

Ofício Comsefaz n.º 185/2021

Brasília/DF, 27 de maio de 2021.

A Sua Excelência o Senhor
EDSON FACHIN
Ministro Relator da ADC 49
Supremo Tribunal Federal
Praça dos Três Poderes
Edifício Anexo II-A, CEP: 70175-900 - Brasília/DF

Assunto: ADC 49. Modulação dos efeitos da decisão.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

O **COMSEFAZ – Comitê Nacional de Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal**, pessoa jurídica de direito privado que congrega os Secretários de Fazenda estaduais, com sede no SRTVN Qd. 701, Bl. “P”, Ed. Rádio Center, sls 2010 a 2012, Asa Norte, Brasília/DF, vem respeitosamente à elevada presença de Vossa Excelência, tendo em vista as relevantes repercussões do julgamento da ADC 49, Relatada por Vossa Excelência e pendente de julgamento de Embargos de Declaração, para as contas públicas estaduais, expor e ao final requerer o que se segue:

Inicialmente, cumpre rememorar que a Excelsa Suprema Corte ao julgar os autos da ADC 49 em epígrafe, em abril do corrente ano, declarou a “inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho ‘ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular’, e

13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996, nos termos do voto do Relator”, em decisão divulgada no DJE nº 84, de 04/05/2021 .

Com efeito, ante a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos exsurge relevante alteração em toda a complexa sistemática tributária adotada pelos estados da federação há décadas, recaindo seus efeitos de ordem jurídica, econômica, fiscal e prática tanto aos estados quanto aos contribuintes.

Nesse giro, à guisa de informação, impende rememorar que os estados até a decisão, em sua maioria, reconheciam como constitucional a incidência do ICMS aplicando a suas operações a LC 87/96, em seus artigos 12, I, 13, I e o §4º do art. 13. Todavia, com a decisão pela não-incidência nessas operações de transferência, altera-se sobremaneira a natureza dessas operações, mormente quando se derem em operações interestaduais, já que se reduz o espaço atual de “guerra fiscal”, e uma vez que as operações subsequentes a transferências passam a ser devidas inteiramente ao estado de destino, conforme previsão expressa do art. 155, § 2º, II, “b”, CF/88, verbis:

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

[...]

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

[...]

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

[...]

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores; [Grifo nosso]

Com efeito, o citado dispositivo constitucional obriga a anulação de créditos anteriores **até mesmo quando há incidência de ICMS** (*mas que a autonomia estadual tenha criado uma isenção para a operação de saída*). Destarte, ainda quando houver incidência do imposto, mas a legislação estadual estabelecida isenção, a Constituição Federal continua a obrigar igualmente a anulação dos créditos das operações anteriores.

Outrossim, observa-se que a referida regra-geral constitucional exposta no art.155, § 2º, II, “b” permite exceções. Ela também faculta que legislação estadual excepcionalmente crie benefício fiscal e mantenha o crédito de ICMS a custo de seu próprio Erário instituidor, ainda que as operações subsequentes de saída ou não conheçam incidência, ou sejam isentas. Entretanto, se não for excepcionalizada por legislação interna própria cujos

reflexos se voltem contra o mesmo Erário estadual que a instituiu, a regra constitucional de anulação dos créditos é observada, mesmo em casos de operações internas.

Justamente por esse motivo que, atualmente, caso uma mercadoria tenha um benefício fiscal de isenção na sua venda, não lhe é permitido o crédito referente à sua aquisição pelo estabelecimento que realizou a venda. E caso haja isenção parcial da operação subsequente, igualmente lhe é garantido apenas o creditamento parcial, em obediência à previsão constitucional.

Impende ainda salientar que no caso das operações interestaduais a previsão constitucional de vedação ao crédito é reforçada pelo princípio federativo. O ICMS, imposto estadual que é, não se assemelha a operações de um imposto federal como o IPI, por exemplo, uma vez que decisões, benefícios e peculiaridades da realidade de um Erário tem limitações ao serem opostas em desfavor das receitas públicas de outro estado, ademais quando em operações regradas por norma de altura constitucional.

Outrossim, em atenção às peculiaridades da decisão da ADC em epígrafe insta lançar luzes ao fato de que enquanto pendente esclarecimento da decisão em relação aos pontos aduzidos há candente possibilidade de **multiplicação do contencioso administrativo e judicial** em torno da matéria, provocando celeuma dissonante ao princípio da eficiência (art. 8º, CPC).

Ademais, reiteramos que a grande maioria dos contribuintes, em especial nos segmentos que envolvem maior agregação de valor e logística de distribuição, tributava as respectivas transferências seguindo os imperativos legais vigentes, assim como salientamos que **a decisão afeta também o cálculo de outras operações, tais como as previstas em incentivos fiscais convalidados pela Lei Complementar nº 160/2017, e sublinhamos aqui aqueles destinados à manutenção ou ao incremento das atividades comerciais, desde que o beneficiário seja o real remetente da mercadoria, cujo planejamento econômico então se orientava para a sua cessação em 31 de dezembro de 2022 (art. 2º, §2º, III), e as operações interestaduais sujeitas ao recolhimento do ICMS por meio da sistemática da Substituição Tributária prevista em protocolos e convênios firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.**

E não se pode olvidar que há repercussão significativa também nas operações amparadas pelo **diferimento do imposto**, cuja prática é comum na organização tributária das empresas importadoras. Tal comportamento teve seu engendramento não só pela perspectiva empresarial dessas operações, mas também estava suportada e estruturada no ordenamento jurídico vigente.

Noutro giro, os Estados e o Distrito Federal construíram seus **orçamentos anuais e as respectivas metas de arrecadação tributária** dentro de uma conformação legalmente estabelecida, a qual previa a tributação nas transferências interestaduais, o que deverá ser necessariamente adaptado para adequação aos efeitos da decisão na ADC 49.

E somando-se a todos os elementos que trouxemos à baila, está a **obrigatória reestruturação dos atuais sistemas de informática** para viabilizar a emissão, o registro e o controle dos lançamentos contábeis dos contribuintes, bem como a realização dos seguintes **estudos: impacto nas cadeias produtivas como um todo; eventual alteração da carga tributária do imposto; alteração da arrecadação de estados produtores e consumidores e as necessárias adaptações da legislação nacional e estaduais hoje em vigor.**

À toda evidência, observa-se que se fazem presentes no caso os requisitos esculpidos no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 que orientam que *“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”*.

Destarte, ainda que nos estejam claras as consequências operacionais da decisão desse Excelso Tribunal, **a reorganização administrativa das empresas e as eventuais adaptações legislativas de revisão pelos estados para a nova realidade dos erários em tempos de crise, demandam compreensão de nosso Judiciário quanto a necessidade prazo para a transição para o novo ambiente.**

E esse prazo, ante o panorama externado demonstrando, em apertada síntese, a complexidade das operações tributárias que orbita na questão decidida na ADC e a repercussão às contas públicas estaduais, revela-se, ao nosso ver, ser de pelo menos para o

exercício-financeiro seguinte à conclusão do julgamento, conforme já pleiteado em sede de embargos de declaração protocolados nos autos pelo estado do Rio Grande do Norte (*Petição 50113/2021*).

Por todo o exposto, na certeza de haveremos nos dedicado a essa questão com o compromisso e interesse que todas as questões suscitadas ante o eminente Supremo Tribunal Federal convocam, **pleiteamos**, ante as severas repercussões que a decisão judicial em tela refletirá aos entes estaduais, já combalidos pela severa crise de saúde pública, econômica e social que perdura desde 2020, **que seja atribuída eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho ‘ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular’, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996 para assegurar a validade de todas as operações realizadas até a data do julgamento da ADC 49(19/04/2021) e para que os efeitos da pronúncia de nulidade ocorram apenas a partir do exercício de 2023, como forma de possibilitar às 27 Administrações Tributárias dos Estados/DF adequar suas legislações.**

Desde já, agradecemos a atenção e renovamos nossos protestos de elevada estima e consideração.

Respeitosamente,

Rafael Tajra Fonteles
Presidente
Comsefaz