V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por Procurador do Estado, foi protocolada no prazo legal.

Está em jogo saber se é constitucional lei complementar a afastar o direito ao creditamento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS incidente na aquisição de produtos destinados ao uso ou consumo. Na redação original da Lei Complementar nº 87/1996, o inciso I do artigo 33 previa esse direito tão somente nas entradas ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1998, termo inicial que acabou prorrogado, sucessivamente, até 1º de janeiro de 2020, pelas Leis Complementares nº 92 /1997, 99/1999, 114/2002, 122/2006 e 138/2010.

Na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325, em que discutida a compatibilidade, com a Lei Maior, do fracionamento do direito ao creditamento na compra de bens integrantes do ativo fixo, assentei impróprio lei complementar limitar o princípio constitucional da não cumulatividade:

> Comentando a Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000, na Revista Associação Brasileira de Direito Tributário, Sacha Calmon advertiu para a tendência de relegar-se ao campo simplesmente formal, a um contexto meramente lírico, o princípio da não-cumulatividade. As palavras são fortes, mas precisam ser percebidas por todos aqueles que têm compromisso maior com a supremacia da Carta da República, com os princípios explícitos e implícitos dela constantes. Após aludir ao critério estipulado, e que veio a introduzir o sistema de avos na tomada de crédito do ICMS, para acerto de contas com o fisco, adotando a diminuta quantidade de quarenta e oito avos por mês, o renomado tributarista proclamou:
>
> A desnaturação do princípio da não-cumulatividade leva à desnaturação do imposto, justo o que não desejou o legislador de lá e aqui o constituinte.

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/08/2020 00:00

Referiu-se ao sistema de países europeus, no que não submeteram o princípio à regência constitucional. Aí, reportando-se à desconstitucionalização do tributo, ressaltou nefasta tendência de nosso legislador ordinário, assentou:

Dá-se que entre nós, contra a Constituição e dócil ao querer de governantes ignorantes e ávidos por recursos para gastá-los em fins nem sempre dignos ou desejáveis, o legislador infraconstitucional afronta a Lei Maior e desfigura, dia após dia, o princípio da não-cumulatividade, com anuência da maior parte do empresariado e o beneplácito acomodatício do Poder Judiciário enquanto guarda da Constituição. Nestas circunstâncias, cabe à consciência jurídica nacional repudiar a amortização delonga dos créditos do ICMS escriturados quando da aquisição de bens do ativo fixo e a limitação do aproveitamento do crédito de certos imputs indiretos, a tão-somente àqueles diretamente ligados ao 'produto' e não ao 'processo' de produção e circulação de bens e serviços, como disposto na Lei Complementar 102, numa volta irracional do superado conceito de 'crédito físico' comum às mentes incultas, sobre favorecer exclusivamente os interesses fiscalistas voltados a obter receitas, porém nem sempre atentos à satisfação das necessidades básicas do sofrido povo brasileiro (artigo publicado, sob o título "Denunciamos. Lei Complementar 102/2000", na revista citada, ano 3, nº 5/6, janeiro /agosto 2000, Belo Horizonte, Editora Del Rey, páginas 267/268 - trecho transcrito na inicial).

A mesma linha seguem aqueles que se debruçaram e continuam debruçados sobre o tema. Carrazza adverte que "a garantia constitucional do abatimento - que deflui diretamente do art. 155, § 2º, I, da CF - é que, portanto, confere ao ICMS o chamado 'caráter não-cumulativo'. Esta propriedade se perde quando, sob pretextos vários (salvo os apontados no art. 155, § 2º, II, da mesma Lei Maior) é negada ao contribuinte a faculdade constitucional de realizar 'in concreto' o abatimento" (ICMS. São Paulo, Editora Malheiros, 1994, páginas 88 e 89 - trecho transcrito na inicial).

A sistemática engenhosa adotada resulta em verdadeiro empréstimo sem que haja a utilização do rótulo e, mais do que isso, a observância do que se contém no artigo 148 da Constituição Federal. o contribuinte, embora detentor de um certo crédito, não pode utilizá-lo no mês de apuração do ICMS. Deve guardá-lo - e, diria, sob o colchão, sem a incidência, assim, de acessórios - para utilização em doses homeopáticas - quarenta e oito parcelas mensais. Com isso, considerada mesmo a perda de poder aquisitivo da moeda, fica em

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/08/2020 00:00

plano secundário o princípio da não-cumulatividade. Seria interessante imaginar-se o raciocínio desenvolvido em se tratando do que devido ao fisco. Como ficaria o contexto arrecadador dos tributos caso houvesse projeção, no tempo, da exigibilidade, a alcançar os quatro anos previstos na Lei Complementar nº 102/2000? Conforme ressaltado por Roque Antonio Carrazza, as limitações ao crédito estão na Carta da República e, no caso, as constantes da lei em exame com elas não guardam pertinência. Não se cuida, aqui, de disciplina de crédito, considerada isenção ou não-incidência, mas de crédito relativo a operações em que verificada a incidência do tributo. Atente-se para o descompasso da Lei Complementar nº 102/2000, no que veio a alterar o que, no pronunciamento do Chefe do Poder Executivo, apontou-se como direcionado ao desenvolvimento no Brasil:

Com prelúdio, cabe ressaltar o pronunciamento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no sentido de que, embora a Lei Complementar 87/96 tenha desempenhado importante papel na economia brasileira, incentivando as exportações e contribuindo para o aumento da formação de capital fixo, houve a necessidade, em nome do princípio federativo, de sua adequação, de forma a minimizar as dificuldades financeiras a que os Estados brasileiros foram levados (folhas 162 e 163).

Enfim, em nome do princípio federativo, acabou-se por mitigar outro princípio contido na Carta, olvidando-se estarem eles em idêntico patamar. Creio que nem mesmo isso ocorreu. Conforme admitido de maneira escancarada, a alteração da Lei Complementar nº 87/96, a envolver o princípio da não-cumulatividade, visou "a minimizar as dificuldades financeiras a que os Estados brasileiros foram levados" (folha 163).

Paga-se um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito: a observância irrestrita, pouco importando dificuldades financeiras resultantes de danosas gestões administrativas, das normas constitucionais. Examinem-se os dispositivos inseridos na Lei Complementar nº 87/96 pela Lei Complementar nº 102/2000. O novo § 5º do artigo 20 versa sobre a apropriação homeopática dos créditos resultantes de entrada de mercadorias no estabelecimento, destinadas ao ativo permanente. A pérola do menosprezo ao princípio da não-cumulatividade está no inciso VII do § 5º em exame:

Ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

Então, em bom vernáculo, admitiu-se que a arquitetura normativa pode levar ao aproveitamento parcial do montante do crédito, como se a dosagem em prestações já não fosse de extravagância maior.

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/08/2020 00:00

Quanto à energia elétrica, o inciso II do artigo 33 da Lei Complementar nº 87/96 previa:

A energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta lei complementar em vigor;

Pois bem, a Lei Complementar nº 102/2000 veio a dar novos contornos a esse aproveitamento, jungindo-o a determinados fenômenos, como consta das alíneas introduzidas no citado inciso II:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;

Em síntese, considerada esta última cláusula, balizou-se a maldade tributária, a violência ao princípio da cumulatividade, expungindo-as a partir de 1º de janeiro de 2003. Vale dizer, até esse termo não estará em vigor, não se dará a supremacia a Carta da República, ou melhor, ter-se-á, nas exceções, a tomada do crédito nela prevista - artigo 155, § 2º, inciso II - e mais algumas hipóteses.

Se, em relação aos bens integrantes do ativo fixo, o legislador prescreveu doses homeopáticas de não cumulatividade, no tocante aos bens de uso ou consumo, prorrogou sucessivamente a observância ao princípio. Cumpre ao Supremo declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 33, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996, na redação dada pela Lei Complementar nº 122/2006.

Conheço do recurso extraordinário e o desprovejo, assentando inconstitucional o artigo 33, inciso I, da Lei Complementar nº 87/1996, na redação dada pela Lei Complementar nº 122/2006. Fixo como tese: "Viola o princípio constitucional da não cumulatividade lei complementar a impedir o imediato creditamento de ICMS na aquisição de mercadorias de uso e consumo".

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/08/2020 00:00