Cód. barras: STJ00094603 (2012)

# *SUMÁRIO*

*Nota à 16ª edição* ..... 19
*Nota à 15ª edição* ..... 19
*Nota à 14ª edição* ..... 19
*Nota à 13ª edição* ..... 20
*Nota à 12ª edição* ..... 20
*Nota à 11ª edição* ..... 20
*Nota à 10ª edição* ..... 20
*Nota à 9ª edição* ..... 21
*Nota à 8ª edição* ..... 21
*Nota à 7ª edição* ..... 22
*Nota à 6ª edição* ..... 22
*Nota à 5ª edição* ..... 22
*Nota à 4ª edição* ..... 23
*Nota à 3ª edição* ..... 23
*Nota à 2ª edição* ..... 24
*Nota à 1ª edição* ..... 24
*Introdução* ..... 27

*Capítulo I* – **A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

1. *Introdução* ..... 29
2. *A tributação na Constituição* ..... 31
3. *Noção de competência tributária* ..... 32
4. *Os titulares das competências tributárias* ..... 34
5. *A competência tributária e a norma-padrão de incidência dos tributos* ..... 34
6. *A competência para criar impostos* ..... 36

*Capítulo II* – **O ICMS NA CONSTITUIÇÃO**

1. *Considerações gerais* ..... 40
2. *Imposto sobre operações mercantis (o ICMS sobre as operações mercantis)*
   *2.1 Preliminares* ..... 42

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

*2.2 Sujeitos passivos* ..... 44
*2.3 Âmbito de incidência* ..... 47
2.3.1 Noção de "mercadoria" para fins de tributação por via de ICMS ..... 48
*2.4 Momento do nascimento da obrigação tributária* ..... 52
*2.5 Primeiras conclusões* ..... 60
*2.6 Exceção à regra geral* ..... 64
*2.7 Tributação das importações de mercadorias e bens* ..... 65
2.7.1 Momento em que nasce a obrigação de pagar ICMS nas importações ..... 75
2.7.2 ICMS e importação "por conta e ordem" e "por conta própria, com pedido prévio de encomendantes". Local da incidência e sujeito passivo..... 81
2.7.3 ICMS e importação, por particular, de bem destinado a seu uso próprio ..... 88
*2.8 Casos de não incidência* ..... 96
*2.9 Base de cálculo* ..... 97
*2.10 Alíquota. A Resolução do Senado Federal n. 13, de 25.4.2012* 99
2.10.1 Percentuais ..... 107
*2.11 Questões conexas* ..... 108
2.11.1 Cooperativas de consumo. Sua intributabilidade por via de ICMS enquanto praticam atos típicos ..... 108
2.11.2 Sujeição passiva indireta (responsabilidade tributária) ..... 113
*2.11.2.1* Responsabilidade por substituição no ICMS ..... 114
*2.11.2.2* Responsabilidade por transferência no ICMS ..... 117
*2.11.2.3* Outras considerações ..... 118
2.11.3 O ICMS e as vendas financiadas de mercadorias .... 119
*2.11.3.1* Aprofundamento da questão ..... 123
2.11.3.1.a Diferenças entre "venda a prazo" e "venda financiada" . 124
2.11.3.1.b Inexigibilidade de outro tipo de venda, por parte da empresa comercial. Seu direito de valer-se da "elisão fiscal" ..... 139
*2.11.3.2* A tributabilidade da empresa por meio de IOF ..... 140
2.11.3.2.a O perfil constitucional do IOF 140
2.11.3.2.b O imposto sobre operações de crédito (IO-Crédito) ..... 141

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

2.11.3.2.c Os novos sujeitos passivos do IOF sobre operações de crédito (IO-Crédito) ..... 143
2.11.3.2.d A lei complementar e a definição dos contribuintes do IOF sobre operações de crédito (IO-Crédito) ..... 144
2.11.3.2.e Caminho alternativo ..... 145
*2.11.3.3* Síntese final ..... 146
2.11.4 O ICMS e as vendas com bonificação em mercadorias ..... 146
*2.11.4.1* Generalidades ..... 147
*2.11.4.2* A "base de cálculo possível" do ICMS sobre operações mercantis ..... 148
*2.11.4.3* O art. 146 da CF e a base de cálculo possível do ICMS incidente sobre operações mercantis. O alcance do art. 13, § 1º, II, da Lei Complementar 87/1996 ..... 149
*2.11.4.4* A legislação ordinária e o modo de apurar-se a base de cálculo do ICMS quando ocorrem vendas com bonificação em mercadorias ..... 150
*2.11.4.5* Aprofundamento do assunto ..... 152
*2.11.4.6* Efeitos da "resposta" dada à consulta mencionada no subitem anterior ..... 154
*2.11.4.7* A "recuperação" das quantias de ICMS indevidamente recolhidas ..... 154
2.11.4.7.a Os mecanismos passíveis de serem adotados: repetição do indébito e compensação ..... 155
2.11.4.7.b A desnecessidade de prova da "repercussão econômica" ..... 156
*2.11.4.8* O falso problema do preenchimento eventualmente incorreto ou lacunoso das notas fiscais ..... 157
*2.11.4.9* "Vendas bonificadas" e "substituição tributária" ..... 158
*2.11.4.10* Síntese final ..... 159
2.11.5 O ICMS e a empreitada de construção civil, com fornecimento de material produzido pelo empreiteiro fora do local da obra. Sua não incidência ..... 160

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

2.11.6 O ICMS e mercadoria que não transita pelo estabelecimento do transmitente ..... 165
2.11.7 O ICMS e o arrendamento mercantil ("leasing"). Sua inexigibilidade ..... 166
2.11.8 A não incidência de ICMS sobre seguros e juros .... 172
2.11.9 A não incidência de ICMS sobre "salvados de sinistros" ..... 173
2.11.10 A não incidência de ICMS sobre a mudança de endereço ..... 173
2.11.11 A não incidência de ICMS sobre a venda de bens do ativo fixo ..... 174
2.11.12 A não incidência de ICMS sobre o "autoconsumo" 174
2.11.13 A não incidência de ICMS sobre as operações praticadas com "amostras grátis" e a saída (com posterior retorno) de bens para fins de "demonstração" ..... 174
2.11.14 Da não incidência de ICMS sobre o valor do licenciamento do uso de *softwares*
*2.11.14.1* Generalidades ..... 175
*2.11.14.2* Da cessão de direitos e de sua intributabilidade, quer por meio de ICMS, quer de ISS ..... 179
*2.11.14.3* Posição da jurisprudência ..... 185
2.11.15 A "cessão de direitos" e a impossibilidade jurídica de ela ser alcançada pelo ICMS ..... 188
*2.11.15.1* A situação tributária das empresas que distribuem filmes em suporte de videocassete ..... 190
2.11.16 A intributabilidade, por meio de ICMS, do fornecimento domiciliar de água potável. Questões conexas 192
2.11.17 O ICMS e a imputação de pagamento. O inadequado tratamento dispensado ao assunto pela legislação paulista ..... 194
2.11.18 Avarias, extravios e outros eventos. Sua inidoneidade para, de per si, fazer presumir a ocorrência do fato imponível do ICMS ..... 200

***3. O ICMS sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal***

*3.1 Considerações gerais* ..... 203
*3.2 Âmbito de abrangência* ..... 207
*3.3 Casos de não incidência* ..... 208
*3.4 Hipótese de incidência* ..... 209
*3.5 Sujeito passivo possível* ..... 211

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

*3.6 A intributabilidade por meio de ICMS do autotransporte interestadual. Irrelevância da existência de várias inscrições estaduais* ..... 212
*3.7 Tributação de serviço de transporte internacional* ..... 216
*3.8 Tributação de serviços de transporte sucessivos* ..... 218
*3.9 "Courrier". Sua tributabilidade por meio de ICMS* ..... 220
*3.10 Base de cálculo* ..... 220
*3.11 Alíquota* ..... 222
***4. O ICMS sobre serviços de comunicação***
*4.1 Considerações gerais e hipótese de incidência* ..... 223
*4.2 Casos de não incidência e questões conexas* ..... 254
*4.3 Sujeito ativo* ..... 257
*4.4 A intributabilidade por meio de ICMS da disponibilização dos meios materiais necessários à prestação dos serviços de telecomunicação internacional* ..... 257
*4.5 A intributabilidade por meio de ICMS da prestação dos serviços de comunicação estritamente locais* ..... 267
*4.6 Base de cálculo* ..... 268
*4.7 Alíquota* ..... 269
*4.8 Ato de habilitação do aparelho celular e transferências de titularidade de assinaturas relativamente ao "sistema móvel celular". Inexigibilidade do ICMS* ..... 269
*4.9 ICMS-Comunicação e as vendas de cartões indutivos e para celulares* ..... 278
*4.10 Locação de espaços em satélites. Não incidência do ICMS* 282
*4.11 Serviços de provedor de acesso à Internet e à Intranet. Inexigibilidade do ICMS* ..... 289
*4.12 "TVs por assinatura". Inexigibilidade do ICMS* ..... 299
4.12.1 Taxa de adesão. Inexigibilidade do ICMS ..... 301
*4.13 Empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens (televisão aberta). Inexigibilidade do ICMS* ..... 301
*4.14 Serviço de "paging". Sua tributabilidade por meio de ICMS* ..... 304
*4.15 A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e o serviço postal. Intributabilidade por meio de ICMS* ..... 305
***5. O ICMS sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica*** ..... 308
*5.1 O ICMS sobre operações relativas a energia elétrica* ..... 309
5.1.1 Base de cálculo ..... 322
5.1.2 Alíquota ..... 330

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

5.1.3 A base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica no Estado de São Paulo. Sua inconstitucionalidade ... 331
5.1.4 O "furto de energia elétrica". Sua intributabilidade por meio de ICMS ... 333
*5.2 O ICMS sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos* ... 340
5.2.1 Hipótese de incidência ... 340
5.2.2 Base de cálculo ... 341
5.2.3 Alíquota ... 342
***6. O ICMS sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais*** ... 342
***7. O ICMS e o "Super Simples"*** ... 344
***8. Conclusão do capítulo*** ... 347

*Capítulo III* – **A BASE DE CÁLCULO "POR DENTRO" DO ICMS. SUA INCONSTITUCIONALIDADE**

***1. Generalidades e definição*** ... 350
***2. Funções da base de cálculo*** ... 351
***3. Consequência importante*** ... 353
***4. A lei complementar e a base de cálculo dos tributos*** ... 355
***5. A base de cálculo do ICMS na Lei Complementar 87/1996. A inconstitucionalidade de seu art. 13, § 1º, I***
*5.1 Colocações preliminares* ... 359
*5.2 Desenvolvimento da ideia* ... 359
*5.3 Majoração indevida das alíquotas do ICMS* ... 361
*5.4 Esclarecimentos* ... 362
***6. O modo de apurar a base de cálculo do ICMS, tal como preconizado na legislação ordinária. Sua insubsistência***
*6.1 Considerações gerais* ... 363
*6.2 Das inconstitucionalidades da legislação estadual no que respeita à base de cálculo do ICMS* ... 364
***7. Outros desdobramentos*** ... 368
***8. Síntese conclusiva*** ... 369

*Capítulo IV* – **A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARA FRENTE", NO ICMS**

***1. Introdução*** ... 371
***2. A substituição tributária "para frente": noções gerais e questões conexas*** ... 373
*2.1 A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 3/1993* 375

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

*2.2 Ainda a tributação por "fato futuro"* ..... 376
3. ***A substituição "para frente" e o art. 10 da Lei Complementar 87/1996*** ..... 380
*3.1 A restituição do ICMS e o inusitado Decreto paulista 41.835/1997* ..... 385
4. ***Substituição tributária "para frente" e tipicidade da tributação*** .. 386
5. ***Outras inconstitucionalidades*** ..... 388
6. ***A inconstitucionalidade do "Convênio 66/1988" enquanto "cuidava" da substituição tributária "para frente"*** ..... 389
7. ***A uniformização de jurisprudência do STJ*** ..... 392
8. ***Novas considerações*** ..... 393

*Capítulo V* – **O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE NO ICMS**

1. ***Noções gerais*** ..... 399
2. ***O "mecanismo" das deduções*** ..... 403
3. ***O direito de crédito e a efetiva cobrança nas operações anteriores*** 404
*3.1 A desnecessidade da "efetiva cobrança" nas anteriores operações ou prestações* ..... 404
*3.2 Irrelevância da "origem" dos créditos de ICMS* ..... 424
4. ***Modo de implementar-se a "compensação", já que o ICMS "não é" um imposto sobre valor agregado*** ..... 426
*4.1 A chamada "venda com prejuízo" e o direito aos créditos de ICMS* ..... 430
*4.2 O método de apuração do "quantum" de ICMS a pagar* .... 432
*4.3 Irrelevância da "destinação"* ..... 436
*4.4 O sistema de créditos presumidos e o princípio da não cumulatividade* ..... 436
*4.5 A inconstitucionalidade do Convênio ICM-9/1976* ..... 439
5. ***Origem exclusivamente constitucional do "princípio da não cumulatividade"*** ..... 448
6. ***Restrições constitucionais ao "princípio da não cumulatividade"*** 449
*6.1 Diferimento* ..... 455
7. ***Alcance da lei complementar no que concerne ao "princípio da não cumulatividade"*** ..... 456
8. ***Síntese necessária*** ..... 461
9. ***O art. 23 da Lei Complementar 87/1996*** ..... 462
10. ***Créditos de ICMS relativos a bens que se destinam a uso, consumo ou ativo permanente***
*10.1 Considerações gerais* ..... 464

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

*10.2 A inconstitucionalidade do art. 31, II, do Convênio ICM-66/1988 e sua superação pelo art. 20 da Lei Complementar 87/1996* ..... 467
10.2.1 Análise jurídica do art. 155, § 2º, XII, "c", da CF ... 482
*10.3 Novas observações* ..... 483
*10.4 Aplicações práticas* ..... 485
*10.5 Inconstitucionalidades da legislação* ..... 486
*10.6 Considerações finais* ..... 488
***11. A correção monetária dos créditos de ICMS*** ..... 490
*11.1 Critério de contagem da correção monetária* ..... 499
*11.2 Prazo decadencial para aproveitamento de créditos pretéritos* ..... 503

*Capítulo VI* – **SELETIVIDADE EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DAS MERCADORIAS E DOS SERVIÇOS**

***1. Considerações gerais*** ..... 506
***2. O direito fundamental à vida e à saúde, o ICMS-Operações Mercantis e o princípio da seletividade*** ..... 514

*Capítulo VII* – **O "DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS" NO ICMS DO ESTADO DE SÃO PAULO. SUA INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO: POSSIBILIDADE JURÍDICA. QUESTÕES CONEXAS**

***1. Circunscrição do problema*** ..... 523
***2. A vedação ao "enriquecimento sem causa", por parte do Estado*** 524
***3. Fundamento do direito ao ressarcimento. Questão incontroversa*** 524
***4. A "repetição do indébito" e a "compensação"*** ..... 525
***5. "Repercussão financeira" e "repercussão jurídica"*** ..... 526
***6. O ICMS e o art. 166 do CTN*** ..... 530
***7. O princípio da não cumulatividade e a repetição do indébito*** ..... 533
***8. Considerações finais*** ..... 535

*Capítulo VIII* – **AS ALÍQUOTAS PARA AS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES QUE DESTINEM BENS E SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO**

***1. Considerações iniciais*** ..... 537
***2. Desenvolvimento da ideia*** ..... 538
***3. O "diferencial de alíquota" e a Lei Complementar 87/1996*** ..... 539

*Capítulo IX* – **O ART. 155, § 2º, IX, "B", DA CF** ..... 542

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

*Capítulo X* – **IMUNIDADES**

1. ***Considerações gerais*** ..... 547
2. ***Imunidades de ICMS sobre operações que destinem mercadorias para o exterior e sobre serviços prestados a destinatários no exterior*** ..... 555
3. ***Imunidade de ICMS sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica*** ..... 560
4. ***Imunidade de ICMS sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º, da CF*** ..... 570
5. ***Imunidade de ICMS nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita*** ..... 571

*Capítulo XI* – **BASE DE CÁLCULO DO ICMS NA HIPÓTESE DEFINIDA NO ART. 155, § 2º, XI, DA CF** ..... 573

*Capítulo XII* – **ISENÇÃO** ..... 575

1. ***Isenção concedida por meio de decreto legislativo estadual ou distrital*** ..... 579
   - *1.1 Isenções de ICMS condicionais e incondicionais* ..... 591
2. ***Cessão onerosa de créditos tributários parcelados concernentes ao ICMS. Sua possibilidade, com base no Convênio ICMS-104/2002***
   - *2.1 Generalidades* ..... 594
   - *2.2 Da juridicidade do Convênio ICMS-104/2002* ..... 594
   - *2.3 Da possibilidade jurídica da cessão de créditos tributários decorrentes de parcelamento* ..... 597
   - *2.4 Da juridicidade material e formal da cessão de créditos autorizada pelo Convênio ICMS-104/2002* ..... 602
3. ***A revogação das isenções de ICMS e o princípio da anterioridade*** 603

*Capítulo XIII* – **"CONVÊNIOS ICMS" E O ART. 14 DA "LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL". SUA INAPLICABILIDADE**

1. ***Introdução*** ..... 605
2. ***O princípio federativo*** ..... 605
3. ***O art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Sua inaplicabilidade aos Estados*** ..... 607
4. ***As isenções tributárias e o ICMS*** ..... 610
5. ***A inaplicabilidade do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal às isenções de ICMS*** ..... 611

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

*6. Conclusão* ..... 613

*Capítulo XIV* – **A LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 155, § 2º, XII, DA CF** ..... 614

*Capítulo XV* – **O § 3º DO ART. 155 DA CF. A NÃO INCIDÊNCIA DA "COFINS" E DO "PIS" NAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES ALI REFERIDAS**

*1. Introdução* ..... 633
*2. As "contribuições" do art. 149 da CF* ..... 635
*2.1 Generalidades* ..... 635
*2.2 As "contribuições" e o campo tributário da União* ..... 637
*3. As "contribuições sociais para a seguridade social". Principais traços característicos* ..... 640
*4. A "contribuição" para o PIS*
*4.1 Evolução legislativa* ..... 643
*4.2 Breve constatação* ..... 646
*4.3 A base de cálculo do PIS* ..... 647
*5. A COFINS. Sua natureza jurídica* ..... 647
*6. PIS e COFINS: irrelevância jurídica do "nomen iuris" e relevância da destinação do produto de sua arrecadação* ..... 648
*6.1 Irrelevância jurídica do "nomen iuris". Natureza tributária* ..... 648
*6.2 Relevância da destinação do produto de sua arrecadação* .. 650
*6.3 PIS e COFINS: impostos* ..... 652
*7. Considerações básicas* ..... 653
*8. A posição do Judiciário sobre a matéria* ..... 658

*Capítulo XVI* – **A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**

*1. Introdução* ..... 662
*2. Noção de "faturamento" ("base de cálculo possível" do PIS e da COFINS) no contexto do art. 195, I, da CF* ..... 664
*3. Ainda sobre a impossibilidade jurídica de o valor do ICMS figurar na base de cálculo do PIS e da COFINS* ..... 669
*4. A Lei 9.718/1998 e a questão objeto deste capítulo* ..... 670
*5. Considerações finais* ..... 672

*Capítulo XVII* – **O LANÇAMENTO DO ICMS**

*1. Introdução* ..... 679
*2. Das modalidades de lançamento. Do lançamento por homologação* ..... 684

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

*3. Nossa posição* ..... 685

*Capítulo XVIII* – **DEVERES INSTRUMENTAIS TRIBUTÁRIOS ("OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS") RELATIVOS AO ICMS**

*1. Generalidades* ..... 691
*2. Eventuais irregularidades contidas na "nota fiscal". Sua irrelevância para fins de pleno desfrute, pelo adquirente, do "princípio da não cumulatividade"* ..... 694
*3. Necessária correlação entre os deveres instrumentais tributários e o ICMS* ..... 696

*Capítulo XIX* – **A APREENSÃO DE MERCADORIAS E O ICMS** 698

*Capítulo XX* – **A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO POR MEIO DE DECRETO DE PRAZO E CONDIÇÕES PARA RECOLHIMENTO DO ICMS** ..... 699

*Capítulo XXI* – **COMPETÊNCIA PARA CRIAR O ICMS. OBRIGATORIEDADE DE SEU EXERCÍCIO** ..... 701

*Capítulo XXII* – **A PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS** ..... 703

*Capítulo XXIII* – **INFRAÇÕES E SANÇÕES TRIBUTÁRIAS EM MATÉRIA DE ICMS** ..... 709

*Capítulo XXIV* – **O ICMS E OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

*1. Introdução* ..... 715
*2. Peculiaridades dos chamados "crimes contra a ordem tributária"* 717
*3. O ICMS e o delito capitulado no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990. Problemas conexos*
*3.1 Generalidades* ..... 719
*3.2 Desenvolvimento da ideia* ..... 721
3.2.1 O art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 e o crime de apropriação indébita ..... 722
*3.3 Síntese necessária* ..... 724
*3.4 Atipicidade da conduta do contribuinte* ..... 724
*3.5 Novas considerações* ..... 726
*3.6 Situação das pessoas jurídicas e de seus diretores* ..... 728
*3.7 Inconstitucionalidades da Lei 8.866/1994* ..... 728

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

*4. A lícita exclusão do valor do ICMS de sua própria base de cálculo*
*4.1 Colocação do problema* ..... 731
*4.2 O crime de sonegação fiscal e a conduta ora em exame* .... 731
*4.3 Síntese conclusiva* ..... 733
*5. Correção dos créditos de ICMS pelo próprio contribuinte. Licitude da conduta* ..... 733

*Bibliografia* ..... 737

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br