Machado Meyer

IMPRENSA

INADIMPLÊNCIA NÃO GERA COMPENSAÇÃO DO ICMS, DECIDE STJ

12 DE DEZEMBRO DE 2016

1ª Turma rejeitou tese da Telefônica; Supremo vai bater o martelo sobre o assunto

1ª Turma rejeitou tese da Telefônica; Supremo vai bater o martelo sobre o assunto

A falta de pagamento das contas de telefone pelo consumidor não autoriza as teles a compensarem o valor do ICMS recolhido na operação. A decisão é da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e foi tomada na terça-feira (6/10).

Foi a primeira vez que a turma analisou a discussão. Por unanimidade, os ministros rejeitaram a tese da Telefônica, que defendia o direito de tomar crédito ou ter restituído o ICMS recolhido nos casos em que foi constatada a inadimplência definitiva do consumidor. Isso acontece, segundo advogados, quando todos os meios de cobrança foram esgotados e a companhia dá baixa, na contabilidade, do crédito que lhe era devido.

Como regra, o ICMS incide sobre o consumo e é repassado no preço final pago pelo consumidor. O problema que foi levado ao STJ ocorre quando o serviço de telecomunicação é prestado e usufruído, sem que tenha sido pago pelo consumidor.

"A empresa passa de contribuinte de direito para contribuinte de fato", afirma a advogada Cristiane Romano, sócia do Machado Meyer Advogados, escritório que representou a Telefônica.

Os tributaristas argumentam que, a partir do momento que o consumidor final não quita o débito, o serviço torna-se gratuito, o que afastaria a incidência do imposto estadual.

Justiça fiscal

Apesar de classificar a tese como "engenhosa" e "tentadora", o relator do caso, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgou que o entendimento favorável à empresa não atenderia à justiça fiscal. Segundo Maia Filho, o inadimplemento da obrigação civil é irrelevante para constatação do fato gerador do ICMS.

"Isso se aplica à telefonia ou ao prestador de qualquer serviço, na venda de uma geladeira, por exemplo", afirmou.

Para a ministra Regina Helena Costa, é incompatível com o ordenamento jurídico a conclusão de que uma operação onerosa, por não ter sido adimplida, torna-se gratuita.

"Se em toda inadimplência que ocorrer não houver o pagamento do tributo isso vai destruir qualquer sistema tributário", disse.

O ministro Sérgio Kukina acompanhou o relator, mas ressaltou que o ordenamento jurídico precisaria trabalhar melhor essa questão.

Presunção x fatos

Para a advogada Cristiane Romano, serviços de telecomunicação e distribuição de energia, por exemplo, se diferenciam das operações de compra e venda de bens. "São instantâneos, não há como a empresa tomar o bem de volta em caso de inadimplência do consumidor", afirma.

Apesar de as discussões serem distintas, a tributaria afirma que a lógica da tese analisada pelo STJ é a mesma da tratada no RE 593849, julgado pelo Supremo. Nesse caso, os ministros decidiram que "é devida a restituição do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo for inferior a presumida".

"A presunção não pode se sobrepor aos fatos", defende a advogada.

Ponto final

O precedente contrário da 1ª Turma segue o que já vem decidindo a 2ª Turma do STJ em discussões idênticas. Mas quem baterá definitivamente o martelo sobre o litígio será o Supremo Tribunal Federal (STF).

No ARE 668974, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Supremo vai analisar, sob o ponto de vista do princípio da não cumulatividade, o direito de compensação do ICMS nos casos de inadimplência definitiva. Todos os Estados e o Distrito Federal atuam como interessados no processo.

"A controvérsia requer a consideração do aludido princípio, ante a condição que ostenta de imposto sobre o consumo. Envolve saber se a inadimplência é irrelevante, sob o aspecto jurídico-tributário, mesmo se resultar na oneração do comerciante em vez do consumidor final, como deve ser sempre em se tratando de tributo não

cumulativo", pontuou Marco Aurélio, na decisão de 2014, em que se manifestou pela repercussão geral do tema.

(Jota-BR)

(Notícia na íntegra)