

12 de novembro de 2020

NOTÍCIAS

1. STF TEM DOIS VOTOS CONTRA CONVÊNIO QUE REGULAMENTA DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS

Para relatores, apenas lei complementar pode regulamentar o diferencial de alíquota. Nunes Marques pediu vista

Já são dois votos no Supremo Tribunal Federal (STF) para considerar inconstitucionais as cláusulas do convênio 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), que regulamentaram o diferencial de alíquota de ICMS em operações interestaduais. O julgamento conjunto da ADI 5469 e do RE 1287019 começou nesta quarta-feira (11/11) e foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Nunes Marques, que pediu mais tempo para ter a oportunidade de estudar sobre o caso – ele disse só ter tido acesso aos sistemas do tribunal na última segunda-feira (9/11).

Antes da interrupção do julgamento votaram o relator do RE, ministro Marco Aurélio, e o relator da ADI, Dias Toffoli. Os dois se posicionaram pela inconstitucionalidade das cláusulas do convênio 93/2015 do Confaz, que regulamentaram o diferencial de alíquota. Os magistrados também votaram pela necessidade da edição de uma lei complementar para regulamentar o tema. A diferença entre os dois votos é que o ministro Dias Toffoli entende pela modulação dos efeitos da decisão, ao contrário do ministro Marco Aurélio.

Não há prazo definido para que o ministro Marques Nunes devolva a vista ao plenário e o julgamento tenha continuidade. Assim como no caso sobre o ICMS sobre licença de uso de softwares, ele afirmou que levará os recursos de volta ao colegiado “com a maior brevidade possível”.

O julgamento afeta, sobretudo, as transações do comércio eletrônico e a repartição de receitas de ICMS entre os estados brasileiros. Os estados

alegam que eventual inconstitucionalidade causará perdas de receitas de ICMS de R\$ 9,838 bilhões anuais. Isso porque as receitas ficarão concentradas nas unidades federativas onde a venda foi realizada, o que prejudica a repartição de receita com o estado onde vive o consumidor que adquiriu a mercadoria.

O primeiro a votar foi o ministro Marco Aurélio Mello, relator do RE 1287019, que manteve o mesmo entendimento apresentado enquanto o recurso esteve em sessão virtual. Novamente o magistrado defendeu que a cobrança da diferença de alíquota em operação interestadual que destine mercadoria a consumidor final não contribuinte do ICMS é inválida por ausência de lei complementar disciplinadora. Para ele, os convênios não têm força legal para regulamentar uma emenda constitucional. “Os convênios são composições administrativas, sem o respaldo jurídico necessário para dispor sobre a norma tributária”, afirmou o ministro durante o julgamento.

Para o RE, Marco Aurélio propôs a seguinte tese: “a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

O ministro Dias Toffoli também entendeu que os dispositivos questionados são inconstitucionais por invasão de campo próprio de lei complementar federal. Na análise do ministro, a edição da Emenda Complementar nº 87/2015 criou uma nova relação jurídica e tributária entre o contribuinte – remetente do bem ou serviço – e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a não contribuintes do ICMS, o que justifica a necessidade de lei complementar.

12 de novembro de 2020

“Não se encontra, na parte permanente do texto constitucional, qualquer disposição no sentido de que convênios interestaduais podem suprir a ausência de lei complementar para efeito de tributação pelo ICMS”, escreveu o ministro em seu voto. Toffoli também concordou com a tese proposta por Marco Aurélio no recurso extraordinário.

Toffoli votou pela modulação dos efeitos da decisão para evitar prejuízo aos estados. Dessa forma, a retirada da cobrança do diferencial de alíquotas para as micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional valeria desde da concessão da medida cautelar na ADI 5464, em 2016. Já em relação às outras cláusulas, que trazem informações sobre o cálculo do diferencial de alíquota, os procedimentos a serem adotados e a necessidade do contribuinte observar as legislações estaduais, os efeitos da decisão valeriam a partir de 2021.

Processos

Na ADI 5469, a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (Abcomm) questiona cláusulas do Convênio ICMS 93/2015, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada. Para a Abcomm, o convênio é ato normativo inadequado, pois a matéria deveria ser prevista em lei complementar. O relator é o ministro Dias Toffoli.

Já o RE 1287019 discute a necessidade de edição de lei complementar para disciplinar a cobrança do diferencial de alíquota em operação interestadual que destine mercadoria a consumidor final não contribuinte do ICMS.

No processo, a empresa Madeiramadeira Comércio Eletrônico S/A defende que a mudança prevista na EC 87/2015 demanda edição de lei complementar para produzir efeitos. Portanto, o

estado não pode cobrar o diferencial de alíquotas enquanto o Congresso Nacional não editar uma lei complementar regulamentando a alteração trazida pela emenda.

Em sustentação oral nesta quarta-feira (11/11), o advogado da Abcomm, Eduardo Borges, afirmou que ausência de regulamentação do tema tem gerado confusão e anomalias na cobrança do ICMS, prejudicando o contribuinte. De acordo com o advogado, pela emenda, tanto o estado destino físico quanto destino jurídico podem cobrar o ICMS. Por exemplo, se uma empresa de São Paulo vende para uma empresa matriz no Rio de Janeiro e ela distribui a mercadoria por filiais em outros estados brasileiros, a diferença de alíquota pode ser cobrada tanto no Rio quanto nos outros estados.

O advogado destacou ainda que o convênio 93/2015 não foi aceito por todas as unidades da federação e tem apenas caráter autorizativo, o que demonstra que não há unidade entre os estados sobre o assunto.

Já o procurador do Distrito Federal, Jorge Octávio Lavocat Galvão, defendeu que o convênio Confaz serve para padronizar entendimentos, e que não seria necessária a edição de lei complementar para dar eficácia à emenda constitucional.

FLÁVIA MAIA – Repórter em Brasília. Cobre tributário, em especial no Carf, no STJ e no STF. Foi repórter do jornal Correio Braziliense e assessora de comunicação da Confederação Nacional da Indústria (CNI). Faz graduação em Direito no IDP. Email: flavia.maia@jota.info

ANA POMPEU – Repórter em Brasília. Cobre Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Passou pelas redações do ConJur, Correio Braziliense e SBT. Colaborou ainda com Estadão e Congresso em Foco. Email: ana.pompeu@jota.info

Acesso em:

12 de novembro de 2020

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stf-tem-dois-votos-contra->

[convenio-que-regulamenta-diferencial-de-aliquota-de-icms-11112020](#)