

GUERRA FISCAL DO ICMS – ADI 3.692 e RE 628.075/RS (TEMA 490) – RESULTADOS DOS JULGAMENTOS REALIZADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recentemente o Plenário do STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.692 e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 628.075 que tratam da polêmica “Guerra Fiscal do ICMS” travada entre os Estados.

A ADI n.º 3.692 foi proposta pelo governador do Distrito Federal com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de Lei Paulista (Parágrafo 3.º, do Artigo 36, da Lei Estadual n.º 6.374/89) que estabeleceu a glosa de créditos de ICMS nas operações interestaduais como retaliação à concessão de incentivos fiscais sem a aprovação do CONFAZ.

Por maioria de votos, seguindo o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, o Plenário do STF concluiu pela constitucionalidade da restrição imposta pela Lei Paulista.

Ou seja, o STF entendeu que o Estado de São Paulo, ao retaliar os incentivos fiscais concedidos sem a aprovação do CONFAZ por outros entes federados, estaria adotando providências para cessar os efeitos de atos inconstitucionais e, portanto, atendendo aos princípios da supremacia da Constituição e da legalidade.

Tratando de questão análoga, o RE 628.075/RS, afetado à Repercussão Geral sob o Tema 490, discute a possibilidade de os Contribuintes se creditarem do ICMS incidente em operação oriunda de outro ente federado que concede, unilateralmente, benefício fiscal (sem aprovação do CONFAZ).

O Ministro Relator Edson Fachin, seguido pelos Ministros Marco Aurélio e Roberto Barroso, proferiu um voto brilhante, favorável aos contribuintes, no sentido de que “[...] Afronta a ordem constitucional glosa de crédito de ICMS efetuada pelo Estado de destino, nos termos do art. 8º, I, da Lei Complementar 24/75, mesmo nas hipóteses de benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelo Estado de origem, sem observância do art. 155, §2º, XII, ‘g’, da Constituição da República.”.

Entretanto, ao final do julgamento, referido voto foi vencido pela divergência instaurada pelo Ministro Gilmar Mendes que, acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Luiz Fux, proferiu voto no sentido de que o estorno proporcional de crédito de ICMS não viola o princípio constitucional da não cumulatividade e, portanto, deveria ser mantido.

Em que pese referido entendimento ir de encontro aos interesses dos Contribuintes, verifica-se que o voto de divergência vencedor fez referência à Lei Complementar n.º 160/2017, que estabeleceu a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos sem a aprovação do CONFAZ, preservando as operações já convalidadas.

Além da expressa referência à aplicação da Lei Complementar n.º 160/2017 às situações pretéritas objeto de convalidação (situação regulamentada e aprovada no âmbito do CONFAZ por meio do Convênio ICMS n.º 190/2017 e internalizada no Estado de São Paulo por meio da Resolução PGE/SEFAZ n.º 01/2019), com o objetivo de equalizar as relações entre o Fisco e os Contribuintes os efeitos da decisão do STF foram objeto de modulação.

Ou seja, foi aplicado um marco temporal transitório para que os efeitos da decisão passem a valer somente a partir da decisão do Plenário da Corte (18/08/2020), o que significa dizer, neste primeiro momento (uma vez que ainda cabe recurso da referida decisão), que os Contribuintes que já tiveram suas operações convalidadas pelos termos da Lei Complementar n.º 160/2017 e os que não sofreram lançamentos tributários por parte do Estado de destino em operações anteriores à prolação da decisão (fatos geradores ocorridos até 18/08/2020), ainda que decorrentes de benefícios não aprovados pelo CONFAZ, não poderão ser autuados.

Em síntese, a interpretação conjunta dos julgamentos da ADI n.º 3.692 e do RE n.º 628.075/RS nos remete as seguintes conclusões:

- 1) A glosa de créditos de ICMS nas operações interestaduais como retaliação à concessão de incentivos fiscais sem a aprovação do CONFAZ é constitucional;
- 2) Os procedimentos de convalidação dos incentivos fiscais concedidos sem a aprovação do CONFAZ nos termos da Lei Complementar n.º 160/2017, Convênio ICMS n.º 190/2017 (e, especificamente em São Paulo pela Resolução PGE/SEFAZ n.º 01/2019) será preservado;

- 3) Autos de Infração que se enquadrarem no procedimento de convalidação da Lei Complementar n.º 160/2017 terão as respectivas cobranças canceladas;

- 4) Os incentivos fiscais que foram convalidados e renovados nos termos da Lei Complementar n.º 160/2017 não podem ser objeto de cobrança e ficarão vigentes até o final dos prazos previstos na referida Lei (pois a partir da LC 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017 passaram a ter a anuência do CONFAZ).

Leia o extrato do julgamento da ADI 3.692 clicando [aqui](#).

Leia o extrato do julgamento do RE 628.075 clicando [aqui](#).

Fonte: Leite Martinho Advogados – www.lma.com.br