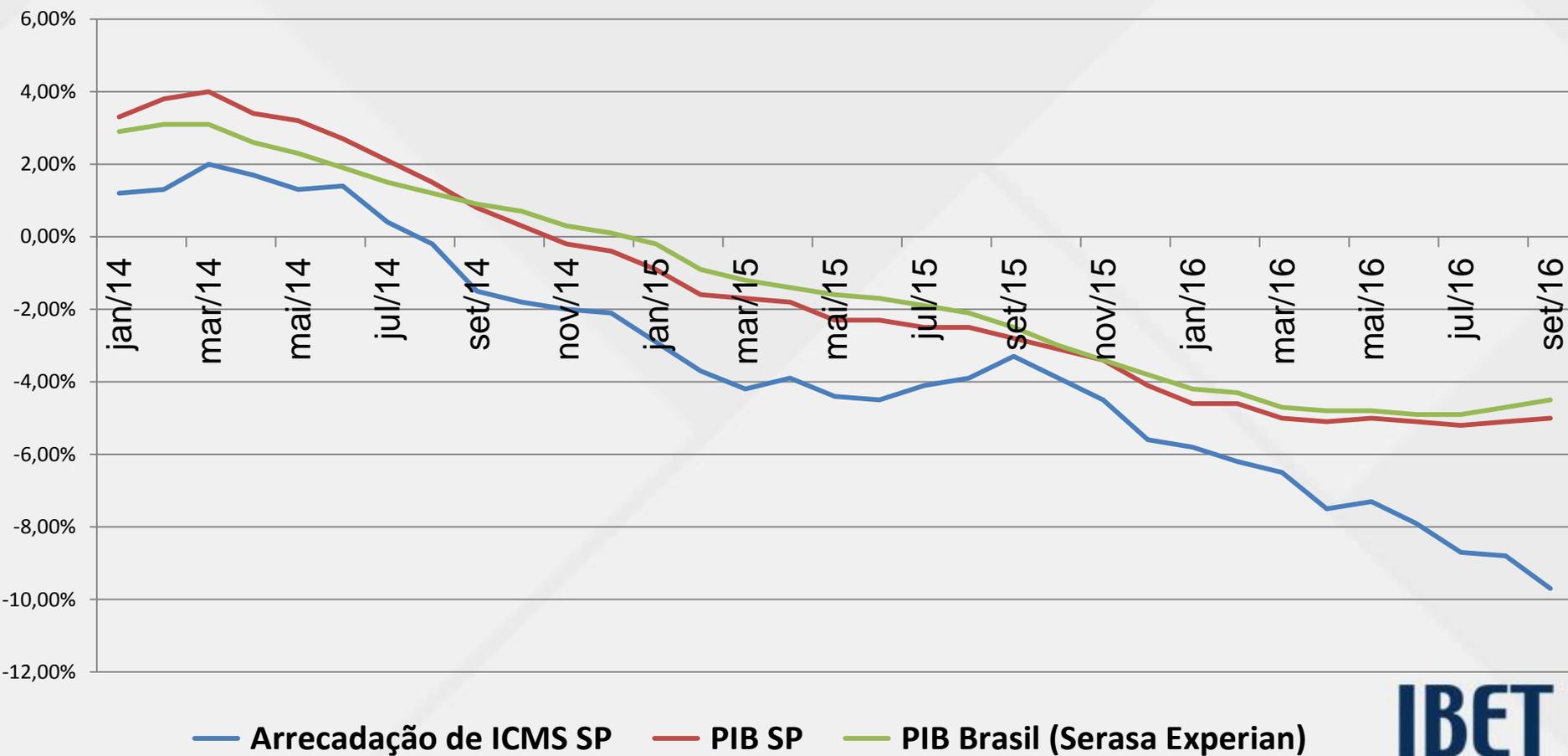


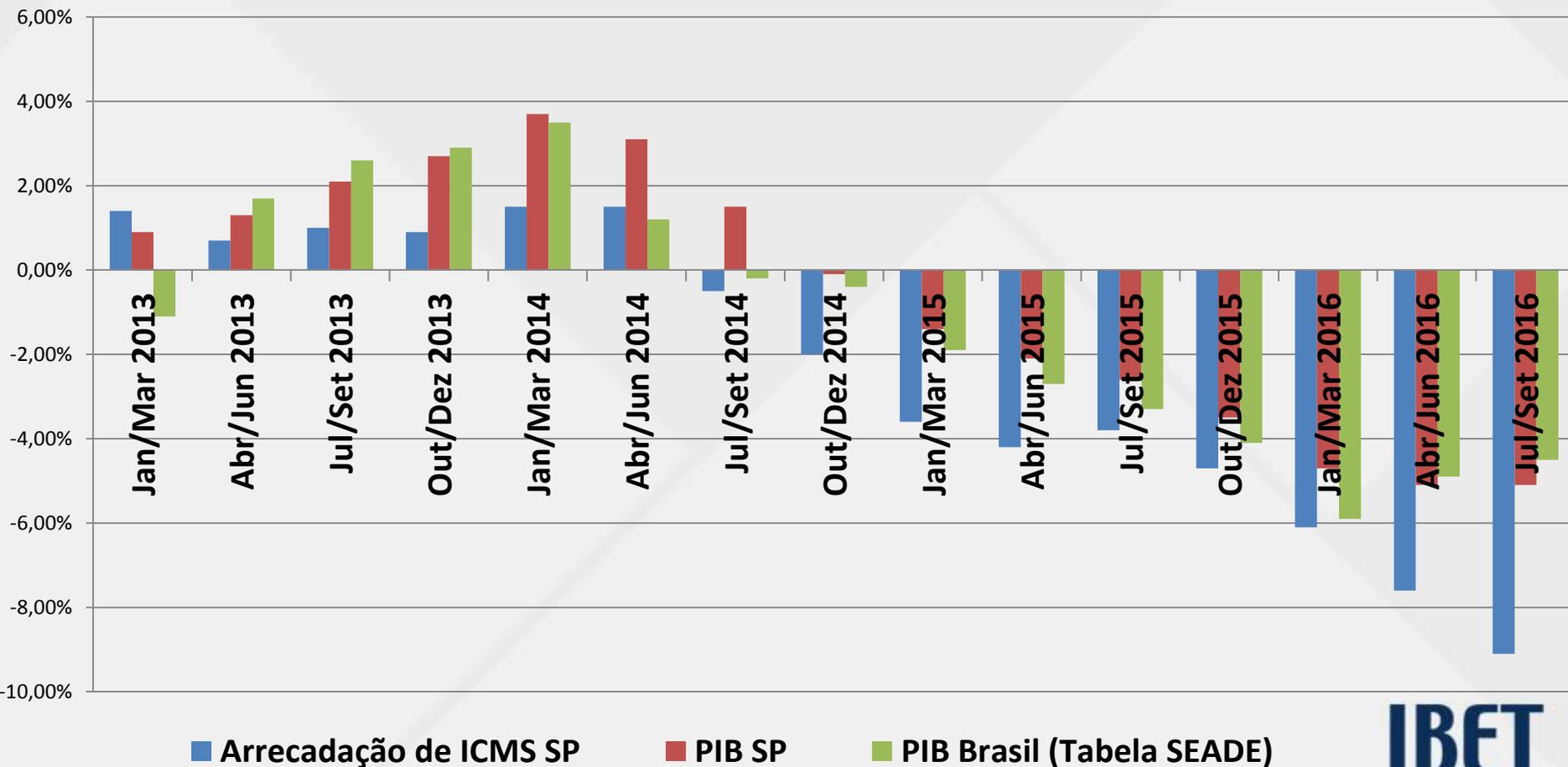
Benefícios fiscais e o Convênio ICMS 42/2016

Oswaldo Santos de Carvalho
Doutor PUC/SP e Diretor da
Consultoria Tributária da SEFAZ/SP

Cenário atual – Crise fiscal, financeira e orçamentária dos Estados: Gráficos: Variação do PIB x Variação da arrecadação



Cenário atual – Crise fiscal, financeira e orçamentária dos Estados: Gráficos: Variação do PIB x Variação da arrecadação



Impacto da queda da arrecadação do ICMS no repasse aos Municípios paulistas:

Exemplos: R. Preto; Franco da Rocha; Paulínia e P. Prudente

REPASSE ICMS/ MUNICÍPIOS.	POPULAÇÃO (IBGE)	REPASSE DE ICMS* (R\$)			REPASSE (R\$) "Per Capita" / MÊS (2016)	VARIÇÃO 2014/2016 (R\$ E %)
		2014	2015	2016		
RIBEIRÃO PRETO	604.682	399.041.918	393.466.966	337.837.052	48,16	(61.204.866) (15,3%)
FRANCO MORATO	154.472	24.659.118	24.190.255	20.594.150	11,10	(4.064.467) (16,4%)
PAULÍNIA	82.146	702.476.649	760.196.493	683.194.453	693,07	(19.282.96) (2,7%)
PRESIDENTE PRUDENTE	207.610	87.445.023	86.703.441	73.937.917	30,91	(13.507.105) (15,4%)
*Valores atualizados: IPC – FIPE-GERAL						
FONTE: Diretoria de Arrecadação da SEFAZ/SP.						

CONVÊNIO ICMS 42/2016

Cláusula 1ª) Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros (inclusive aos que vierem a ser concedidos):

I - condicionar a sua fruição a que as empresas beneficiárias depositem no fundo ... no mínimo, 10% do respectivo benefício; **ou**

II - reduzir o seu montante em, no mínimo, 10% do respectivo benefício.

§ 1º O descumprimento, pelo beneficiário, ... por 3 (três) meses, consecutivos ou não, resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício.

Cláusula 2ª) A unidade federada que optar pelo disposto no inciso I instituirá **fundo de equilíbrio fiscal**...

Cláusula 3ª) Fica revogado o Convênio ICMS 31/16, de 8 de abril de 2016

Alterações do Convênio ICMS 42/2016 em relação ao Convênio ICMS 31/2016:

- Previsão de redução do benefício **sem** vinculação a Fundo de Equilíbrio Fiscal;
- **Mudança na destinação do fundo** para a manutenção do equilíbrio das finanças públicas, **anteriormente destinava-se também ao desenvolvimento.**

Estados que implementaram o Convênio:

UF	LEGISLAÇÃO	OBSERVAÇÕES
ALAGOAS - AL	LEI ORDINÁRIA nº 7.835/2016, de 14 de outubro de 2016	Institui o Fundo de Equilíbrio Fiscal do Estado de Alagoas – FEFAL – <u>redução de 10% do benefício</u>
BAHIA – BA	LEI nº 13.564, de 20 de junho de 2016, e DECRETO nº 16.970, de 19 de agosto de 2016	Comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza , instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a <u>10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício</u>
CEARÁ – CE	LEI n.º 16.097, de 27.07.16 e Decreto nº 32.013, DE 16-8-2016	Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal - FEEF – 10% de redução do benefício - sendo que <u>20% do fundo será destinado à saúde.</u>
GOIÁS – GO	LEI nº 19.261, de 19 de abril de 2016 e Decreto nº 8.688 /16	Altera a Lei nº 14.469/03, que institui o Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás – PROTEGE GOIÁS, e a Lei nº 18.360/13, que prorroga o prazo de fruição dos incentivos dos Programas FOMENTAR e PRODUIZIR.
MARANHÃO – MA	LEI n.º 8.205/2004	PL altera a Lei nº 8.205/2004, que criou o Fundo Maranhense de Combate à Pobreza (Fumacop) – regulamentado pelo Decreto-Lei nº 21.725/2005.
PARAÍBA –PB	PROJETO DE LEI 996/2016	Projeto de Lei 996/2016 – Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF – (Diário do Poder Legislativo 14.09.2016) – <u>10% de redução do benefício</u>
PERNAMBUCO – PE	LEI ORDINÁRIA nº 15.865, de 30 de junho de 2016	Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal - <u>10% de redução do benefício</u>
PIAUI	LEI nº 6.875/2016 – PLOG – ORDINÁRIA DO GOVERNO	
RIO DE JANEIRO – RJ	LEI nº 7.428 DE 25 DE AGOSTO DE 2016	Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal, temporário, pelo período de 2 anos, <u>10% de redução do benefício</u> <u>“Art. 2º- A fruição do benefício fiscal ou incentivo fiscal, (...) já considerado no aludido percentual a base de cálculo para o repasse constitucional para os Municípios (25%).”</u>
RIO GRANDE DO NORTE – RN	MENSAGEM nº 081/2016–GE, 13 DE JULHO DE 2016.	Institui o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal do Estado do Rio Grande do Norte – FUNDERN - <u>10% de redução do benefício</u>
RONDÔNIA – RR	PROJETO DE LEI nº 94/16 PAUTA nº 022/16 DE 15/06/16	Institui o Fundo de Desenvolvimento e Equilíbrio Fiscal - FUNDEFIS
TOCANTINS - TO	PROJETO DE LEI nº 29/2016	

Pontos sensíveis: Legalidade e/ou constitucionalidade do convênio:

I) Benefícios aprovados pelo CONFAZ:

- Convênio ICMS 42/16: se refere à possibilidade de redução dos benefícios aprovados pelo CONFAZ, **não podendo, segundo nosso entendimento, cuidar dos benefícios concedidos à sua margem.**

- Convênio ICMS 70/14: **dispõe especificamente** de matéria relativa à anistia e remissão dos créditos tributários relativos a **benefícios fiscais não aprovados pelo CONFAZ.**

II) Fundo de Equilíbrio Fiscal X Não Cumulatividade:

- Convênio ICMS 42/16 - trata de revogação parcial de um benefício fiscal, revigorando automaticamente a incidência do ICMS (parcial) anteriormente afastada pelo Convênio que concedeu tal benefício.

- Portanto, esta parcela correspondente à redução do benefício fiscal, a nosso ver, **deveria ser recolhida a título de ICMS**, caso contrário, **rompe-se com a lógica não cumulativa do imposto.**

Pontos sensíveis: Legalidade e/ou constitucionalidade do convênio:

III) Princípio da Anterioridade:

Posicionamento histórico do STF (anterior à CF/88) - 17.10.1984 - **Súmula nº 615- STF**: “O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM.”.

X

Posicionamento atual do STF - 02.09.2014 - STF – Ministro Marco Aurélio Melo 1ª Turma – RE 564.225 de 02.09.2014 RS - “Promovido aumento indireto do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150, da Carta.”.

IV) Isenções concedidas por prazo certo e sob condições: Artigo 178 do CTN – A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, **observado o disposto no inciso III do art. 104, do CTN (Princípio da Anterioridade)**.

Pontos sensíveis: Legalidade e/ou constitucionalidade do convênio

V) Vinculação ao fundo: Artigo 167, IV, da CF/88 – proibição da vinculação da receita do ICMS.

Precedentes:

Programas Habitacionais - STF - RE 172153 - Relator Min. Maurício Correa, 2ª Turma, 12.12.1997 – “**Majoração da alíquota do ICMS destinada ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado de São Paulo para financiamento de programas habitacionais de interesse da população. Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário da Corte em face do disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal.**”

X

Fundo de Combate à Pobreza – FECOEP (julgado constitucional pelo STF) – fundamento no artigo 82 do ADCT (O STF julgou constitucional o FECOEP por meio da ADI 2869/RJ):
- adicional de até 2% do ICMS “sobre os produtos e serviços supérfluos”

VI) Repasse aos Municípios: Artigo 158 da CF/88 – Vinte e cinco por cento **(25%)** do produto da arrecadação do **ICMS pertence aos Municípios.**

O Convênio ICMS 42/2016 já foi judicializado:

FIRJAN - TJ-RJ – 30.11.16 – **deferimento da liminar em MS impetrado pela FIRJAN**
(Federação das Indústrias do Estado do RJ) em face da Lei nº 7.428/16 que obriga as empresas depositarem 10% dos seus incentivos fiscais no Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal.

Argumentos: i) **inconstitucionalidade da vinculação da receita do ICMS a um fundo específico;**
ii) **ferre o artigo 158, IV, da CF, repasse aos municípios.**

SINDITELEBRASIL X União Federal – TRF1-DF – **Ação Anulatória de ato administrativo**, com pedido de tutela antecipada, 22.06.2016 – questionando o Convênio ICMS 42/16 (Proc. 0037553-42.2016.401.3400 – **tutela antecipada pendente de julgamento** em 02.12.2016):

Argumentos: i) **Necessidade de convênio específico para revogação de benefícios;**
ii) **Princípio da anterioridade;**
iii) **Inconstitucionalidade do fundo;**
iv) **Desvio de finalidade do ato administrativo - CONFAZ;**
v) **Vinculação de receita; entre outros.**

CONCLUSÕES

- i) O Convênio ICMS 42/2016 se restringe aos Benefícios aprovados pelo CONFAZ;
- ii) Se a redução for vinculada à constituição de fundo, vislumbramos três “impropriedades”:
- a) a redução do incentivo não pode ser vinculado à constituição de fundo (CF, art. 167, IV);
 - b) rompe com a lógica não cumulativa do ICMS;
 - c) compromete o repasse do ICMS aos Municípios (CF, art. 158).
- iii) Se o ente federado “simplesmente” pretender reduzir o benefício (isto é, **sem destiná-lo à constituição de fundo**), a nosso ver, a prática não ofende a CF, desde que:
- a) seja atendido o princípio da anterioridade (geral e nonagesimal);
 - b) não alcance os benefícios concedidos por prazo certo ou sob condições.

FIM

APÊNDICE

Convênio ICMS 31/16 x Convênio ICMS 42/16:

CONVÊNIO ICMS 31/2016	CONVÊNIO ICMS 42/2016	Observações:
Cláusula primeira Ficam os estados e o Distrito Federal autorizados a condicionar a fruição de incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais, financeiros e dos regimes especiais de apuração que resultem em redução do valor ICMS a ser pago, inclusive dos que ainda vierem a ser concedidos, a que as empresas beneficiárias depositem nos fundos de que trata a cláusula segunda o valor equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício.	Cláusula primeira Ficam os estados e o Distrito Federal autorizados a, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais de apuração, que resultem em redução do valor ICMS a ser pago, inclusive os que ainda vierem a ser concedidos:	
	I - condicionar a sua fruição a que as empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício; ou	
	II - reduzir o seu montante em, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício.	Alteração em relação ao Convênio ICMS 31/16 onde é permitido apenas a redução do benefício sem a vinculação ao depósito no fundo.
§ 1º O valor de que trata o caput será calculado mensalmente e depositado na data fixada na legislação estadual ou distrital.	§ 1º O descumprimento, pelo beneficiário, do disposto nos incisos I e II do caput por 3 (três) meses, consecutivos ou não, resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício.	

Convênio ICMS 31/16 x Convênio ICMS 42/16:

CONVÊNIO ICMS 31/2016	CONVÊNIO ICMS 42/2016	Observações:
§ 2º O descumprimento do disposto no caput por 3 (três) meses resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício fiscal, financeiro-fiscal, financeiro ou de regime especial de apuração.	§ 2º O montante de que trata o inciso I do caput será calculado mensalmente e depositado na data fixada na legislação estadual ou distrital.	
Cláusula segunda Os fundos de desenvolvimento e equilíbrio fiscal estaduais e distrital destinam-se ao desenvolvimento e à manutenção do equilíbrio das finanças públicas estaduais e distrital e serão constituídos com recursos oriundos dos depósitos de que trata a cláusula primeira.	Cláusula segunda A unidade federada que optar pelo disposto no inciso I da cláusula primeira instituirá fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas, constituídos com recursos oriundos do depósito de que trata o inciso I da cláusula primeira e outras fontes definidas no seu ato constitutivo.	
Cláusula terceira O disposto na cláusula primeira vigorará a partir da data da implementação da condicionante ali prevista na legislação estadual ou distrital.	Cláusula terceira Fica revogado o Convênio ICMS 31/16 , de 8 de abril de 2016	
Cláusula quarta Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional no Diário Oficial da União.	Cláusula quarta Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir da data de sua ratificação nacional.	

Guerra fiscal: questão probatória e a não incidência tributária

Argos Campos Ribeiro Simões
Doutor PUC/SP e Agente Fiscal
FAZESP

- **ORIGEM**
- **ESTADOS NÃO SEGUEM A “REGRA DO JOGO” CONSTITUCIONAL**
- **RETALIAÇÃO => glosa de créditos**

- **A QUESTÃO DO ART. 8º, I DA LC24/75:**
- **RECEPCIONADO OU NÃO PELA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL?**

- **ESTADO** CONCEDE REGIME ESPECIAL A DETERMINADAS EMPRESAS, **OUTORGANDO CRÉDITOS DE 2%** TODA VEZ QUE HOVER **OPERAÇÕES INTERESTADUAIS** DE CIRCULAÇÃO DE DETERMINADAS ESPÉCIES DE MERCADORIAS.
- O **DESTAQUE NA NOTA FISCAL** CORRESPONDENTE À REMESSA DE MERCADORIAS PARA **SÃO PAULO** (EXEMPLO) É DE **12%**
- **SÃO PAULO** ACEITA **SOMENTE 10%** (12% - 2%) – LAVRA AIIM (CRÉDITO INDEVIDO DE 2%)

- O **Art. 8º, I da LC 24/75** não fora recepcionado pela CF/88, pois teria criado obstáculo ao creditamento em hipótese não prevista pela própria CF/88 (não se trataria de isenção ou de não incidência).

- **Art. 8º da LC 24/75** - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:
 - I - a nulidade do ato e a **ineficácia do crédito fiscal** atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;
 - II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.
- **Parágrafo único** - As **sanções previstas neste artigo** poder-se-ão acrescentar a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos

- **Art. 155 CF/88, § 2º** O ICMS atenderá ao seguinte:"
- XII - cabe à **lei complementar**:
- g) **regular a forma** como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, **incentivos e benefícios fiscais** serão concedidos e revogados.

- **Art. 1º da LC 24/75** - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias **serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal**, segundo esta Lei.
(CONFAZ)
- **Parágrafo único** - O disposto neste artigo **também se aplica**:
 - I - à redução da base de cálculo;
 - II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;
 - III - à **concessão de créditos presumidos**;
 - IV – a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, **concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus; [g.n.]**
 - V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data

- **Art. 8º da LC 24/75 - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:**
- **I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;**
- **II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.**
- **Parágrafo único - As sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescentar a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos**

- **Princípio Constitucional -não-cumulatividade**

Art. 155, § 2º, I da CF/88: O ICMS será não cumulativo, **compensando-se** o que for **devido** em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o **montante COBRADO** nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado, ou pelo DF.

- **Artigo 155, §2º, II – CF/88 - A isenção ou a NÃO INCIDÊNCIA**, salvo determinação em contrário da legislação:
- **a) - não implicará crédito** para compensação com o **montante devido** nas **operações** ou prestações **seguintes;**
- **b) - acarretará a anulação do crédito** relativo às operações anteriores.

- **ISENÇÃO e NÃO INCIDÊNCIA**
- ROL EXAUSTIVO DE OBSTÁCULOS AO CRÉDITO
- IMPOSSIBILIDADE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL CRIAR NOVOS OBSTÁCULOS

- **INCIDÊNCIA => (CO) INCIDÊNCIA** de linguagem
- **NÃO INCIDÊNCIA**
 - Ausência de norma a ser incidida
 - **Ausência de fato** (como articulação lingüística) **a fazer a incidência** (sem linguagem não há incidência como coincidência)
 - Não há imposto devido no **USO E CONSUMO** ou na **saída de ATIVO**
 - Obstáculo à incidência (Ineficácia Técnica)
 - Imunidade ??? Isenção ???

- **Art. 146 da CF/88**
- Papéis das **normas gerais** veiculadas por lei complementar (visão dicotômica)
 - Dispor sobre conflitos de competência
 - Limitar o poder de tributar (respeito à não cumulatividade = **EXAUSTIVIDADE CONSTITUCIONAL DOS OBSTÁCULOS AO CRÉDITO**)
 - Limitação às normas gerais: **materialidades tributárias (já CONCEITUALMENTE previstas na CF/88)**

- Qual a **natureza jurídica** do crédito?
 - **Moeda escritural**
 - De valor idêntico ao imposto devido daquele que remete a mercadoria ou presta serviço
 - NÃO É IMPOSTO

- **Material => Adquirir MERCADORIA (E NÃO BENS NÃO MERCADORIAS)** cujo montante de ICMS tenha sido **cobrado** em anterior operação
- **Temporal =>** A partir da aquisição jurídica (física ou simbólica) da mercadoria (por um período decadencial de 5 anos a partir da emissão da NF => parágrafo único, art. 20 da LC 87/96)
- **Espacial =>** No Estado/DF onde localizado o estabelecimento recebedor
- **Quantitativo =>** Montante **COBRADO** (*incidente*) em anterior operação (**Valor da operação** X alíquota => **imposto devido para o remetente**)
- **Subjetivo Ativo =>** CONTRIBUINTE
- **Subjetivo Passivo =>** ESTADO DO ESTABELECIMENTO ADQUIRENTE

- **Art. 155, §2º, XII, “c” da CF/88 – O ICMS atenderá ao seguinte: cabe à lei complementar:**
- **disciplinar o regime de compensação.**

- **Artigo 36 da Lei 6374/89 (PAULISTA)**- O ICMS é não-cumulativo, compensando-se o imposto que seja devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este, outro Estado ou pelo Distrito Federal, relativamente a mercadoria entrada ou a prestação de serviço recebida, **acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.**

- § 1º do artigo 36 da Lei 6.374/89 (PAULISTA) - Para efeitos deste artigo, considera-se:
 - 1 - **imposto devido**, o resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita a cobrança de tributo;
 - 2 - **imposto anteriormente cobrado**, a importância calculada nos termos do item precedente e destacada em documento fiscal hábil;

- **§ 1º do artigo 36 da Lei 6.374/89 (PAULISTA)** - Para efeitos deste artigo, considera-se:
- **3 - documento fiscal hábil**, o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto;
- **4 - situação regular perante o fisco**, a do contribuinte que, à data da operação ou prestação, esteja inscrito no cadastro de contribuintes, se encontre em atividade no local indicado, possibilite a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais apontados ao fisco e não esteja enquadrado nas hipóteses previstas nos artigos 20 e 21 (inscrição cassada, suspensa ou nula)

- §3º do artigo 36 da Lei 6.374/89 (PAULISTA) - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, **crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal.**

- NATUREZA JURÍDICA DO OBJETO RELACIONAL => **ANTECEDENTE NORMATIVO**
- Infração => PENALIZAÇÃO (multa)
- Não cumulatividade => CRÉDITO (**entrada** de mercadorias => MONTANTE **COBRADO** EM ANTERIOR OPERAÇÃO)
- Fato Gerador => TRIBUTO (**saída** de mercadorias => MONTANTE **DEVIDO**)
- Lei de incentivos concessiva de créditos => **CRÉDITO** (**saída** de mercadorias => MONTANTE **NÃO COBRADO** EM ANTERIOR OPERAÇÃO => MONTANTE **NÃO DEVIDO**)
- MONTANTE DEVIDO => resultado de INCIDÊNCIA
- MONTANTE NÃO DEVIDO => resultado de NÃO INCIDÊNCIA
- CONCLUSÃO: **Art. 8º, I da LC 24/75 => recepção pela CF/88**

- **A QUESTÃO PROBATÓRIA**

- §3º do artigo 36 da Lei 6.374/89 **(PAULISTA)** - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto **QUE CORRESPONDER A VANTAGEM ECONÔMICA** decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, **crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal.**
- **DÚVIDA ... De quem é ônus da prova de que houve benefício?**
- **Qual o modal deôntico da legislação concessiva de incentivos? OBRIGATÓRIO ou PERMITIDO?**

- **Artigo 1º do Decreto 58.918/2013** - Passa a vigorar com a seguinte redação o artigo 426-C do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:
- "Artigo 426-C - Nas **operações interestaduais** destinadas a contribuinte paulista, **beneficiadas ou incentivadas em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal**, o imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo **deverá ser recolhido** ao Estado de São Paulo pelo **adquirente** da mercadoria, observando-se o seguinte:
 - I - O imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo deverá ser recolhido até o momento da entrada da mercadoria no território deste Estado, por meio de guia de recolhimentos especiais, conforme disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda;
 - II - A Secretaria da Fazenda divulgará os benefícios ou incentivos concedidos por outras Unidades da Federação, para fins de cálculo do valor a ser recolhido;
 - III - Relativamente aos benefícios ou incentivos divulgados na forma do inciso II, **PRESUME-SE que estes foram utilizados pelo remetente** da mercadoria, acarretando ao adquirente paulista a **obrigação do recolhimento** de que trata este artigo.

- **§ 1º do artigo 1º do Decreto 58.918/2013** - O disposto neste artigo aplica-se também às operações interestaduais sujeitas ao regime de substituição tributária, hipótese em que o adquirente paulista deverá recolher o imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo utilizado na operação própria do remetente.
- § 2º - Desde que efetuados antes da entrada da mercadoria neste Estado, admitir-se-á que os recolhimentos de que tratam o "caput" e § 1º sejam realizados pelo remetente da mercadoria, a favor deste Estado, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, conforme disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda.
- § 3º - Uma via do documento de arrecadação a que se referem o inciso I e §§ 1º e 2º deverá acompanhar a mercadoria durante o seu transporte.
- § 4º - Os recolhimentos previstos neste artigo poderão ser dispensados nos casos em que o remetente comprovar, antecipadamente, conforme disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda, que não utilizou os benefícios ou incentivos divulgados na forma do inciso II.
- § 5º - O **crédito integral do imposto** destacado no documento fiscal correspondente às operações de que trata o "caput" e o § 1º **fica condicionado ao atendimento do disposto neste artigo**, além das demais normas estabelecidas na legislação" (NR).

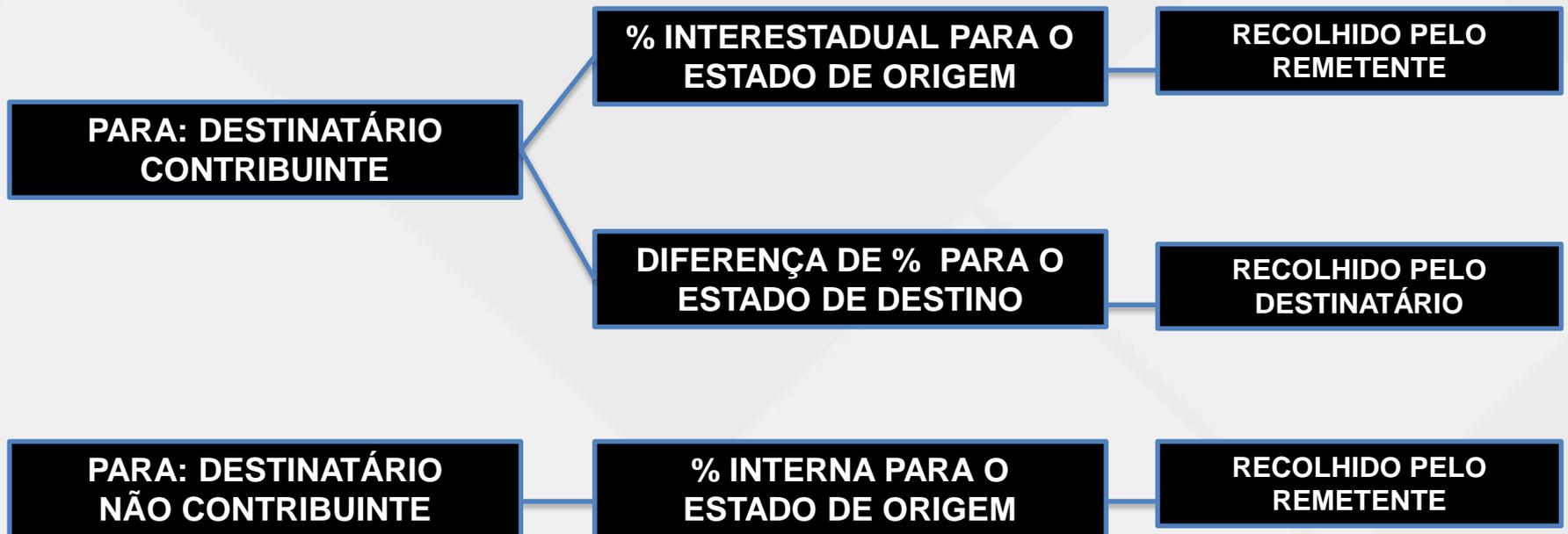
OBRIIGADO

argossmoes@uol.com.br

Considerações sobre a EC 87/2015

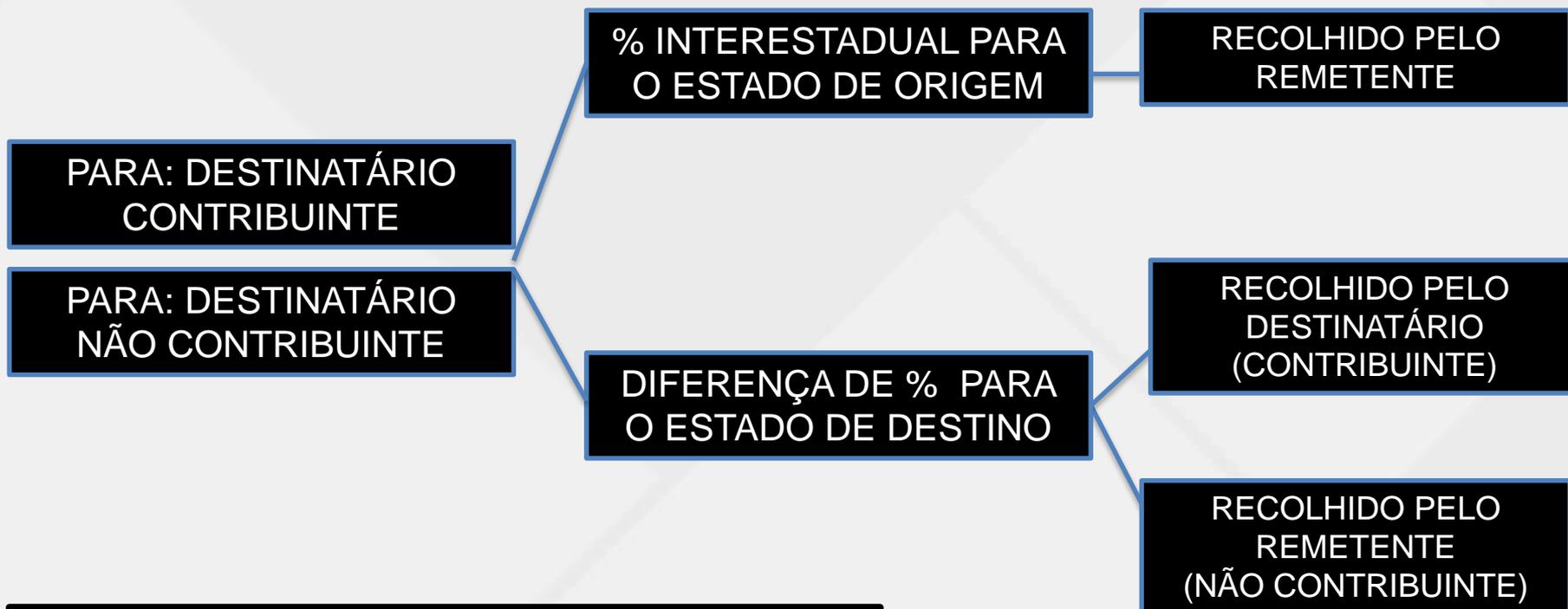
Christine Mendonça
Mestre e doutora PUC/SP

ICMS SOBRE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS ANTES DA EC 87/15



Protocolo ICMS nº. 21/2011
RE 680.089 – ADI 4.628 – ADI 4.713

ICMS SOBRE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS DEPOIS DA EC 87/15

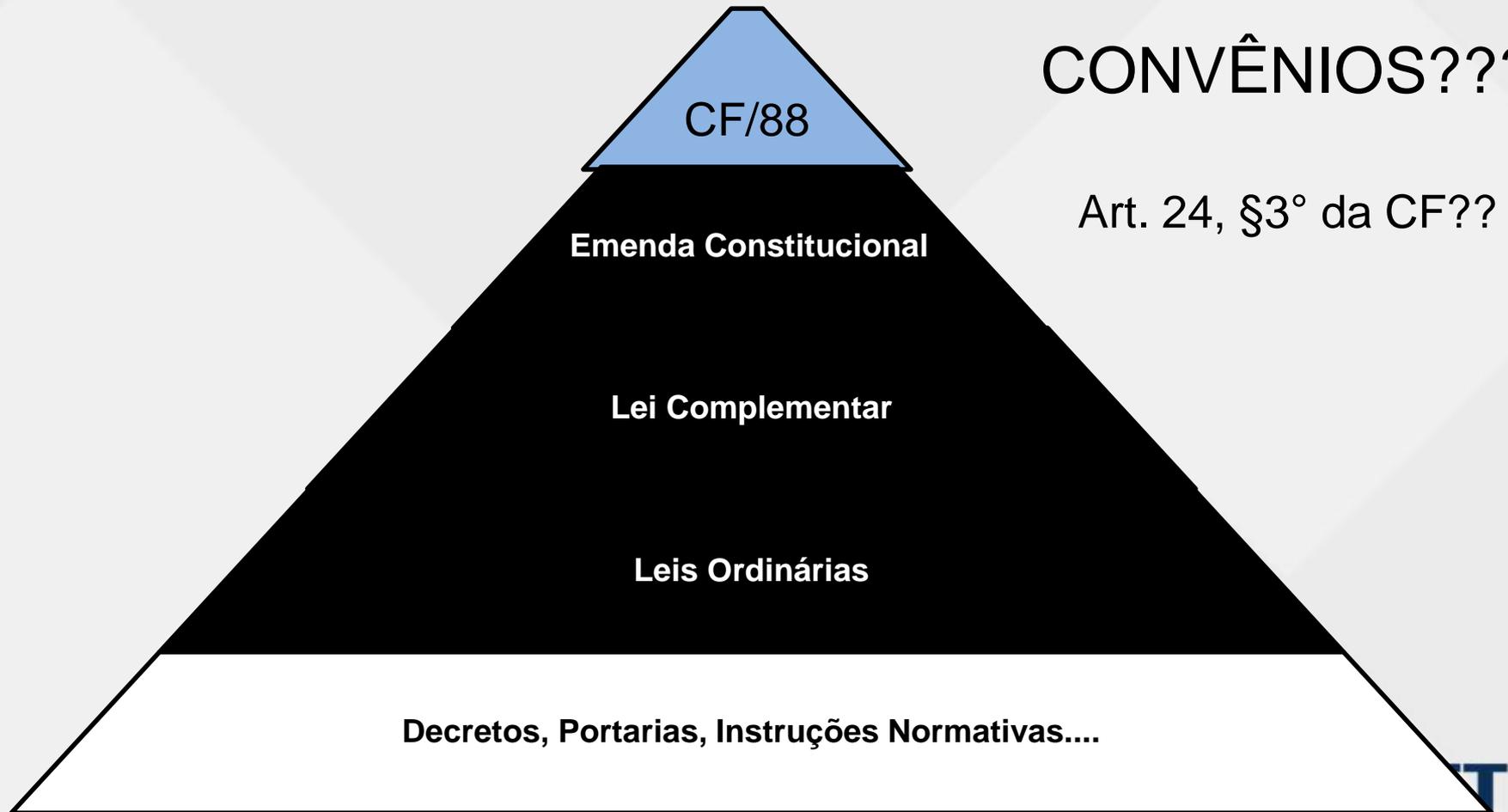


**Convênios ICMS
n°s. 93,152 e 153**

CONVÊNIO: CONFAZ TEM LEGITIMIDADE??

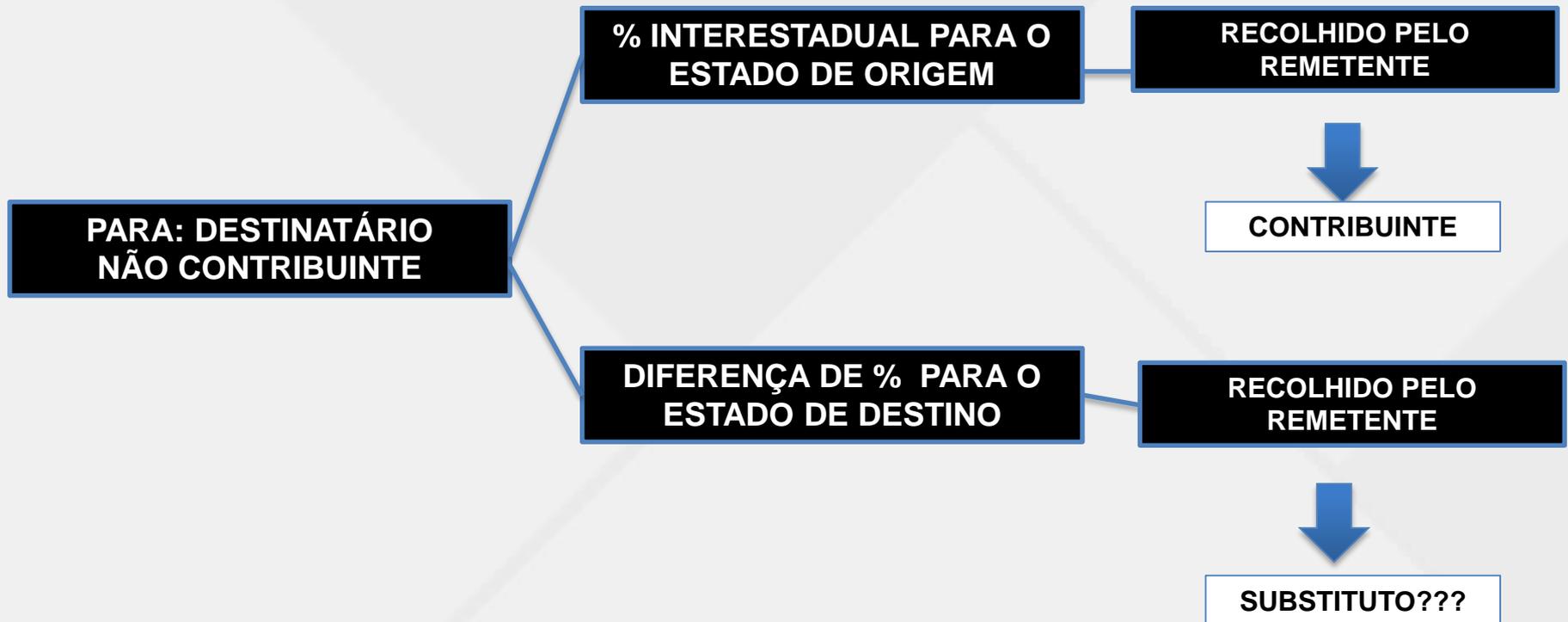
CONVÊNIOS???

Art. 24, §3º da CF??



PAPEL DO REMETENTE QUANDO O DESTINATÁRIO É “NÃO CONTRIBUINTE”??

Sujeito Passivo de 2 Relações Jurídicas



RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA???

ESTADO DE DESTINO

DIFERENÇA DE %

REMETENTE

SUBSTITUTO

ESTADO DE DESTINO

DIFERENÇA DE %

DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE

SUBSTITUÍDO
O não contribuinte é contribuinte??

EXTRATERRITORIALIDADE PARA FISCALIZAR FIXADA POR CONVÊNIO??

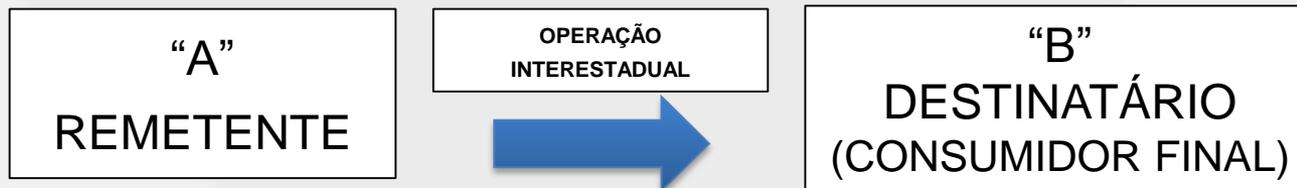
CONVÊNIO ICMS 93/2015

Cláusula sétima A **fiscalização** do estabelecimento contribuinte situado na unidade federada de origem pode ser exercida, conjunta ou isoladamente, pelas unidades federadas envolvidas nas operações ou prestações, condicionando-se o Fisco da unidade federada de destino a credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda, Economia, Finanças, Tributação ou Receita da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado.

§ 1º Fica dispensado o credenciamento prévio na hipótese de a fiscalização ser exercida sem a presença física da autoridade fiscal no local do estabelecimento a ser fiscalizado.

§ 2º Na hipótese do credenciamento de que trata o caput, a unidade federada de origem deve concedê-lo em até dez dias, configurando anuência tácita a ausência de resposta.

CREDITAMENTO?



% INTERESTADUAL: ESTADO DE ORIGEM
..... (DÉBITO EM CONTA GRÁFICA)

% DIFERENÇA: ESTADO DE DESTINO
..... (GUIA NACIONAL DE RECOLHIMENTO)

VENDA PRESENCIAL?

RICMS/SP

Art. 2º. – Ocorre o fato gerador do imposto: [...]

XVII – na saída de mercadoria ou bem de estabelecimento localizado em outra unidade federada com destino a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado; [...]

§ 8º - Na hipótese do inciso XVII, consideram-se destinadas a este Estado as operações nas quais a mercadoria ou bem seja entregue pelo remetente ou por sua conta e ordem ao destinatário em território paulista.

Art. 52 – As alíquotas do imposto, salvo exceções previstas nos artigos 53, 54, 55 e 56-B, são: [...]

§ 3º - São internas, para fins do disposto neste artigo, as operações com mercadorias entregues a consumidor final não contribuinte do imposto no território deste Estado, independentemente do seu domicílio ou da sua eventual inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS de outra unidade federada.

BENEFÍCIOS FISCAIS PRETÉRITOS?

CONVÊNIO ICMS 153, 11 DE DEZEMBRO DE 2015

Cláusula primeira Os benefícios fiscais da redução da base de cálculo ou de isenção do ICMS, autorizados por meio de convênios ICMS com base na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, celebrados até a data de vigência deste convênio e implementados nas respectivas unidades federadas de origem ou de destino, **serão considerados no cálculo do valor do ICMS devido, correspondente à diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna da unidade federada de destino da localização do consumidor final não contribuinte do ICMS.**

§ 1º No cálculo do valor do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interestadual e interna de que trata o caput será considerado o benefício fiscal de redução da base de cálculo de ICMS ou de isenção de ICMS concedido na operação ou prestação interna, sem prejuízo da aplicação da alíquota interna prevista na legislação da unidade federada de destino.

§ 2º É devido à unidade federada de destino o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual estabelecida pelo Senado Federal para a respectiva operação ou prestação, ainda que a unidade federada de origem tenha concedido redução da base de cálculo do imposto ou isenção na operação interestadual.

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data da sua publicação no diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do dia 1ª de janeiro de 2016.

Filósofos brasileiros...

“Mudar para melhor.
Com certeza. Disse que
ia mudar para melhor.
Já tava bom. Disse que
ia mudar para melhor.
Não tá muito bom. Tava
ruim. Tava muito ruim
também. Tava ruim, mas
agora parece que
piorou!”



Tava ruim, tava bom, mas parece que piorou

OBRIGADA!

CHRISTINE@BMTADVOGADOS.COM.BR

Convênios: necessidade de internalização e caráter autorizativo

Marcelo Viana Salomão

Mestre e doutorando PUC/SP

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

LEI COMPLEMENTAR N.º 24/1975

Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

§ 3º - Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União.

LEI COMPLEMENTAR N.º 24/1975

Art. 3º - Os convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas Unidades da Federação.

Art. 4º - Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se também às Unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios.

§ 2º - Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, nos casos de revogação a que se refere o art. 2º, § 2º, desta Lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação.

LEI COMPLEMENTAR N.º 24/1975

Art. 6º - Os convênios entrarão em vigor no trigésimo dia após a publicação a que se refere o art. 5º, salvo disposição em contrário.

Art. 7º - Os convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião.

ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 8º Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. "GUERRA FISCAL". BENEFÍCIOS FISCAIS: CONCESSÃO UNILATERAL POR ESTADO-MEMBRO. Lei 2.273, de 1994, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto estadual 20.326/94. C.F., art. 155, § 2º, XII, g. I. - Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arrepio da norma inscrita no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88, e sem a celebração de convênio: inconstitucionalidade. II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(STF: ADI 1179, Min. Relator: CARLOS VELLOSO , Tribunal do Pleno, julgado em 19/12/2002)

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Art. 103. Salvo disposição em contrário, entram em vigor:

(...)

III - os convênios a que se refere o inciso IV do artigo 100, na data neles prevista.

DO CARÁTER AUTORIZATIVO/IMPOSITIVO DOS CONVÊNIOS

“ICM. ISENÇÃO CONCEDIDA POR CONVÊNIO. REVOGAÇÃO PELO DECRETO ESTADUAL N. 1473/80. **1. A LEI COMPLEMENTAR N. 24/75 NÃO ADMITE A DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIOS AUTORIZATIVOS E CONVENIOS IMPOSITIVOS. ASSIM, A REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DECORRENTE DE CONVÊNIO NÃO PODE FAZER-SE POR MEIO DE DECRETO ESTADUAL**, MAS TEM DE OBSERVAR O DISPOSTO NO PARAGRAFO 2.º DO ARTIGO 2.º DA REFERIDA LEI COMPLEMENTAR. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "BACALHAU" CONSTANTE DO PARAGRAFO 21 QUE O DECRETO 14737, DE 15 DE FEVEREIRO DE 1980, DO ESTADO DE SÃO PAULO ACRESCENTOU AO ARTIGO 5. DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, APROVADO PELO DECRETO 5.410, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1974, DO MESMO ESTADO.”

(STF: RE 96545, Min. Relator: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/1982)

“ICM. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO CONCEDIDA POR CONVENIO. ESTA CORTE, A PARTIR DO JULGAMENTO, PELO PLENÁRIO, DO RE 96.545, FIRMOU JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE QUE ISENÇÃO DE ICM CONCEDIDA POR CONVÊNIO NÃO É REVOGÁVEL POR DECRETO, NÃO SE ADMITINDO A DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIO AUTORIZATIVO E CONVÊNIO IMPOSITIVO.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(STF: RE 100386, Min. Relator: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1984)

DA DESNECESSIDADE DE INTERNALIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS

“Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembléia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembléia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão "dependerá de prévia autorização legislativa e" do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão "dependerá de prévia autorização legislativa e" do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989.”

(STF: ADI 462, Min. Relator: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2000)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina. - Inconstitucionalidade de normas que subordinam convênios, ajustes, acordos, convenções e instrumentos congêneres firmados pelo Poder Executivo do Estado-membro, inclusive com a União, os outros Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios, à apreciação e à aprovação da Assembléia Legislativa estadual. Precedentes do S.T.F. Ação direta que se julga procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 20, do inciso III do artigo 40 e da expressão "ad referendum da Assembléia Legislativa" contida no inciso XIV do artigo 71, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina.”

(STF : ADI 1857, Min. Relator: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2003)

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

LEI COMPLEMENTAR N.º 101/2000

Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos [incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição](#), na forma do seu [§ 1º](#);

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

OUTRAS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

(...)

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g, observando-se o seguinte:

(...)

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

CONVÊNIO ICMS 128/94

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

§ 1º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do artigo 32 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, nas operações de que trata o *caput* desta cláusula.

§ 2º A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas pela legislação de cada unidade federada.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – INCORPORAÇÃO PARCIAL DO CONVÊNIO 128/94

“Art. 10 - A base de cálculo do imposto é: (Redação dada pelo art. 1º da Lei 10.908, de 30/12/96. (DOE 31/12/96) - Efeitos a partir de 01/11/96)

(...)

§ 10 - Poderá ser reduzida a base de cálculo para até 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento) do valor da operação, quando a alíquota aplicável for 17% (dezesete por cento), e para até 58,333% (cinquenta e oito inteiros e trezentos e trinta e três milésimos por cento) do valor da operação, quando a alíquota aplicável for 12% (doze por cento), nas saídas internas das mercadorias que compõem a Cesta Básica do Estado do Rio Grande do Sul, definida pelo Poder Executivo dentre as mercadorias elencadas no Apêndice I que, na sua composição, levou em conta a essencialidade das mercadorias na alimentação básica do trabalhador.” (Redação dada pelo art. 1º da Lei 10.908, de 30/12/96. (DOE 31/12/96) - Efeitos a partir de 01/11/96)

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - LEI N.º 8.820, DE 27 DE JANEIRO DE 1989.

Institui o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e dá outras providências.

Art. 28 - Dependem de convênios celebrados nos termos da Constituição Federal, art. 155, parágrafo 2º, VI e XII, "g" e da Lei Complementar n.º 24, de 07/01/75:

I - a concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do ônus do imposto; (Redação dada pela Lei n.º 11.072/97)

II - a fixação de alíquotas internas inferiores às fixadas pelo Senado Federal para as operações e prestações interestaduais.

§ 1º - Para os efeitos do disposto no art. 4º da Lei Complementar n.º 24, de 07/01/75, os convênios celebrados nos termos do "caput" serão submetidos, até o quarto dia subsequente ao da sua publicação no Diário Oficial da União, à apreciação da Assembléia Legislativa, que deliberará e publicará o Decreto Legislativo correspondente nos 10 (dez) dias seguintes ao quarto dia antes referido.

§ 2º - Nos termos do art. 4º da Lei Complementar n.º 24, de 07/01/75, não havendo deliberação da Assembléia Legislativa no prazo referido no parágrafo anterior, consideram-se ratificados os convênios.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - REPERCUSSÃO GERAL

“Recurso Extraordinário. 2. Direito Tributário. ICMS. 3. Não cumulatividade. Interpretação do disposto art. 155, §2º, II, da Constituição Federal. Redução de base de cálculo. Isenção parcial. Anulação proporcional dos créditos relativos às operações anteriores, salvo determinação legal em contrário na legislação estadual. 4. Previsão em convênio (CONFAZ). Natureza autorizativa. Ausência de determinação legal estadual para manutenção integral dos créditos. Anulação proporcional do crédito relativo às operações anteriores. 5. Repercussão geral. 6. Recurso extraordinário não provido.”

(STF: RE 635688, Min. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014)

- Caos
- Federalismo
- Segurança jurídica

MUITO OBRIGADO

marcelo.salomao@brasilsalomao.com.br

ICMS-ST – devolução do valor pago a maior – recente decisão do STF

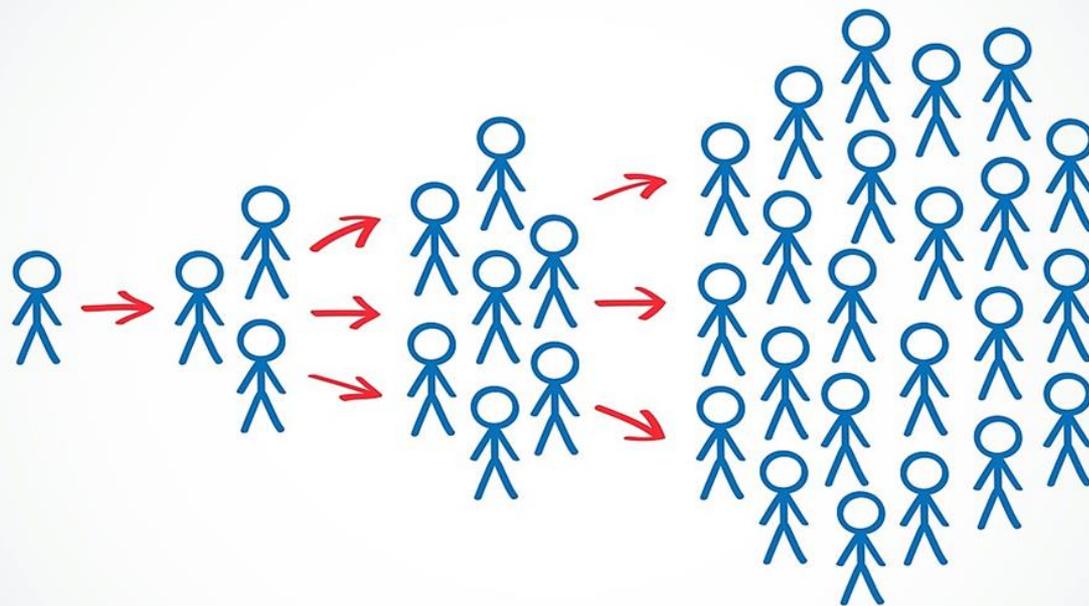
José Eduardo Tellini Toledo

Mestre PUC/SP

ICMS – ST x GUERRA FISCAL

interesse das empresas em saber se além de eventuais incentivos em relação ao ICMS, o Estado escolhido promovia, ou não, a devolução do ICMS retido antecipadamente.

ICMS – ST
como é:



ICMS-ST – como é visto:



STF

“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS **pago a mais** no regime de substituição tributária para a frente se a **base de cálculo** efetiva da operação for inferior à presumida”.

(RE 593849 RG / MG, ADI 2.777 e ADI 2.675)

STF

Nesse julgamento o STF levou em consideração apenas a possibilidade de restituição de quantia cobrada **A MAIOR**, nas hipóteses em que a operação final resultar em valores menores do que aqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS

STF

Ministro Ricardo Lewandowski – destaca que a decisão proferida pelo Plenário na ADI 1.851 não constituiria, segundo seu entendimento, óbice à adequada solução da questão sob exame.

“O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final.

(ADI 1.851/AL)

Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação”.

(ADI 1.851/AL)

ADI nº 1.851/AL - proposta contra a cláusula segunda, do Convênio ICMS nº 13/97:

“Cláusula segunda: **Não caberá a restituição ou cobrança complementar** do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996”.

Ministro Ilmar Galvão (relator da ADI):
uma das finalidades do citado Convênio era
prevenir mais uma guerra fiscal entre os
Estados, evitando a concessão de benefício
tributário representado pela restituição do ICMS
cobrado a maior em razão da base de cálculo
presumida ser superior ao valor real da
operação de saída.

STF

TOTAL MUDANÇA DE ENTENDIMENTO

ADI 1.851 → (FG) **DEFINITIVO**

RE 593849 → (BC) **PROVISÓRIO**

Mas, e a situação
contrária:

hipóteses em que a
operação final resultar
em valores **MAIORES**
do que aqueles
utilizados para efeito
de incidência do
ICMS?



Se a base de cálculo presumida passa a ter um nítido caráter provisório, é possível concluir pela a possibilidade dos Estados em **exigir o complemento** do ICMS, caso a base de cálculo presumida seja inferior àquela efetivamente praticada.

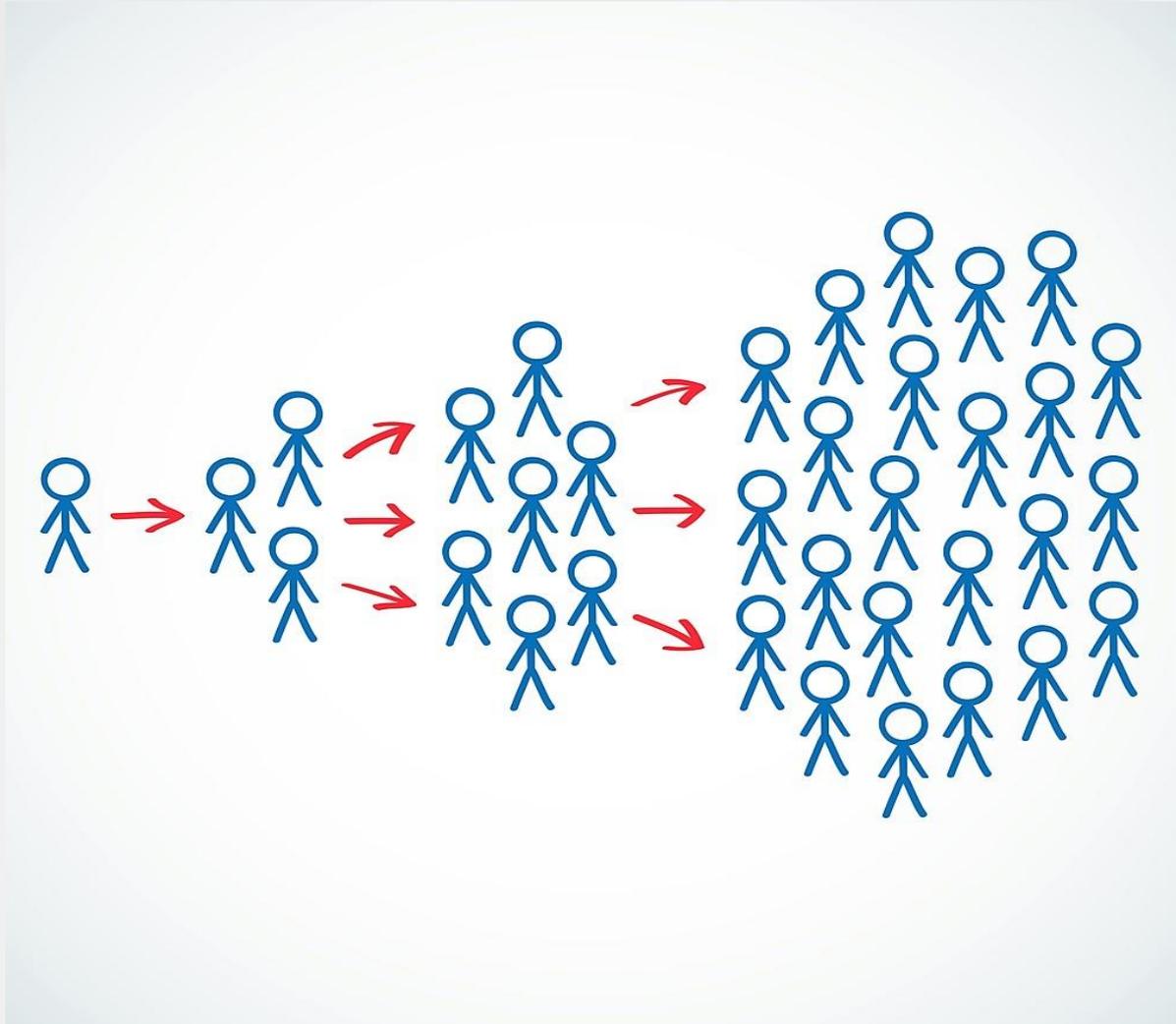
JUSTIFICATIVA - ST

- (i) facilitar a fiscalização; e
- (ii) antecipar o pagamento do imposto estadual que ocorreria nas demais etapas comerciais até ao consumidor final;

CONCLUSÃO

eventuais diferenças (para maior, ou menor), devem ser consideradas, a fim de que a norma atinja sua finalidade plena, ou seja, a tributação sobre a correta base de cálculo adotada na operação com o consumidor final.

50 XIII CONGRESSO ANOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL



OBRIGADO !