



Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo



**Disciplina:** DIREITO TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL

**Docente:** PROFESSOR TITULAR LUÍS EDUARDO SCHOUERI  
PROFESSOR ASSOCIADO PAULO AYRES BARRETO

# ICMS – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA

**30.08.2018**

**ICMS – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA**  
**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 437.006**

# ICMS E BC REDUZIDA: ARGUMENTOS



Saída de mercadoria com valor menor do que a entrada permite a manutenção do crédito correspondente de ICMS?

1.

A manutenção do crédito ofenderia ou atenderia à **não-cumulatividade**?

2.

A saída da mercadoria com a base reduzida é uma forma de **isenção**?

# ICMS – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA



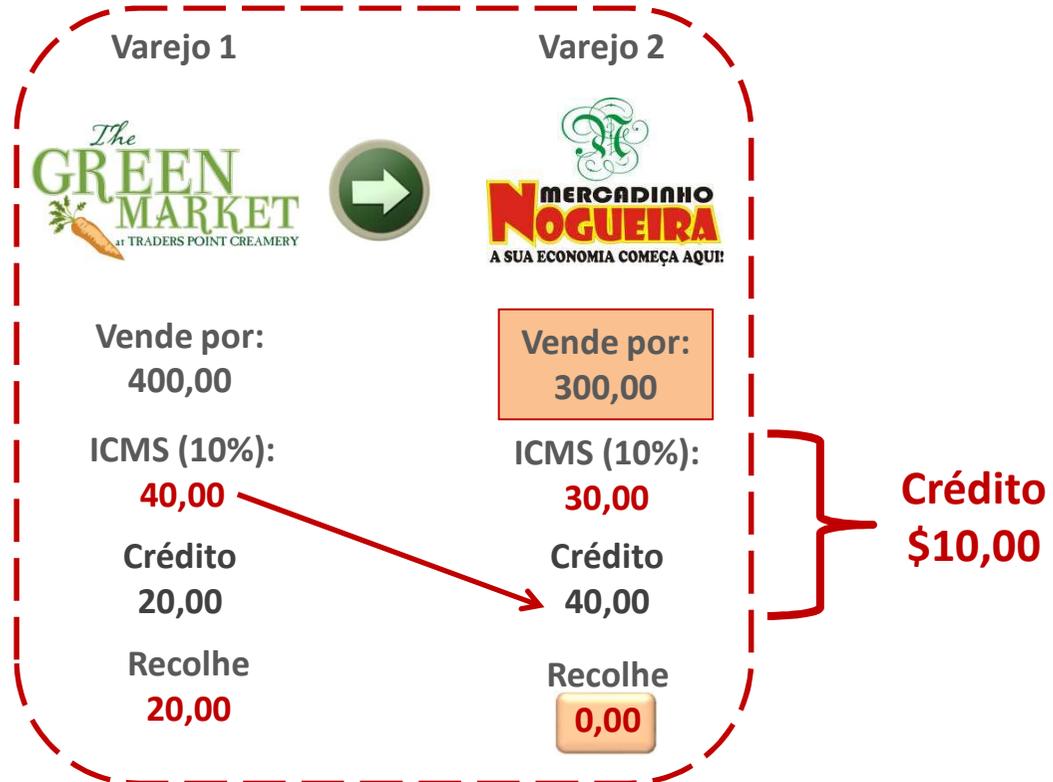
Preço: 600,00 **X** ICMS (10%) = R\$ 60,00

Fosse cumulativo: R\$ 130,00

# ICMS – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA

CR/88 – Art. 155. § 2º I – O ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for **devido** em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante **cobrado** nas anteriores

**Exceções (II):** acarretam a anulação do crédito a **saída isenta** ou a não-incidência, salvo lei em contrário.



Pode manter **R\$ 10,00** de crédito ou precisa estorná-lo (“anulá-lo”)?

# ICMS – BASE DE CÁLCULO REDUZIDA



PREÇO: 300,00 X ICMS (10%) = R\$ 30,00

Se mantém os \$10, ICMS total da cadeia = **30,00**

Se estorna os \$10, ICMS total da cadeia = **40,00**

# ISENÇÃO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

CR/88 Art. 155. § 2º O ICMS: I. Será **não-cumulativo** (...). II - a **isenção**:

a) **não implicará crédito** para compensação com o montante devido nas operações ou prestações **seguintes**



b) **acarretará a anulação do crédito** relativo às operações **anteriores**



# STF – RE 161.031/MG

RICMS/MG: Redução de 80% da BC na saída de veículos usados – Estado de MG veda o crédito

~~“(…) vedado o aproveitamento de valor do imposto relativo à aquisição”~~



Requer a declaração de inconstitucionalidade da vedação

STF: declara, em controle difuso, a **inconstitucionalidade** da expressão

A redução de BC **não** é uma forma de isenção  
**Fundamento da decisão:** cumprimento da **não-cumulatividade**

Relator Min. Marco Aurélio, julgado em **24/03/1997**

# STF – RE 174.478-2/SP

Insumos

Insumos

Insumos



**Defesa e sustentação oral  
Hamilton Dias de Souza**



Saída do agrotóxico  
com BC reduzida



**SP veda crédito**



A figura da redução da BC se diferencia da isenção pois corresponde a uma mera forma de **dimensionamento do valor do imposto**

# STF – RE 174.478-2/SP



## Min. Cezar Peluso

Na CR atual, há impedimento a crédito nas operações isentas

Art. 155 §2º, II A **isenção** (...) b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores

Favor fiscal que corresponde à figura da **isenção parcial**

Min. Marco Aurélio



Política Fiscal (e não favor) que não pode prejudicar um direito preexistente (crédito)

Min. Cezar Peluso



Não há direito preexistente nenhum  
Há estorno proporcional garantido pela alínea ‘b’

# STF – RE 174.478-2/SP



## Min. Ellen Gracie

SP concedeu um benefício na saída que poderíamos chamar, na linha do Min. Cezar Peluso, de uma **isenção parcial**

**O crédito obtido na entrada não pode superar o tributo devido na saída**

STF: declara a **constitucionalidade** da glosa, vencido Min. Marco Aurélio

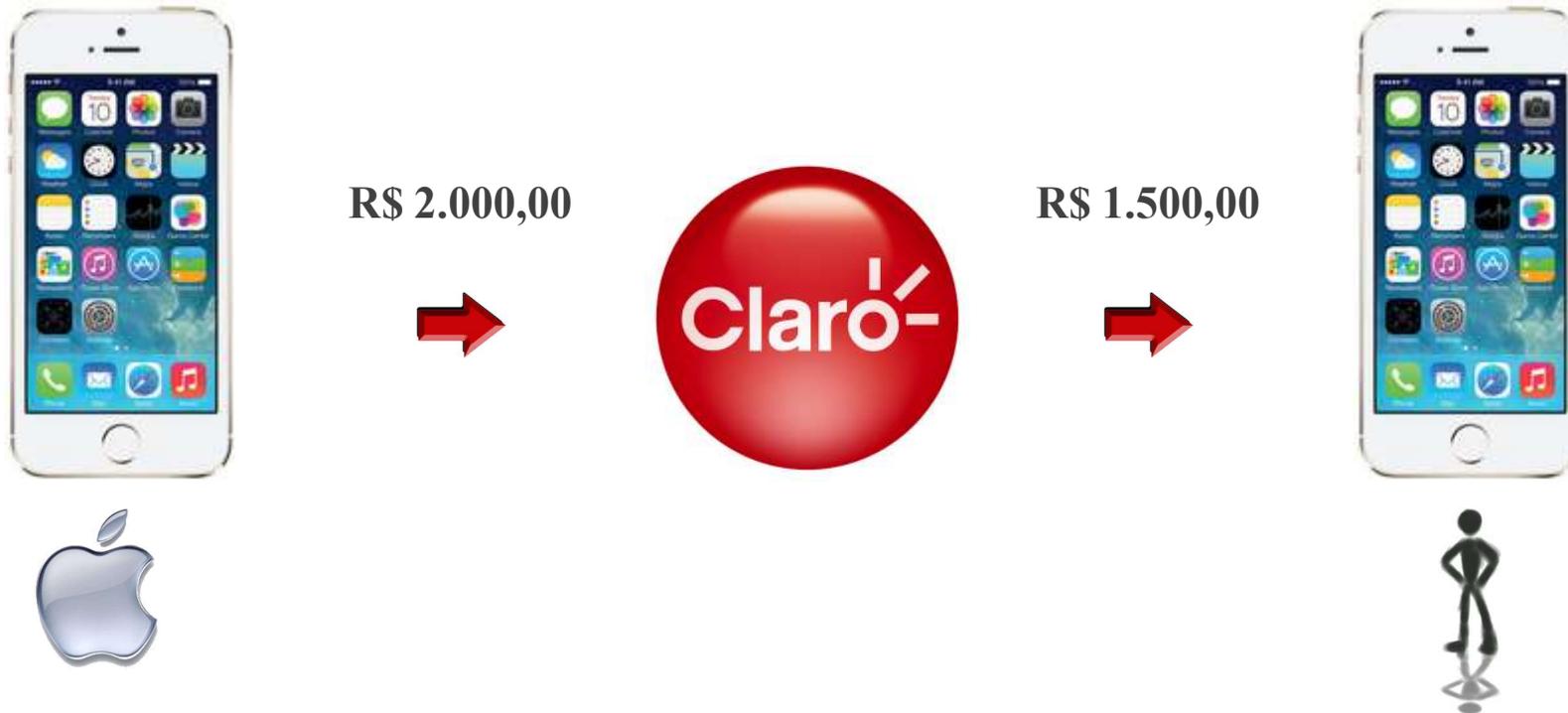
A redução de BC **é** uma forma de isenção (parcial)

**Fundamento da decisão:** Art. 155, § 2º, II 'b'

Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso

Julgado em **17/03/2005**

# STF – RE 437.006/RJ



**Venda subsidiada do produto com objetivo de fidelização do cliente**

# STF – RE 437.006/RJ

Lei RJ nº 2.657/96 – Art. 37. Quando, por qualquer motivo, a mercadoria for alienada por **importância inferior ao valor** que serviu de BC na operação de **entrada**, será obrigatória a **anulação do crédito** correspondente à **diferença** entre o valor citado e o que serviu de BC na saída



Impetra mandado de segurança para manter integralmente os créditos de ICMS na venda de produtos a preço inferior ao custo de aquisição

Recurso Extraordinário pautado para julgamento em **09/12/2010**  
Posterior à alteração do entendimento do STF  
**Não** trata de benefício fiscal

# STF – RE 437.006/RJ

## SUSTENTAÇÃO ORAL DO CONTRIBUINTE

BC Reduzida  
(Benefício fiscal)

≠

Saída com valor  
menor que entrada



Isenção parcial

Aplica-se precedente RE  
174.487, Min. Cezar Peluso



Fundamento da **anulação** do  
crédito: Art. 155, §2º, II, 'b'  
(regra expressa de anulação)



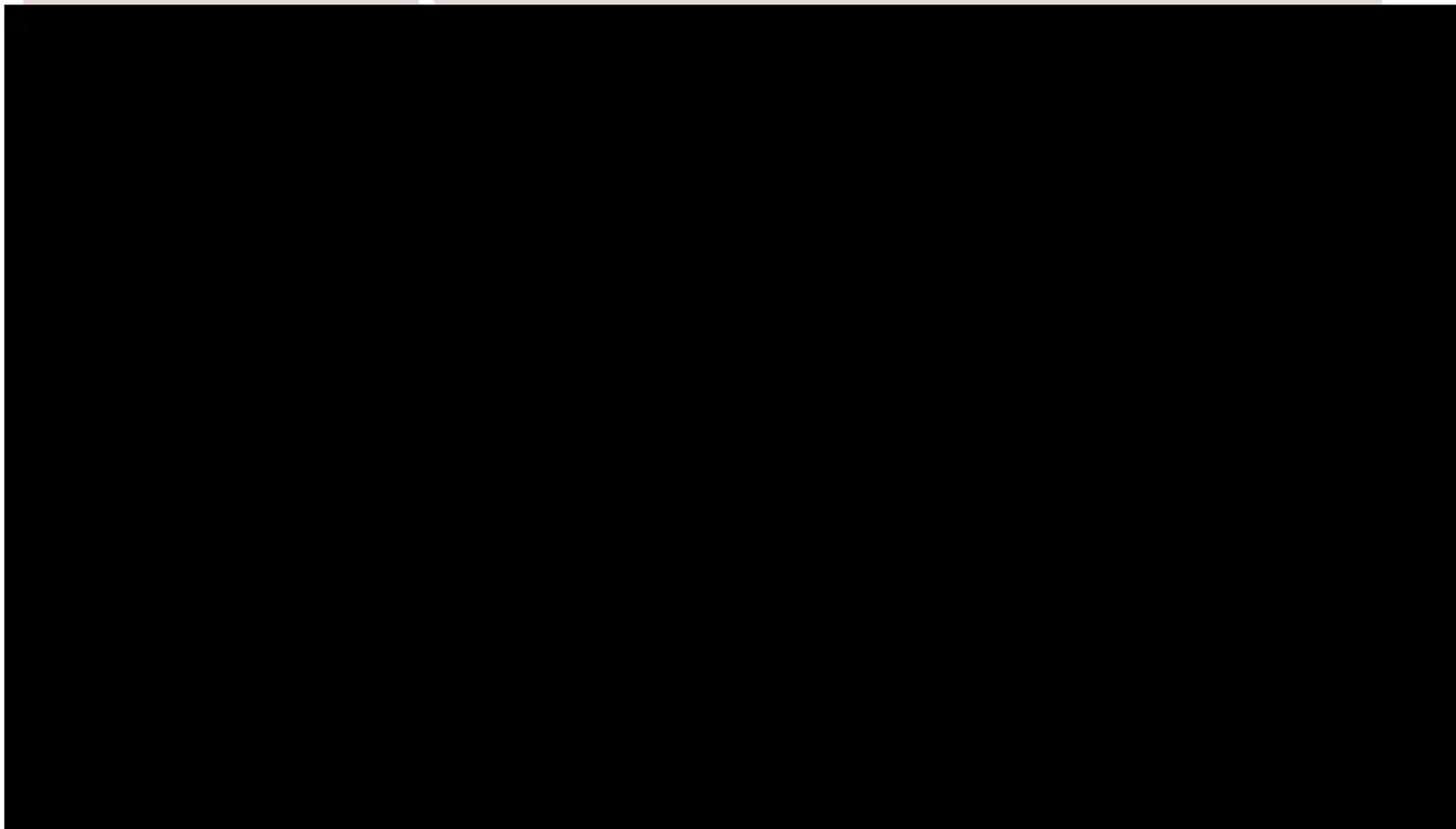
Mero direito de escolha

Não se aplica precedente RE  
174.487, Min. Cezar Peluso



Fundamento da **manutenção**  
do crédito: Art. 155, §2º, I  
(não-cumulatividade)

# SUSTENTAÇÃO ORAL – CONTRIBUINTE



Duração: 2' e 58"

# VOTO RELATOR MIN. MARCO AURÉLIO

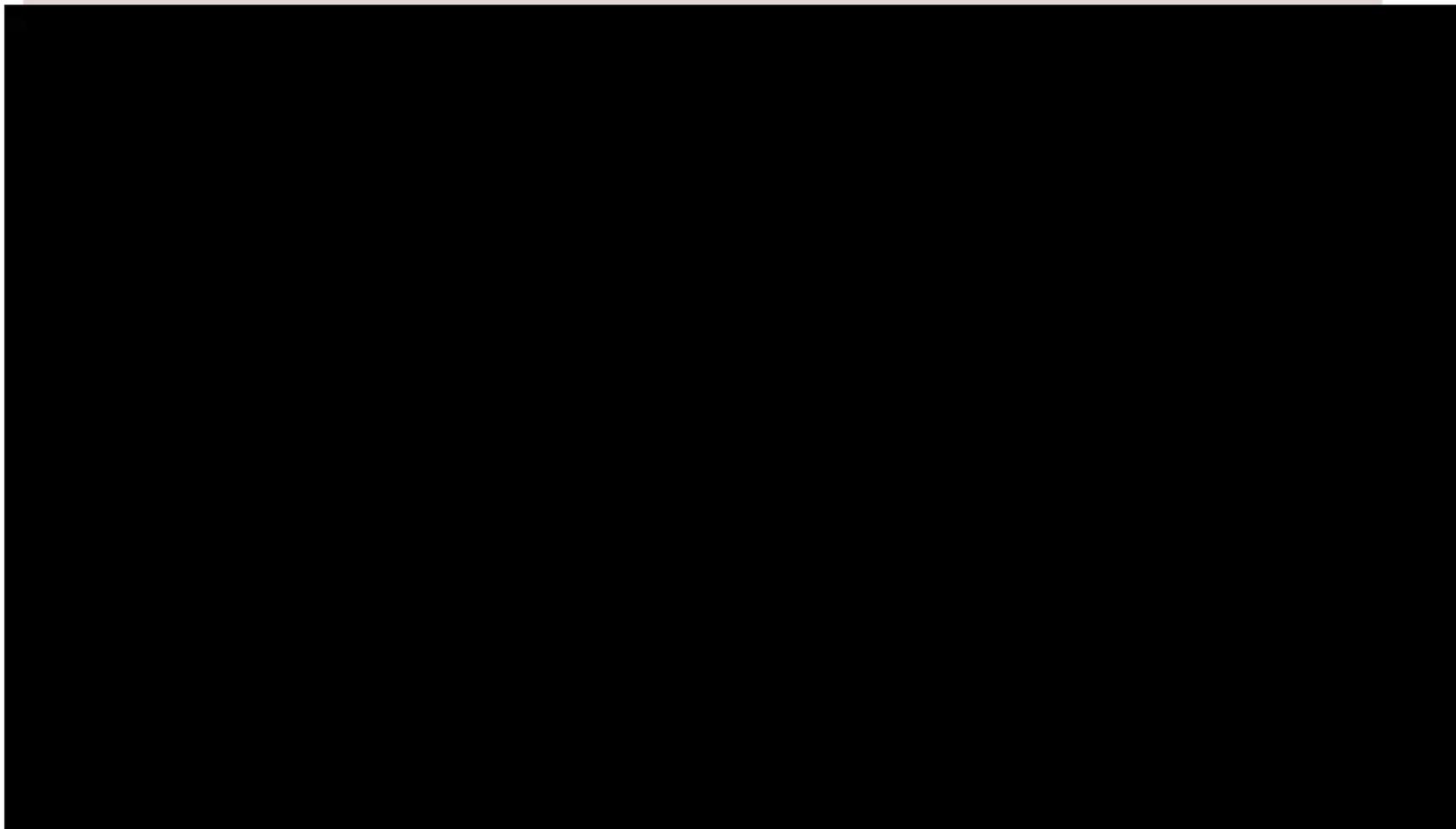


A previsão do **Art. 155. § 2º, inciso I** existe para evitar a cobrança cumulativa

Não há **cumulatividade** (“efeito cascata”) no caso de saída com preço menor

Manter o crédito seria na verdade diminuir o valor do tributo

# VOTO RELATOR MIN. MARCO AURÉLIO



Duração: 2' e 37"

# RESULTADO DO JULGAMENTO



DECISÃO: ICMS – CRÉDITO – VENDA SUBSIDIADA DO PRODUTO – SERVIÇOS – FIDELIZAÇÃO. A pretensão de ter-se crédito relativo ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ante a venda do produto por preço inferior ao da compra **não** encontra respaldo no figurino constitucional.

# RESULTADO DO JULGAMENTO



IMPROCEDENTE, POR VOTAÇÃO UNÂNIME



# RE 635.688/RS E RE 477.323/RS



Mercadoria componente da **cesta básica**  
Lei RS nº 8.820/89 e Convênio ICMS nº  
128/94: benefício saída com BC reduzida



**Redução de BC é uma espécie de isenção?**



Se o STF considerar que **não**, então não se aplica a restrição do Art. 155 §2º II 'b' e o crédito poderá ser **mantido**

Se o STF considerar que **sim**, então uma **segunda questão** deve ser analisada antes de se autorizar a **anulação** do crédito

## RE 635.688/RS E RE 477.323/RS

CR/88 Art. 155. § 2º O ICMS: I. Será não-cumulativo (...). II. A isenção ou não-incidência, **salvo determinação em contrário da legislação**: (...) b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores



**Convênio ICMS nº 128/1994 - § 1º** Ficam os Estados e o DF autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito nas operações envolvendo saída de mercadorias da cesta básica

Ainda que exista a autorização, a legislação do RS **não** prevê a manutenção dos créditos; **ao contrário**, determina **expressamente** a anulação

Sentido jurídico do Convênio é meramente autorizativo: permite a concessão do benefício fiscal, **mas não o cria efetivamente**

# RE 635.688/RS E RE 477.323/RS



Foi celebrado o Convênio nº 128/94 e em seguida a Lei Estadual do RS prevendo o benefício para cesta básica, mas **sem nada prever** a respeito da **manutenção dos créditos** da entrada

Convênio nº 128/94 (regra especial) permite manutenção

BC reduzida e Isenção são espécies do gênero “**benefício fiscal**”, mas **não se confundem**, e a previsão da CR é para isenções

Não há “isenção parcial”: ou há isenção (obstando a obrigação tributária e a incidência) ou não há; na redução de BC, há incidência

# RE 635.688/RS E RE 477.323/RS



Mercadoria componente da **cesta básica**  
Lei RS nº 8.820/89 e Convênio ICMS nº  
128/94: benefício saída com BC reduzida



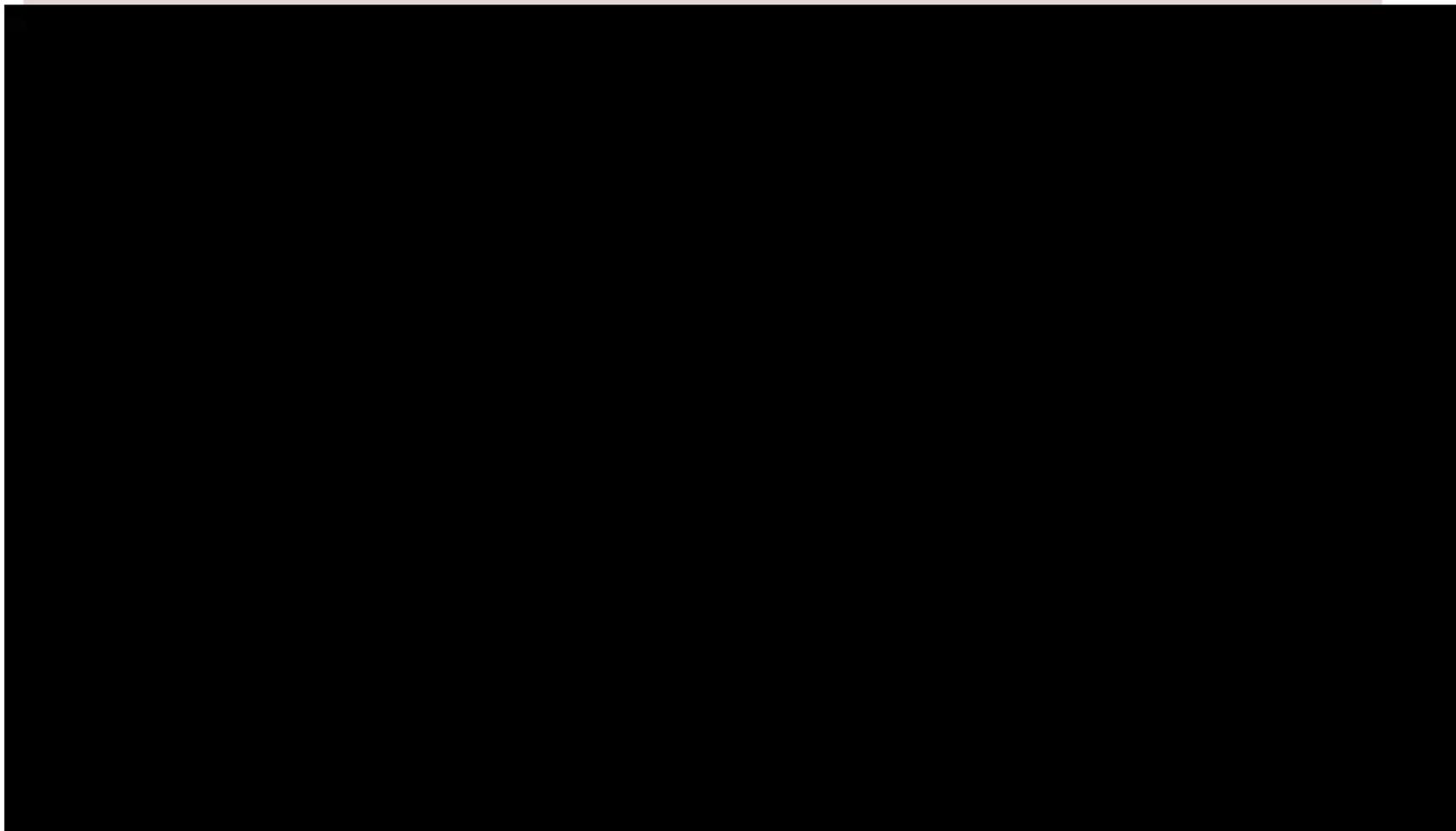
## REPERCUSSÃO GERAL

CR/88 - Art. 102. § 3º No RE o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso

Código de Processo Civil: Arts. 543-A, 543-B e 543-C  
Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01 de 12/02/2014

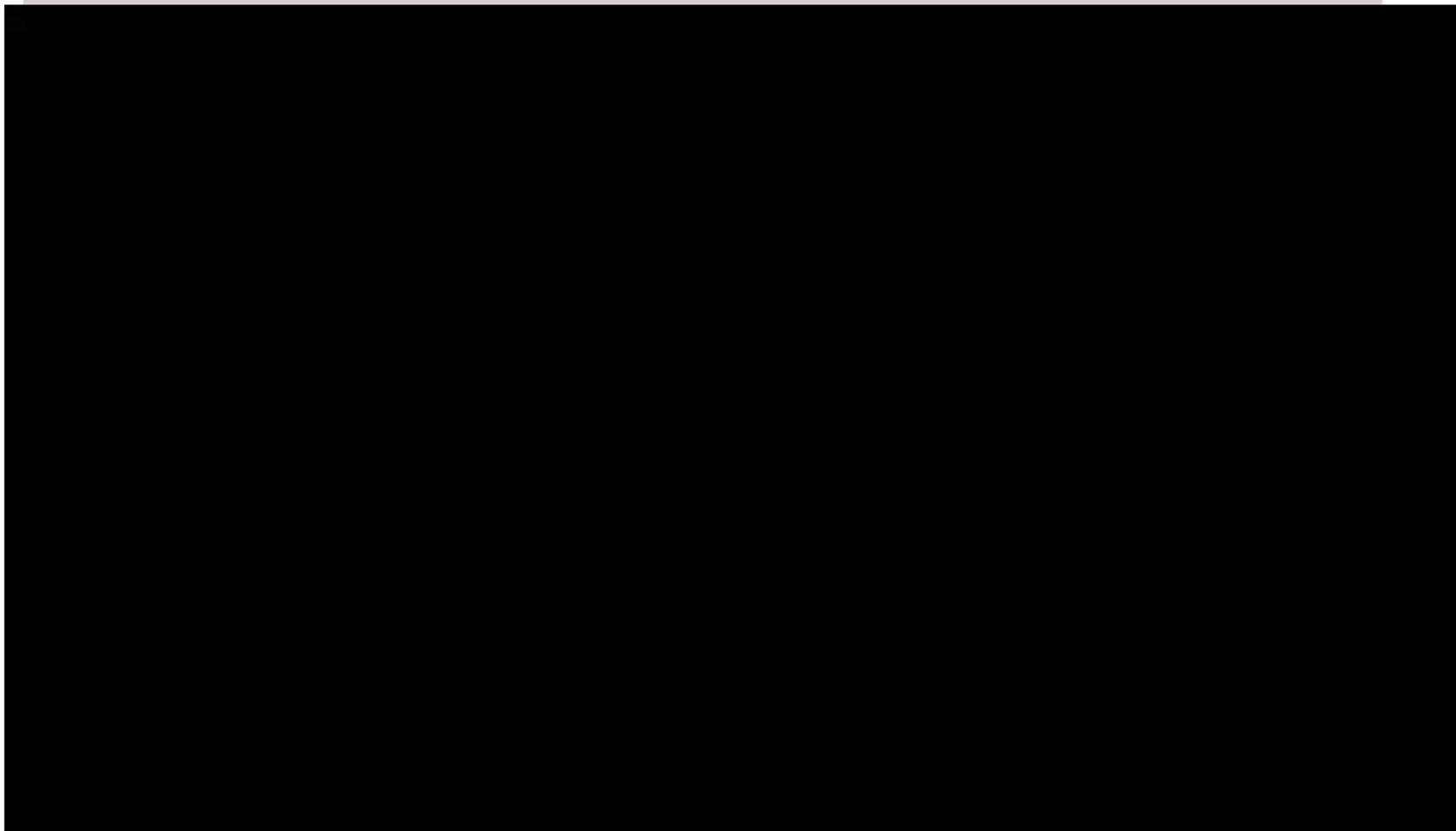
Lei nº 12.844/2013 - Art. 19. Fica a PGFN autorizada a **não contestar**, a **não interpor recurso** ou a **desistir** do que tenha sido interposto nas (...) IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda pelo STF, em sede de julgamento com repercussão geral

# VOTO RELATOR MIN. GILMAR MENDES



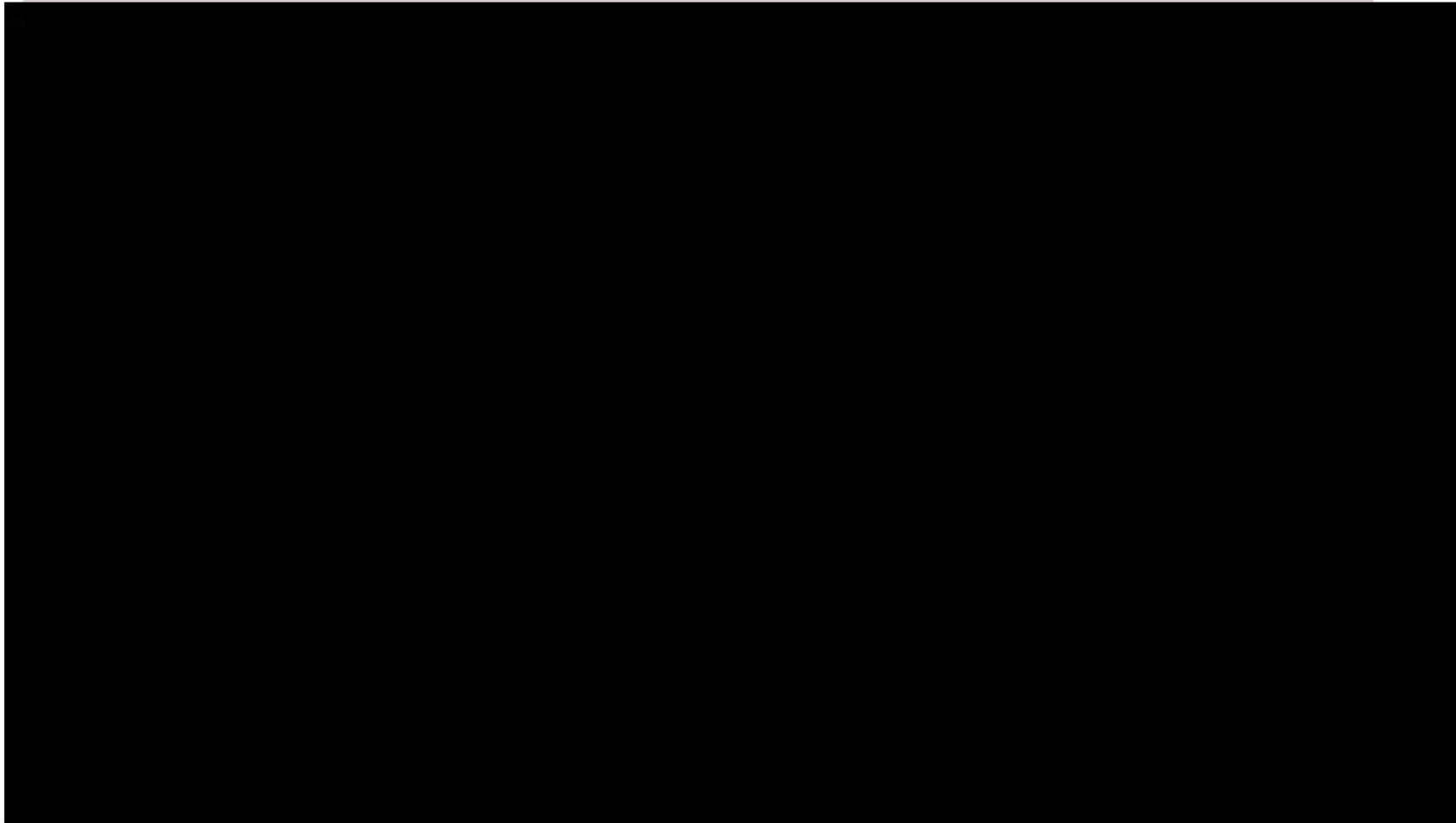
Duração: 4' e 47"

# VOTOS MIN. MARCO AURÉLIO E LUÍS BARROSO



Duração: 6' e 03"

# VOTO MIN. LUIZ FUX: SEGURANÇA E MODULAÇÃO



Duração: 1' e 29"

# RESULTADO DO JULGAMENTO



DECISÃO: **(a)** a redução de BC é equiparada à isenção parcial e **(b)** Convênio é condição necessária, mas não suficiente, ou seja, detém natureza meramente autorizativa, mas **sem caráter impositivo**. Voto vencido Min. Marco Aurélio.

# QUESTÕES

- ✓ No “Caso Claro” **(a)** há realmente uma isenção? Ou **(b)** só há isenção quando se trata de um benefício fiscal, e não uma “questão de fato”? Ou **(c)** isenção e BC reduzida seriam institutos distintos?
- ✓ Caberia neste caso a **modulação dos efeitos** da decisão em sede de embargos declaratórios?
- ✓ Como é a estrutura do **Gabinete**?
- ✓ O que faz um **assessor** de Ministro? Qual a sua rotina no STF? Qual é a sua participação na elaboração do voto?
- ✓ Quais as recomendações a um advogado em início de carreira que deseja **começar a atuar** no STF? Como se faz para **despachar**?
- ✓ Como é vista a **sustentação oral** de um advogado jovem e pouco conhecido? Alguma sustentação já **mudou** o entendimento do Ministro?
- ✓ O que é um bom **memorial**? Na prática, eles são levados em consideração? Mais do que as razões do recurso extraordinário?

# PROF. PAULO PENTEADO DE FARIA E SILVA NETO



Associado do Escritório Felsberg Advogados

Foi assessor do Ministro Cezar Peluso (2005-2009)

Advogado OAB-SP e New York State BAR

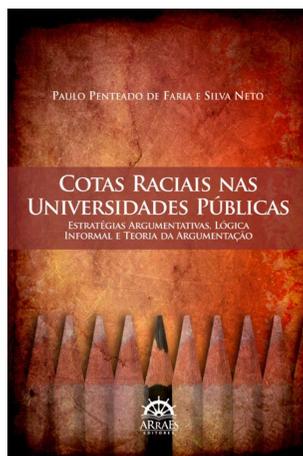
Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School – HLS (2010)

Mestre em Filosofia pela Universidade de Brasília – UNB (2007)

Bacharel em Direito pela  
Universidade de São Paulo  
(2004)

Bacharel em Administração de  
Empresas pela Fundação  
Getúlio Vargas (2003)

Ex-Presidente da Associação  
de Assessores e Ex-Assessores  
de Ministros do STF



**OUTRAS QUESTÕES**

**DÚVIDAS?**



Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo



# OBRIGADO!

**ALEXANDRE.PINTO@USP.BR**

**LEONARDO.BRANCO@USP.BR**

**CAIO.TAKANO@UOL.COM.BR**