

Gontijo e Aquino: Ganha, mas não leva?

18/04/2021

Com o aproximar do dia 29 de abril — data na qual serão apreciados os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR —, uma questão parece ter escapado sobre o tema: para os contribuintes acumuladores de crédito com decisão transitada em julgado, o ICMS a ser excluído, sob uma perspectiva processual, só pode ser o *destacado*.



Ademais das robustas razões de mérito a sustentar o

argumento, com o reconhecimento do interesse de agir — eis o ponto fulcral do presente artigo — e sua confirmação pela decisão final, a exclusão do ICMS *destacado* é o único resultado útil possível.

Sobre ser o ICMS *destacado* ou *recolhido*, é questão já dirimida pelo STF. Basta a leitura conjunta dos itens 7 e 9 do voto condutor para se concluir que o ICMS a excluir é o destacado — que, conforme a relatora, em algum momento, ainda que não exatamente o mesmo, será recolhido, jamais constituindo receita do contribuinte.

Contudo, mesmo que a questão fosse tão inédita quanto pretendem os embargos de declaração, seguiria destituída da ampla eficácia que lhe pretende atribuir a Fazenda Nacional. As razões para tanto são sutis e perpassam considerações de ordem processual.

É fato público e notório que diversos contribuintes recorreram individualmente ao Judiciário para ver resguardado seu direito à subtração do ICMS da base de cálculo das referidas contribuições. Inúmeras foram as ações ajuizadas e, tão incontáveis quanto, os provimentos já encobertos pelo véu da coisa julgada.

Em boa parte desses provimentos, embora já passados em julgado, não houve a especificação sobre o ICMS, se *destacado* ou *recolhido*. Essa suposta omissão — que, sob uma atenta leitura do acórdão, sequer existe — tem gerado inúmeras controvérsias.

Contudo, para muitos contribuintes, a hipótese não pode jamais ser tida por omissa. Isso porque a definição do imposto a excluir, embora não explicitamente aventada nos autos, está

pressuposta no provimento final. Inclusive, prescinde de incursão meritória, sendo, na verdade, dirimida em momento anterior, quando do controle das condições da ação.

Isso ocorre porque o Código de Processo Civil elenca como condição necessária para postular em juízo, para além da legitimidade, o interesse de agir. E, nesse ponto, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao reconhecê-lo na intersecção do binômio necessidade de se recorrer ao Judiciário para o resguardo do direito e adequação da medida pleiteada.

A restrição se justifica porque o Judiciário não é órgão consultivo. Suas manifestações podem até possuir caráter declaratório, mas estão condicionadas à prévia demonstração de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Sem isso, o jurisdicionado sequer tem direito à análise do mérito.

E aqui erige o questionamento: teria a exclusão do ICMS *recolhido* a utilidade e adequação universais que lhe pretende atribuir a Fazenda Nacional? A resposta é negativa.

Diversos contribuintes, seja por praticarem operações ou prestações majoritariamente destinadas ao exterior (imunes), seja por adquirirem insumos a alíquotas muito superiores às que se sujeitam suas saídas, ou mesmo por usufruírem de benefícios fiscais, acabam computando um infindável acúmulo de créditos.

Mês a mês, o resultado do imposto a recolher é o mesmo: zero (ou muito próximo disso). Nesses cenários, o provimento jurisdicional pela exclusão do imposto *recolhido* não possuiria qualquer utilidade ou adequação jurídica. Fosse esse o pleito, os contribuintes nessa situação sequer fariam jus à prestação jurisdicional, porque a ação não teria *condições* de seguir.

Portanto, a própria incursão meritória, que pressupõe um provimento jurisdicional útil em favor do contribuinte, evidencia que o imposto, para esses contribuintes, só pode ser o *destacado*. De outra forma, o processo deveria ter sido extinto sem resolução de mérito.

Em casos tais, independentemente do expreso pronunciamento, os contribuintes têm em seu favor provimento judicial transitado em julgado pela exclusão do imposto *destacado*. E, sobrevenha ou não entendimento diverso no julgamento do RE nº 574.706/PR, essa norma subjetiva tem de ser respeitada e aplicada.

A obviedade desses casos concretos revela que a coisa julgada não pode valer como um título — no jargão popular — de *ganha, mas não leva*. A posição extrema em que se encontram os contribuintes acumuladores de crédito apenas auxilia no exercício argumentativo de testar a hipótese ao limite e, assim, confirmar a premissa universalizável: o ICMS a ser excluído só pode ser o *destacado*!

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-18/gontijo-aquino-ganha-nao-leva/>