

COMITÊ DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

16/03/2022

ASSUNTOS



DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022



**ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49
FIM DO ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS?**



DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

- O que é: diferença de alíquota do ICMS em operação mercantil entre contribuintes com origem e destino em Estados diferentes para equilibrar arrecadação.
- Fator de Instituição: aumento e evolução do *e-commerce*.
- Regulamentação inicial: Emenda Constitucional 87/2015 e Convênio ICMS 93/2015.
- Regulamentação complementar: Lei Complementar 190/2022.
- Metodologia de tributação anterior: na operação mercantil para não contribuinte o ICMS era integralmente arrecadado ao Estado de origem sem o diferencial de alíquota.
- Metodologia de tributação transitória: instituição do DIFAL com repartição progressiva do diferencial entre Estados de origem e destino da operação mercantil até arrecadação completa ao Estado de destino concluída em 2019.
- Metodologia de tributação atual: Estado de destino recebe o valor integral do DIFAL.

DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

- Julgamento da ADI 5.469/DF e do RE 1.287.019/DF (Tema 1093, STF).
- Tese fixada: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela EC 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.
- Modulação de efeitos: exercício seguinte ao julgamento (2022), desde que publicada Lei Complementar ainda em 2021, ressalvadas ações judiciais em curso.

RE 1287019

PROCESSO ELETRÔNICO PÚBLICO

REP. GERAL TEMA: 1093

Leading Case Dje Jurisprudência Peças Push

NÚMERO ÚNICO: 0707644-97.2018.8.07.0018

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Origem: DF - DISTRITO FEDERAL
Relator: MIN. MARCO AURÉLIO
Redator do acórdão: MIN. DIAS TOFFOLI
Relator do último incidente: MIN. DIAS TOFFOLI (RE-ED-segundos)

RECTE.(S) MADEIRAMADEIRA COMERCIO ELETRONICO S/A E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) JULIO CESAR GOULART LANES (9340A/AL, 22398/BA, 21994-A/CE, 29745/DF, 17664/ES, 30401/GO, 119130/MG, 13449-A/MS, 13329/A/MT, 46648-A/PB, 01088/PE, 43861/PR, 156273/RJ, 712-A/RN, 4365/RO, 46648/RS, 24166/SC, 519A/SE, 285224/SP)
RECDO.(A/S) DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

- Promulgada a Lei Complementar 190/2022 em 04/01/2022.
- Alterada a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir do ICMS) para incluir o inciso V e respectivas alíneas no artigo 11 que dispõe sobre o DIFAL.

Art. 11. *O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:*

V - *tratando-se de operações ou prestações interestaduais destinadas a consumidor final, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual: (Incluída pela Lei Complementar nº 190, de 2022)*

a) *o do estabelecimento do destinatário, quando o destinatário ou o tomador for contribuinte do imposto; (Incluída pela Lei Complementar nº 190, de 2022)*

b) *o do estabelecimento do remetente ou onde tiver início a prestação, quando o destinatário ou tomador não for contribuinte do imposto. (Incluída pela Lei Complementar nº 190, de 2022)*

DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

- Produção de efeitos: Artigo 3º da Lei Complementar n.º 190/2022:

Art. 3º - *Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea "c" do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.*

- **Constituição Federal**: Artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c”

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

III - *cobrar tributos:*

b) *no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

c) *antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;*

DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

■ PONTOS DE ATENÇÃO:

- LC 190/2022 sancionada em 20/12/2021, mas publicada apenas em 05/01/2022;
- Produção de efeitos expressa na lei após 90 dias de sua publicação (Art. 150, III, “c”, da CF);
- Discussão de produção de efeitos a partir do ano de 2023 (Art. 150, III, “b”, da CF);
- Dúvidas quanto à aplicabilidade da anterioridade anual x nonagesimal (instituição/aumento?);
- DIFAL já era previsto pela EC 87/2015 e Convênio ICMS 93/2015;
- Modulação de efeitos no julgamento do RE 1.287.019/DF (Tema 1093, STF);
- Regulamentação Estadual antes da LC 190/2022 (similitude ao Tema 1094, STF – ICMS Importação);



DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

■ PONTOS DE ATENÇÃO:

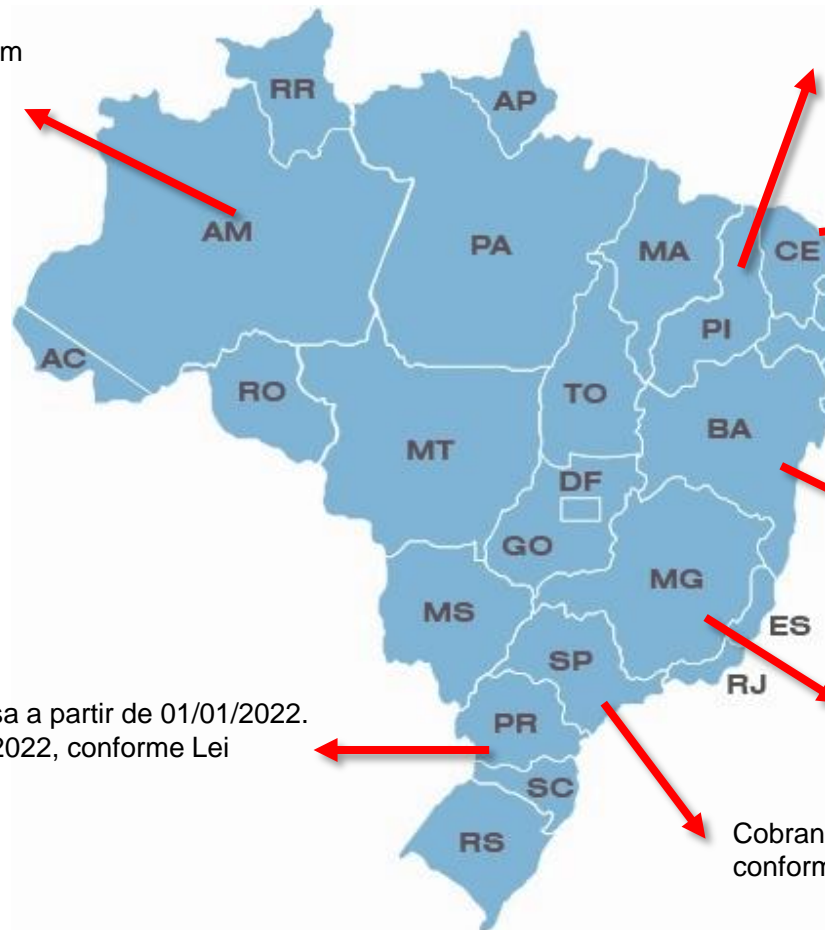
- ADIs 7.066 (ABIMAQ), 7.070 (Estado de Alagoas), 7.075 (SINDISIDER) e 7.078 (Estado do Ceará):
 - Ajuizadas em janeiro e fevereiro de 2022, com determinação de tramitação em conjunto;
 - Questionam a produção de efeitos do Difal (Art. 3º da LC 190/2022) no exercício de 2022;
 - Liminar para suspensão da lei, de modo a produzir efeitos após 01/01/2023 não foi analisada;
 - Adotado o “rito de urgência”, que julgará diretamente o mérito das ações.



DIFAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O QUE ESPERAR PARA 2022

Cobrança do DIFAL suspensa a partir de 01/01/2022.

Cobrança voltará em 05/04/2022, vide nota SEFAZ



Lei 7.706 de 23/12/2021 - Não houve suspensão da cobrança do DIFAL

Cobrança do DIFAL suspensa a partir de 01/01/2022. Cobrança voltará em 01/04/2022, vide nota SEFAZ

Cobrança do DIFAL suspensa a partir de 01/01/2022. Cobrança voltará em 05/04/2022, conforme Lei 17.625/2021

Lei 4.415 de 30/12/2021 – Não houve suspensão da cobrança do DIFAL

Cobrança do DIFAL suspensa a partir de 01/01/2022. Cobrança voltará em 01/04/2022, conforme Decreto 48.343/2021

Cobrança do DIFAL suspensa a partir de 01/01/2022. Cobrança voltará em 05/04/2022, conforme Lei 20.949/2021

Cobrança do DIFAL suspensa a partir de 01/01/2022. Cobrança voltará em 14/03/2022, conforme Lei 17.470/2021

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

FIM DO ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS?

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

RELATOR:

Ministro Edson Fachin

RESUMO:

Reconhecida a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre as operações de transferências. Apresentados Embargos de Declaração pelo Estado do RN, objetivando pronunciamento sobre a modulação de efeitos da decisão. Juntada de petição da FIEMG, na condição de *amicus curiae*, apresentando informações para contribuir com o julgamento dos embargos

STATUS ATUAL:

Autos conclusos ao relator

ADC 49 Dje Jurisprudência Peças Push

PROCESSO ELETRÔNICO **PÚBLICO**

NÚMERO ÚNICO: 0009727-98.2017.1.00.0000

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
Origem: RN - RIO GRANDE DO NORTE
Relator: MIN. EDSON FACHIN
Relator do último incidente: MIN. EDSON FACHIN (ADC-ED)

REQTE.(S) GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

23/02/2022 **Conclusos ao(à) Relator(a)**

23/02/2022 **Petição**
Amicus curiae - Petição: 11294 Data: 23/02/2022, às 14:18:38

21/02/2022 **Conclusos ao(à) Relator(a)**

21/02/2022 **Certidão**
Retificação da autuação - Petição: 10364

21/02/2022 **Petição**
Manifestação - Petição: 10364 Data: 21/02/2022, às 16:36:25

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

CENÁRIO NACIONAL

■ Súmula 166/STJ:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para o outro estabelecimento do mesmo Contribuinte.”

■ ARE 1.255.885/STF – Tema 1.099 – Repercussão Geral (efeitos *inter partes*)

“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.”

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

CENÁRIO NACIONAL

- STF julgou a matéria em Ação Direta de Constitucionalidade (**efeitos *erga omnes***)
- Declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 87/1996, que determinam a incidência do ICMS na saída interestadual de mercadoria para “outro estabelecimento do mesmo titular”:
 - Artigo 11, parágrafo 3º, inciso II;
 - Artigo 12, Inciso I; e
 - Artigo 13, parágrafo 4º

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

CENÁRIO NACIONAL

- STF: Pressuposto para incidência do ICMS é a existência de **negócio jurídico** oneroso, com **transferência de titularidade** (relativização do princípio da autonomia dos estabelecimentos)

- EFEITOS POSSÍVEIS DA APLICABILIDADE DO JULGADO
 - ADC declara inconstitucional por arrastamento as normas estaduais (efeitos "*ex tunc*");
 - ADC acarreta a perda da eficácia das normas, mas não a inconstitucionalidade das leis estaduais;
 - ADC não interfere nas leis dos Estados enquanto permanecerem em vigor.

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

DESDOBRAMENTOS

- Como tratar os CRÉDITOS de ICMS que foram apropriados?
- Discussão sobre a titularidade dos créditos (estabelecimento que adquiriu ou recebeu as mercadorias/insumos em transferências?)
 - Legislação limitando o direito creditório ou determinando o estorno do crédito da entrada (Art. 155, §2º, II, “b” da CF)
 - Nota Fiscal de Transferência entre estabelecimentos filiais sediados em distintas UFs

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

ESTRATÉGIAS ADOTADAS E PREVISTAS

■ Embargos de Declaração apresentados pelo Estado do RN:

- a) o conhecimento destes Embargos de Declaração, porquanto tempestivos e cabíveis;
- b) a concessão de efeitos suspensivo, de forma a sobrestar os efeitos da decisão embargada enquanto pendente de exame estes Embargos de Declaração, à luz dos fundamentos apresentados no tópico 4 desta petição;
- c) o provimento dos Embargos de Declaração, visto a evidente existência de omissões, para:
 - c.1) conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Lei Kandir, de forma a resguardar a validade de todas as operações realizadas e não contestadas judicialmente à data do julgamento da ADC (19/04/2021), determinando-se a produção de efeitos da pronúncia de nulidade apenas a partir do exercício financeiro subsequente à conclusão do julgamento
 - c.2) esclarecer a amplitude da decisão quanto à autonomia dos estabelecimentos, prevista no artigo 11, § 3, II, da Lei Kandir, mantendo-se a norma seja no ordenamento jurídico, dada sua relevância e compatibilidade com o texto constitucional, sendo extirpada, apenas, a sua incidência em caso de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular, por meio da

ICMS TRANSFERÊNCIAS – ADC 49

ESTRATÉGIAS ADOTADAS E PREVISTAS

- Atuação FIESP e demais Entidades (FIEMG, ABAFARMA, etc.)
- PLS 332/2018 - Alteração da Lei Kandir.
 - O projeto retira o ICMS das operações de transferências.
 - Atualmente tramitando na Comissão de Assuntos Econômico – CAE
 - Emendas ao PLS – manutenção do crédito
- CONFAZ: GT 67

Contem conosco!

Laurindo Leite Jr.

Tel.: 2084-9900 | 11 99941-4959
laurindo@lma.com.br

Leandro Martinho Leite

Tel.: 2084-9900 | 11 99967-9567
leandro@lma.com.br

Júlio César Covre

Tel.: 2084-9900 | 11 98302-3265
jcesar@lma.com.br

www.lma.com.br

