

**PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N° , DE 2003**  
**(Do Sr. Luciano Zica)**

*Altera a Lei Complementar nº 87,  
de 13 de setembro de 1996.*

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 10 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

*“Art. 10. ....*

*.....*  
§ 3º É vedada a restituição ou cobrança complementar do imposto, quando a base de cálculo correspondente ao fato gerador presumido representar valor inferior ou superior àquela estabelecida com base no art. 8º.”

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

## **JUSTIFICAÇÃO**

Estabelece a Constituição Federal em seu 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.”*

Esse dispositivo permite que a legislação dos tributos sobre o consumo, entre os quais se inclui o ICMS, utilize a técnica de cobrança conhecida como substituição tributária para a frente.

Discutiu-se, por muito tempo, se deveria ser restituída, pelos Estados, a parcela do ICMS, retida e recolhida pelo contribuinte substituto, que exceda o montante devido pelo contribuinte substituído. Isso porque a Constituição determina

a restituição apenas quando não ocorrer a operação futura, isto é, a que tem o fato gerador presumido.

Um ponto final à controvérsia foi posto pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 1.851. Do acórdão da decisão do pleno devem ser mencionados os seguintes ensinamentos:

*“A EC nº 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação.”*

O acórdão do Supremo Tribunal Federal, cujo teor foi várias vezes repetido em decisões posteriores, traz consequências importantes, pois conclui que o pagamento efetuado pelo contribuinte substituto em nome do substituído é definitivo, com uma só exceção, ao dizer que:

“O fato gerador presumido (...) não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não realização final.”

Daí se infere que a restituição parcial, se a base de cálculo da operação promovida pelo contribuinte substituído for inferior à presumida, é inconstitucional.

Ora, se a devolução é inconstitucional, está ela vedada mesmo sob a forma de compensação. Deve ser esclarecido que, nesse caso, não se trata da compensação inerente ao sistema da não-cumulatividade, isto é, crédito pelas mercadorias entradas compensando débitos do imposto, relativos a mercadorias saídas.

O que se vê, hoje, é um generalizado abuso por parte de contribuintes do ICMS que comercializam mercadorias sujeitas ao pagamento antecipado por substituição tributária, e não sujeitas. Como exemplo, podem ser citadas as empresas que vendem combustíveis a varejo e, ao mesmo tempo, exploram outro tipo de comércio não submetido a pagamento antecipado do imposto. Essas empresas estão aproveitando o ICMS eventualmente pago a mais sobre os combustíveis para compensar seus débitos relativos ao restante de seu comércio. Com isso, burlam o texto constitucional que, segundo o Excelso Pretório, não permite a restituição do imposto pago a maior. A compensação efetuada, lembre-se, representa uma forma clara e automática de restituição do imposto.

Além de inconstitucional, essa prática tumultua a concorrência em setor de margens reconhecidamente apertadas como é a comercialização de combustíveis. O aproveitamento do imposto pago a maior, em comércio lateral da mesma empresa, permite a redução do preço dos combustíveis, em detrimento das empresas que comercializam exclusivamente esses produtos.

Sendo a prática inconstitucional e predatória para a concorrência comercial, não resta senão a solução legislativa para pôr-lhe fim.

Estabelece o art. 155, § 2º, XII da Constituição, a propósito do ICMS:

*“XII – cabe à lei complementar:*

.....

- b) dispor sobre substituição tributária;*
  - c) disciplinar o regime de compensação do imposto;*
- .....,"

O legislador infraconstitucional fez uso da sua competência ao aprovar a Lei Complementar nº 87, de 1996, que regulamenta o ICMS. Os arts. 6º a 10 dessa Lei Complementar disciplinam a substituição tributária, mas, infelizmente, não tratam dos pagamentos efetuados a maior ou a menor pelo contribuinte substituído. O art. 10 apenas repete o dispositivo constitucional que determina a restituição do imposto quando a operação subsequente não se realizar. Sendo assim, e fortemente amparados no princípio da justiça e na jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal, apresentamos o presente projeto de lei complementar, que veda a restituição ou cobrança do imposto quando a base de cálculo tributada for inferior ou superior à presumida.

Tendo em vista a importância de que se reveste o projeto para o aperfeiçoamento de nossa legislação tributária, temos certeza de que merecerá ele o integral apoio de nossos ilustres Pares.

Sala das Sessões, em \_\_\_\_\_ de junho de 2003.

**Deputado LUCIANO ZICA**

**PT/SP**