

ABRASP

Palestras:

- 1) *A Convalidação dos Benefícios Fiscais e a Lei Complementar 160/2017;***
- 2) *Atualidades sobre a EC 87.***

Oswaldo Santos de Carvalho

***Bacharel em Direito e Ciências Contábeis; Mestre e Doutor em Direito-
PUC/SP e Diretor da Consultoria Tributária da SEFAZ/SP
Outubro/2017***

Primeira Palestra (LC 160/2017):

- Breve histórico sobre a Guerra Fiscal
- A Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 2017
 - Aspectos Gerais
 - Objetivos
 - Abrangência
 - Condições
 - Pontos “Sensíveis”
 - Vetos Sugeridos
 - Discussões na COTEPE
- A LC nº 160 e o Estado de São Paulo
- Considerações Finais

Breve histórico sobre a Guerra Fiscal

- **Antes de 1975 já havia problemas** de benefícios concedidos unilateralmente pelos Estados;
- **A LC nº 24/75 tentou resolver este problema;**
- Tal lei previa **sanções** pelo seu descumprimento (art. 8º), porém estas **não foram efetivas;**
- **Continuaram as concessões de benefícios fiscais sem a chancela do Confaz,** principalmente nas **últimas duas décadas;**
- **Atualmente, todas as UFs têm algum benefício fiscal** concedido de forma **unilateral;**

Breve histórico sobre a Guerra Fiscal

- A CF/88, art. 155, § 2º, inciso XII, determina a forma de concessão dos benefícios;
- Em Setembro de 2012 havia previsão de Súmula Vinculante do STF;
- Em março de 2014 o Confaz aprovou o Convênio ICMS nº 70;
- Há muitas ADIs sobre o tema: concessão e impugnação de crédito;
- **Neste cenário surge a LC nº 160 de 2017.**

Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017

Dispõe sobre o convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a **remissão** dos créditos tributários, **constituídos ou não**, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiros-fiscais **instituídos em desacordo com o disposto na CF** e a **reinstituição** dos respectivos benefícios fiscais.

Objetivos

- I) **Remissão** dos créditos tributários;
- II) **Reinstituição**, manutenção e prorrogação dos benefícios fiscais de 1 até 15 anos(Art. 3º § 2º, incisos I a V);
- III) **Adesão (“cola regional”)** (Art. 3º, § 8º) a **benefícios fiscais** concedidos por outro Estado **da mesma região (proposta de veto não acolhida)**;
- IV) **Extensão do benefício fiscal para outros contribuintes sob as mesmas condições e prazos** (Art. 3º, § 7º) **(proposta de veto não acolhida)**.

Abrangência:

- I) **Remissão** – benefícios fiscais (revogados ou não) instituídos por legislação estadual **publicada até a data de início de produção de efeitos** da LC nº 160/2017 (08.08.2017);

- II) **Reinstituição, manutenção e prorrogação** – benefícios fiscais que se encontrem em vigor na data de publicação da lei;

- III) **Extensão e adesão** – benefícios fiscais reinstituídos, mantidos ou prorrogados;

- IV) **Diminuição, Restrição ou Revogação** – durante a vigência;

- V) **Efeitos Retroativos** - remissão até a data de concessão do ato original (anulação de créditos tributários constituídos e em discussão administrativa ou judicial).

Condições (Art. 3º, I e II), sob pena de revogação:

I) **Publicar**, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os **atos normativos** relativos aos benefícios fiscais;

II) **Registro** e o **depósito**, no CONFAZ, de documentação comprobatória correspondente aos **atos concessivos** dos benefícios fiscais, e manter atualizadas tais informações, a serem publicadas no **Portal Nacional da Transparência Tributária**.

Pontos “sensíveis”:

I) Enquadramento (classificação) do tipo de benefício fiscal para fins de reinstituição:

I.1) Prazos:

- a) **15 anos** – destinados ao fomento das atividades **agropecuária e industrial**, inclusive agroindustrial, e ao investimento em infraestrutura rodoviária, aquaviária, ferroviária, **portuária, aeroportuária** e de transporte urbano;
- b) **8 anos** – destinados à manutenção ou ao incremento das **atividades portuária e aeroportuária vinculadas ao comércio internacional**, incluída a operação subsequente à da importação, praticada pelo contribuinte importador;
- c) **5 anos** – destinados à manutenção ou ao incremento das **atividades comerciais**, desde que o beneficiário seja o **real remetente da mercadoria**;
- d) **3 anos** – destinados às operações e prestações interestaduais com **produtos agropecuários e extrativos vegetais in natura**;
- e) **1 ano** – demais benefícios.

I.2) Enquadramento:

- **Fomento** à atividade portuária x **incremento** da atividade portuária;
- Tendência: todos com 15 anos(maior prazo).

Pontos “sensíveis”:

II) Prazo para publicação do benefício fiscal após a publicação do convênio?

III) Alcance da expressão “**mesmas condições**” para fins de extensão dos benefícios fiscais;

Exemplo: um benefício concedido para o setor têxtil poderá ser estendido para o setor automotivo?

IV) A reinstituição dos benefícios fiscais dependerá de novo ato concessivo ou o simples registro no Portal será suficiente para mantê-lo em vigor?

V) Os Estados poderão revogar, modificar ou reduzir o montante do benefício fiscal antes do termo final de fruição (prazo de até 15 anos)?

Pontos “sensíveis”:

V) Efetividade das sanções introduzidas pela LC 160/17:

LC 24/75:

“Art. 8º - 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 acrescer 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 [itens VIII e IX do art. 21 da Constituição federal](#)”.**

LC 160/17:

Lei de Responsabilidade Fiscal –
“Art. 23. (...)

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá:

- I - receber transferências voluntárias;**
- II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;**
- III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.”.**

Havia previsão inicial de alteração da Lei de Improbidade Administrativa para se responsabilizar o gestor responsável pela concessão de novos benefícios irregulares doravante.

Vetos sugeridos pelo Ministério da Fazenda:

I) Acolhidos:

Art. 9º O art. 30 da Lei no 12.973, de 13 de maio de 2014, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4o e 5o:

‘Art. 30. (...)

§ 4o Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, **são considerados subvenções para investimento**, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo.

§ 5o O disposto no § 4o deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados.’ (NR)

Art. 10º O disposto nos §§ 4o e 5o do art. 30 da Lei no 12.973, de 13 de maio de 2014, aplica-se inclusive aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais de ICMS instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2o do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar, **desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito**, nos termos do art. 3o desta Lei Complementar.”

Vetos sugeridos pelo Ministério da Fazenda:

II) Não acolhidos:

- **Extensão do benefício fiscal para outros contribuintes** sob as mesmas condições e prazos;
- **Adesão (“cola regional”)** a benefícios fiscais concedidos por outro Estado da mesma região.

Discussões na COTEPE:

I) Um **único convênio** disciplinará a LC 160/17;

II) **Abrangência do termo “Benefícios fiscais”** (isenção, redução da base de cálculo, manutenção de crédito, devolução do imposto, crédito outorgado ou crédito presumido, dedução de imposto apurado, dispensa do pagamento, dilação do prazo para pagamento, antecipação do prazo para apropriação do crédito, financiamento do imposto, crédito para investimento, remissão, anistia, moratória, transação, parcelamentos específicos, **outros benefícios ou incentivos**);

III) **Possibilidade de publicação** do benefício fiscal irregular a **qualquer tempo?**;

Discussões na COTEPE:

IV) **Internalização nos Estados** – publicação do Ato Normativo e registro no portal;

- **Lei Estadual Específica para o perdão** (remissão/anistia)

- Art. 150, §6º da CF - lei específica na UF onde o crédito foi constituído: delimitação do objeto dos créditos remetidos, não podendo ser ampla e irrestrita

- **Observância ou não da retroatividade prevista na LC**

- Não edição por **UF?**

V) **Prazo de 180 dias** para publicação do convênio, atos normativos e Portal Nacional da Transparência Tributária;

VI) Concessão de **novos benefícios** – por **unanimidade**.

A LC nº 160/2017 e o Estado de São Paulo

- **Maior parque industrial do país**(segmento com mais benefícios concedidos de forma unilateral);
- 8 UFs: arrecadação do ICMS entre 50% e 60% do total;
- Em SP, **66%**; em SC, 64%;
- Estados com percentual próximo - concentração na arrecadação dos preços administrados(combustível, energia e comunicações);
- Com a **convalidação**, SP será o Estado mais impactado;
- **Volume extremamente relevante de créditos tributário constituído em virtude de glosa** (LC 24/75, art. 8º, II);

A LC nº 160/2017 e o Estado de São Paulo

- Sem fiscalização de combate à guerra fiscal, nos próximos anos de prorrogação, serão considerados legais, amparados pela nova norma;
- **Concessão “forçada” de novos benefícios** para evitar perda de empresas ou segmentos para outras UFs com benefícios fiscais regularizados;
- Consequente **perda de receita**, a ser recuperada com possível aumento de carga tributária ao consumidor final (população arcando com a guerra fiscal);
- Tal quadro pode **acelerar a tão necessária** reforma mais ampla do Sistema Tributário Nacional e **reformulação completa do ICMS.** 17

Considerações Finais: É O FIM DA GUERRA FISCAL?

I) Soluciona o passado (segurança jurídica) - necessidade de lei estadual ou distrital. E o futuro?

II) A nova lei resolve o problema da guerra fiscal ou tem potencial para acirrará-la?

III) Efetividade das sanções previstas na LC nº 160/2017.

IV) Novas prorrogações para a reinstituição? (perpetuar o problema)

III) Ausência de previsão de redução das alíquotas interestaduais (não resolve o futuro);

IV) A proliferação de benefícios fiscais regularizados incentivaré eventual reforma tributária (imposto no destino ou IVA)?

V) Efetividade do Portal Nacional da Transparência Tributária?

VI) Possibilidade de novas prorrogações do prazo de 15 anos?(perpetuação da guerra fiscal

Emenda Constitucional 87/2015

Atualidades

Segunda Palestra (Atualidades EC 87/2015):

- EC 87/2015: Características principais
- Impacto da EC 87/2015 sobre as situações de quebra de cadeia de ICMS-ST (substituição tributária);
- Questionamentos dos contribuintes no Judiciário:
 - Convênio 93/2015 e Simples Nacional
- Questionamentos dos contribuintes à SEFAZ/SP
 - Venda a órgão público (Ajuste SINIEF 13/13)
 - Regra do destino físico
- Decisão Normativa 2/2017 (demonstração)
- Cálculo do DIFAL e Convênio 52/17
- Considerações Finais

Emenda Constitucional 87/2015: Características principais

O que é?

- A EC 87/2015 alterou a **sistemática** de cobrança do ICMS nas **operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, não contribuinte do imposto**, localizado em outro Estado.
- Portanto, a EC 87/2015 **não abrangeu apenas o comércio eletrônico (*e-commerce*)**.

O que mudou?

- Antes da EC 87/2015, nessas operações e prestações, **o ICMS era devido integralmente ao Estado de origem**. Após a emenda, o ICMS devido nessas operações e prestações passou a ser partilhado:
- **O Estado de origem tem direito ao imposto correspondente à alíquota interestadual;**
- **O Estado de destino tem direito ao imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.**

Emenda Constitucional 87/2015: Características principais

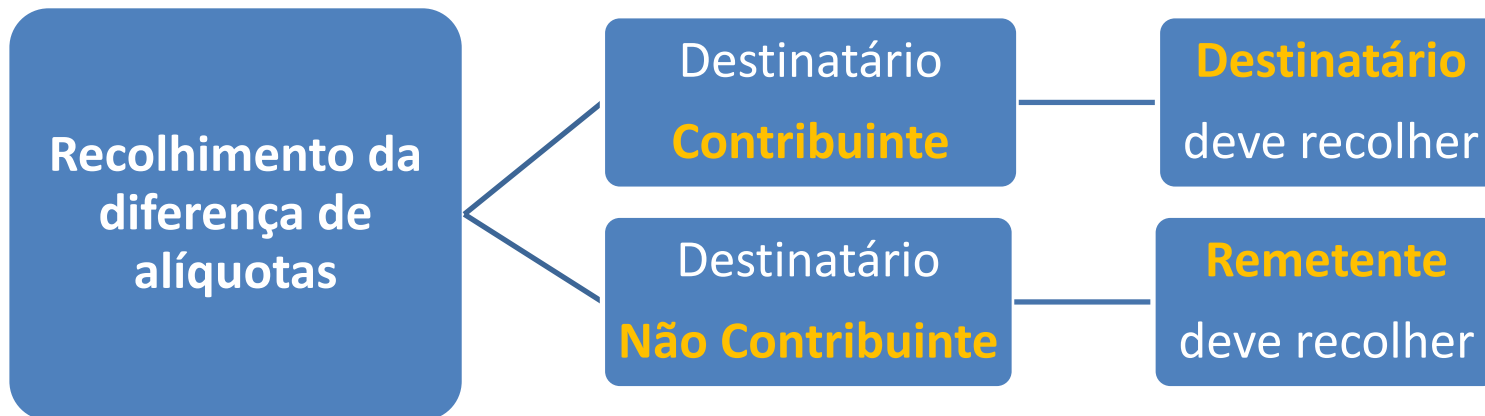
Mudança Constitucional

*CF, Art. 155, § 2º, VII: “nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, **adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual**”*

- A nova redação do artigo 155, § 2º, VII, da CF **eliminou a diferenciação entre as operações interestaduais destinadas a consumidores finais, sejam contribuintes ou não do ICMS;**
- **Antes da EC 87/2015, nos casos envolvendo consumidores finais não-contribuintes, o ICMS era devido integralmente ao Estado de origem;**
- Desde 1º de janeiro de 2016, **para todas as operações passou a ser adotada a partilha do ICMS entre os Estado de origem e de destino, com base no mecanismo de alíquota interestadual.**

Emenda Constitucional 87/2015: Características principais

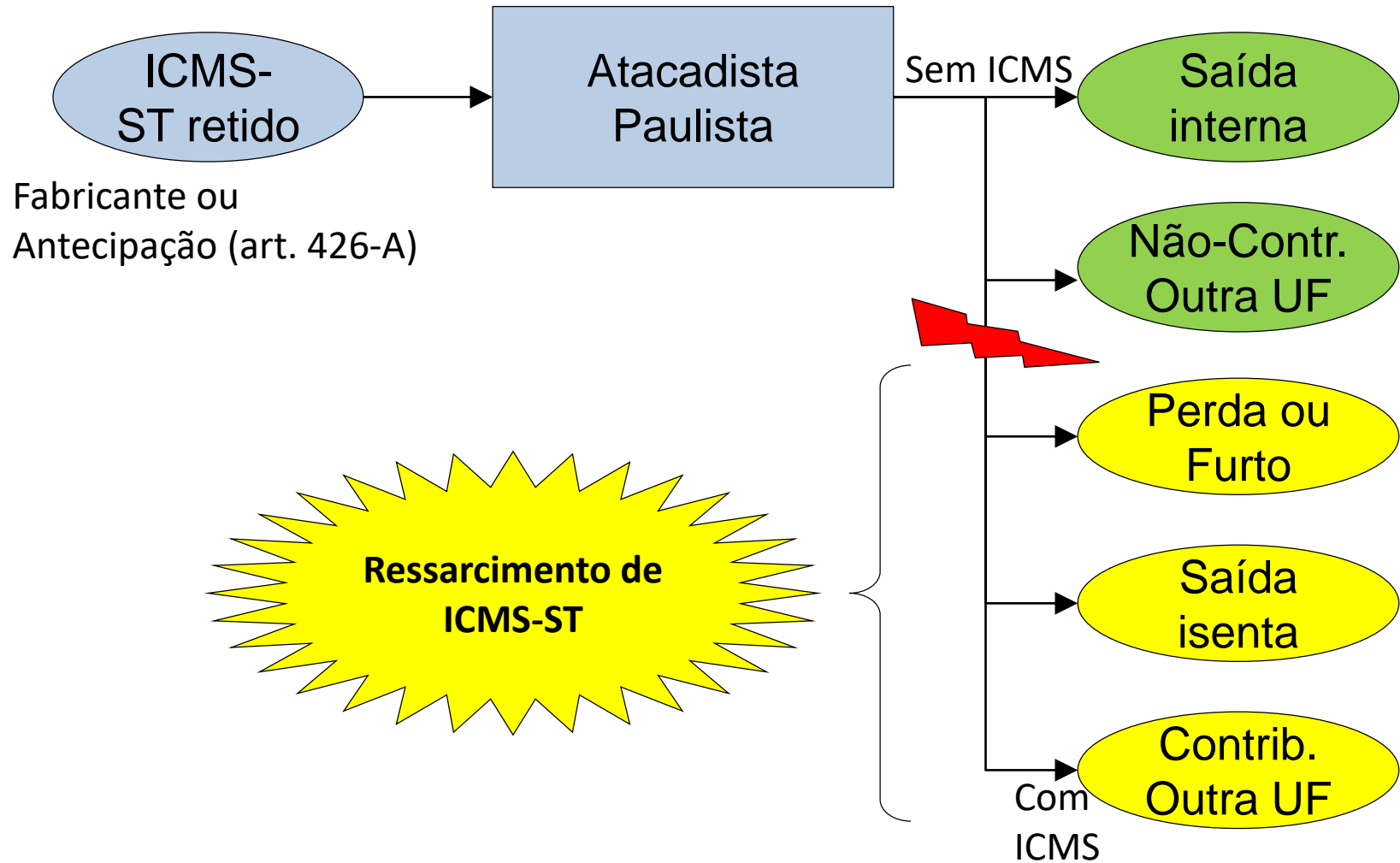
Quem tem a obrigação de recolher o diferencial de alíquotas nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final?



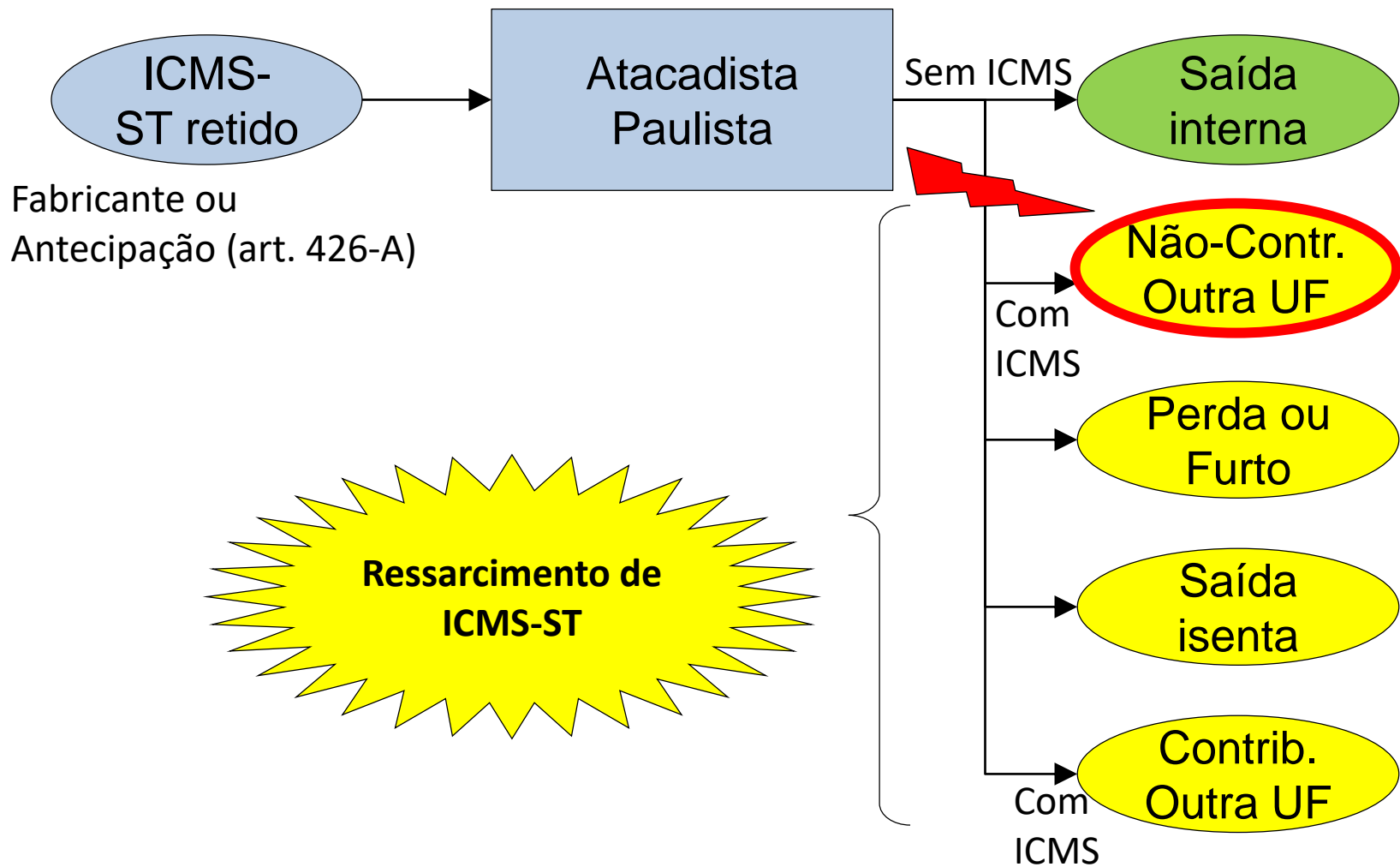
Divisão do DIFAL entre os Estados

Ano	ICMS apurado pela diferença entre alíquotas interna e interestadual	
	UF de Origem	UF de Destino
2015	80%	20%
2016	60%	40%
2017	40%	60%
2018	20%	80%
2019	0%	100%

Situações de Quebra de ST – Até 31/12/2015



Situações de Quebra de ST – Após EC 87/2015



Impactos da EC 87/2015 sobre o direito ao ressarcimento

- A Emenda Constitucional 87/2015 introduz a **aplicação** de alíquota interestadual **mesmo no caso de venda interestadual a não contribuinte** e cria uma **nova situação de quebra de cadeia de ICMS-ST**, gerando direito ao ressarcimento
- Estimativas SEFAZ-SP para ressarcimento:
 - **Mais de 9000 novos contribuintes** com direito a **ressarcimento**, principalmente empresas de comércio eletrônico;
 - **Mais de R\$ 500 milhões de reais** adicionais de ICMS-ST a ressarcir por ano.

Questionamentos dos contribuintes no Judiciário

Simplex Nacional

- **Inclusão do Simplex Nacional** no Convênio ICMS 93/15 → **violação ao princípio do tratamento diferenciado e favorecido às MPEs** (artigo 170, IX, e 179 da Constituição Federal);
- **Uso indiscriminado do mecanismo de substituição tributária** → **dificuldade de obter ressarcimento do ICMS** no caso de operações interestaduais (“quebra da ST”);
- **Exigência de novas obrigações acessórias** (CEST, DeSTDA etc.) → **violação ao artigo 26, § 4º, da Lei Complementar 123/2006;**
 - § 4º **É vedada a exigência de obrigações tributárias acessórias** relativas aos tributos apurados na forma do Simplex Nacional **além daquelas estipuladas pelo CGSN e atendidas por meio do Portal do Simplex Nacional**, bem como, o **estabelecimento de exigências adicionais e unilaterais pelos entes federativos**, exceto os programas de cidadania fiscal
- **Solicitação do SEBRAE** ao Confaz no sentido de **revogar a cláusula nona do Convênio ICMS 93/15.**

Questionamentos dos contribuintes no Judiciário

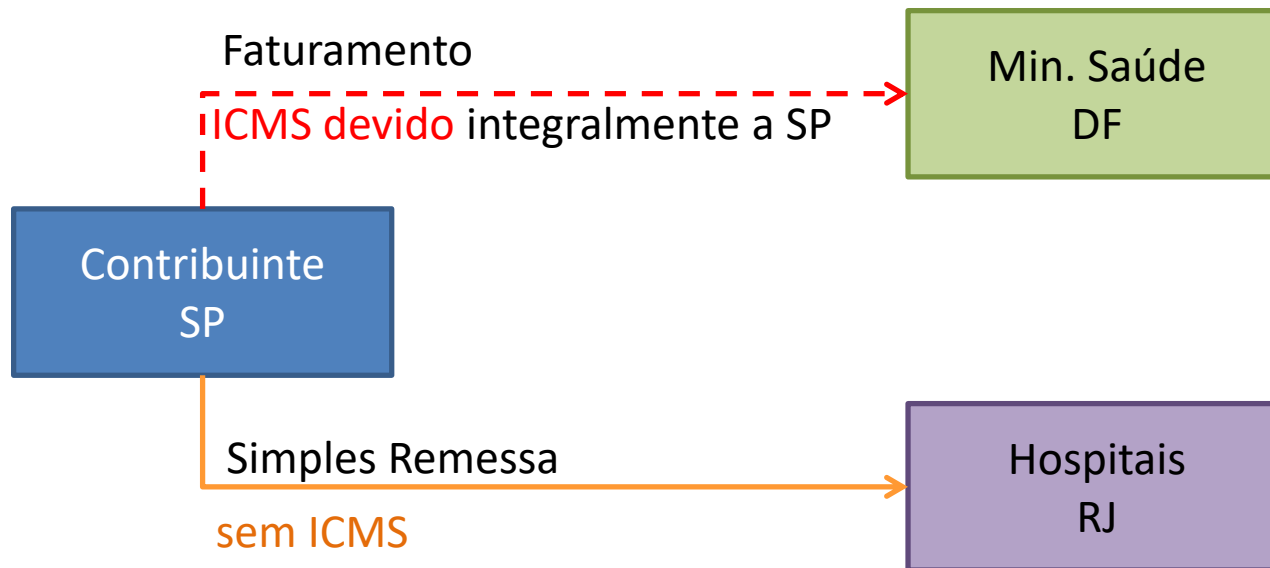
Judicialização – ADI 5464:

- ajuizada pela **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil** (CFOAB) e o SEBRAE foi admitido como *amicus curiae*;
- requer medida cautelar, *in alidita altera pars*, para suspender os efeitos da cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/2015;
- o Convênio ICMS 93/2015, ao regulamentar a EC 87/15, não atende as disposições constitucionais que estabelecem às **microempresas e às empresas pequenas o direito à cobrança tributária unificada**. Ademais, a alteração da tributação relativa ao **ICMS das empresas optantes do Simples Nacional depende de lei complementar**;
- **Cautelar concedida**, em 12/02/2016, pelo Min. Dias Toffoli, **que concluiu que a Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 invade campo de lei complementar**.

Questionamentos dos contribuintes na SEFAZ-SP

Ajuste SINIEF 13/13 – Venda a órgão público – **Antes** da EC 87/2015

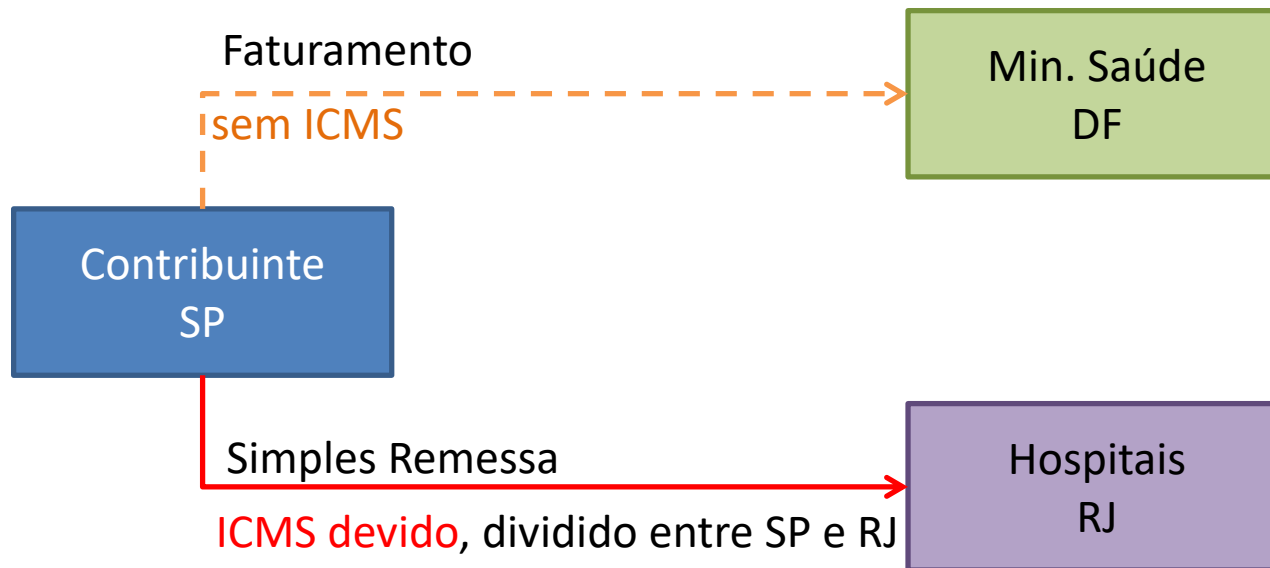
Tributação para **local de faturamento**



Questionamentos dos contribuintes na SEFAZ-SP

Ajuste SINIEF 13/13 – Venda a órgão público – Após EC 87/2015

Tributação conforme **destino físico**



- Conforme **RC 14585/2016**, mesmo em SP, que ainda não alterou sua legislação interna, o conteúdo do Ajuste 13/13 é aplicável na nova redação, por estar em consonância com a EC 87/2015;
- Os artigos 129-A a 129-C do RICMS/SP, que tratam do tema, estão em fase da alteração.

Questionamentos dos contribuintes na SEFAZ-SP

A tributação conforme **destino físico** se aplica a diversas outras situações

- **Construtora não contribuinte:** Faturamento para sede e entrega da mercadoria no local da obra – Tributação conforme entrega – RC 15486/2017;
- **Entrega em SP (ou presencial):** Venda para não contribuinte de outro Estado com entrega em território paulista – ICMS integralmente devido a SP – RC 15321/2017.

Decisão Normativa CAT 2/2017

Entradas interestaduais de mercadorias destinadas a demonstração e mostruário a não contribuinte paulista, após EC 87/2015

- São Paulo **não exige** o recolhimento do DIFAL;
- **Parte do pressuposto de que a mercadoria destinada a demonstração e mostruário será restituída ao remetente;**
- Não havendo o retorno da mercadoria ao remetente, o imposto é devido com as correções legais;
- **Regra não se estende a outros Estados**, aplicável apenas à parcela devida a SP nas entradas interestaduais.

Cálculo do DIFAL – Convênio 52/2017

O método de cálculo do DIFAL exarado no Convênio 52/2017 é aplicável na situação lá indicada

- O Convênio 52/2017 trata da **regra geral sobre substituição tributária do ICMS**, e determina que o **remetente** deve recolher DIFAL se nas saídas interestaduais de produtos sujeitos a ICMS-ST por acordo entre Estados;
- O **método de cálculo do DIFAL** previsto no referido **Convênio** (cláusula décima quarta) **difere** do método previsto na **legislação interna** do ICMS paulista (arts. 37 e 117 do RICMS/SP);
- O método trazido pelo Convênio 52/2017 é **aplicável** nas operações indicadas, **mesmo quando envolver o Estado de SP**, conforme **Comunicado CAT 23/2017**.

Considerações Finais:

- I) A EC 87/2015 passou a dividir o ICMS entre estado de origem e estado de destino, nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a não contribuintes;
- II) A diferença entre alíquota interna e interestadual será dividida entre os estados, até 2019, quando 100% do DIFAL caberá ao estado de destino;
- III) A EC 87/2015 provocou impacto sobre as possibilidades de ressarcimento de ICMS-ST;
- IV) O Convênio 93/2015 incluiu as empresas do SIMPLES nacional na sistemática de divisão do ICMS, o que foi afastado por medida cautelar do Poder Judiciário;
- III) Houve alteração nas regras para vendas a órgãos públicos (Ajuste SINIEF 13/13), privilegiando as regra de tributação pelo destino físico;
- IV) Decisão Normativa de SP dispensa o recolhimento do DIFAL nos casos de recebimento de mercadoria em demonstração

FIM