66/88 (ART. 25) E ICMS N.º 107/89. ART. 8.º, INC. XIII E § 4.º, DA LEI PAULISTA N.º 6.374/89.

O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6.º, §§ 3.º e 4.º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM n.º 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8.º, do ADCT/88.

Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista n.º 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS n.º 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6.º, § 4.º, do referido Decreto-Lei n.º 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens.

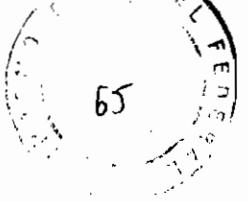
A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador.

Acórdão que se afastou desse entendimento.

Recurso conhecido e provido."

Trata-se de regime a que, na prática, somente são submetidos produtos com preço de revenda final previamente fixado pelo fabricante ou importador, como é o caso dos veículos, cigarros; ou tabelados pelo Governo, como acontecia até recentemente com os combustíveis; e como acontece com a energia elétrica etc., razão pela qual só eventualmente poderão verificar-se excessos de tributação.

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



Por derradeiro, não é difícil demonstrar que o fato gerador presumido não constitui óbice à exigência antecipada do tributo.

Em primeiro lugar, porque foi instituído pela própria Constituição, havendo sido regulamentado, como se viu, por lei complementar que lhe definiu a base de cálculo.

Ao fazê-lo, cuidou o legislador de prefixar uma base de cálculo cuja estimativa se aproxime o mais possível da realidade, ajustando o respectivo valor às leis do mercado, para não onerar o contribuinte e nem, tampouco, prejudicar o Fisco.

Aliás, a LC n.º 87/96 não apenas definiu o modo de apuração da base de cálculo na substituição tributária progressiva, mas também o aspecto temporal do fato gerador presumido, consubstanciado, obviamente, na saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não havendo cogitar, pois, de outro momento, no futuro, para configuração do elemento. A providência não é de causar espécie, porquanto, na conformidade do disposto no art. 114 do CTN, fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Em segundo lugar, porque, conforme observa Marco Aurélio Greco (in "Substituição Tributária", IOB, p. 40 e segs.), a visão tradicional de que a existência da tributação está centralizada na obrigação e esta não existe enquanto não ocorrido o fato gerador,



desconsidera uma característica ínsita ao fenômeno jurídico que é a de serem as normas produto de atos de vontade em que se agregam elementos que serão válidos desde que não contrariem a Constituição; e que esta atribui competência em matéria tributária que comporta todos os modelos operacionais que não contrariem a sua essência, nem o conjunto de princípios do sistema de garantias asseguradas ao contribuinte, consistindo o desafio em encontrar-se o ponto de equilíbrio entre, de um lado, a simplificação para a melhoria das arrecadação e, de outro, a proteção do patrimônio e as garantias do contribuinte.

A substituição tributária, portanto, resultou de uma opção legislativa, que elegeu como tributável uma fase preliminar da exteriorização de um dado fenômeno econômico, ou jurídico, que compõe a materialidade da competência tributária prevista, para fim de exigir o respectivo recolhimento, antecipando as conseqüências que, no modelo tradicional, só seriam deflagradas depois da ocorrência do próprio fenômeno.

A escolha da fase preliminar resulta, assim, de opção legislativa, mas não é arbitrária, porque só tem cabimento se o evento assim considerado atender ao requisito da necessidade em relação ao evento final (inexistindo este inexistirá o fato gerador); se o referido evento já apresenta elementos que permitam prever com certo grau de certeza o evento final (fato gerador); e se a dimensão pecuniária imposta no momento da antecipação é



proporcional à dimensão final que resultará da ocorrência do fato tributável.

Essas, em resumo, as lições de Marco Aurélio Greco, para quem não há incompatibilidade constitucional na figura examinada.

"...Ao revés, a mais moderna doutrina do Direito Tributário nacional e estrangeiro sustenta sua validade. As dificuldades que sua interpretação e análise ensejam, ao invés de conduzirem a inconstitucionalidade, propõem, isto sim, um desafio para todos os aplicadores do Direito tributário, qual seja o de identificar os seus contornos e limites em função das peculiaridades de cada tributo e realidade econômica ou jurídica por ele atingida" (op. cit., ps. 44/45).

Desnecessária muita agudeza de raciocínio, para perceber, v.g., que a entrega de veículos novos, feita pela montadora a suas revendedoras autorizadas, atende aos três requisitos que, segundo a lição transcrita, são exigidos para configuração da compatibilidade e adequação entre a substituição, como modelo de exigência do tributo, e o respectivo pressuposto de fato, em face da Constituição.

Com efeito, trata-se de fato econômico que constitui verdadeira etapa preliminar do fato tributável (a venda do veículo ao consumidor), que o tem por pressuposto necessário; fato esse que, por sua vez, é possível prever, com quase absoluta margem de segurança, uma vez que nenhum outro destino, a rigor, pode estar reservado aos veículos que saem dos pátios das montadoras com



destino às distribuidoras, senão a revenda aos adquirentes finais; sendo, por fim, perfeitamente previsível, porque objeto de tabela fornecida pelo fabricante, o preço a ser exigido na operação final, circunstância que concorre para a eliminação de excessos tributários.

O que se tem, na antecipação da ocorrência do fato gerador (no dizer de Sampaio Doria, em discurso acerca do imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis, in "Da Lei Tributária no Tempo", 1968, p. 205) é "opção válida do legislador que não faz nascer o imposto de formalidade oca de significado substancial, nem de ato vazio de conteúdo econômico".

O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem do caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos, salvo se, eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não há falar em tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer de parte do Fisco, quer de parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade.

Por isso mesmo, a salvaguarda estabelecida na Constituição em favor deste último, representada pela imediata e

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



preferencial restituição do valor do imposto pago (o qual, na conformidade do art. 10, § 1.º, da LC 87/96, deverá ocorrer em noventa dias, sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) é restrita à hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido.

Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instrumento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação. Na verdade, visa o instituto evitar, como já acentuado, a necessidade de fiscalização de um sem-número de contribuintes, centralizando a máquina-fiscal do Estado num universo consideravelmente menor, e com acentuada redução do custo operacional e conseqüente diminuição da evasão fiscal. Em suma, propicia ele maior comodidade, economia, eficiência e celeridade na atividade estatal ligada à imposição tributária.

Não seria, realmente, de admitir que, diante desses efeitos práticos, decisivos para a adoção da substituição tributária, viesse o legislador a criar mecanismo capaz de inviabilizar a utilização do valioso instituto, como a compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última

69

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO



operação, determinando o retorno da apuração mensal do tributo, prática que justamente teve por escopo obviar.

Trata-se de aspectos da maior relevância que, infelizmente, na instância de prelibação, escapou a este Relator, levando à suspensão da eficácia da norma contida na Cláusula Segunda do Convênio ICMS n.º 013/97, que, justamente, veda a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, realizar-se com valor inferior ou superior ao presumido.

Pelas razões expostas, meu voto, em conclusão, conhece apenas em parte da ação e, nessa parte, julga-a improcedente.

* * * * *

dfm

NÃO PUBLICADO. USO RESTRITO