Machado Meyer

IMPRENSA

OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA EMENDA N. 87

21 DE DEZEMBRO DE 2015

Fernanda Sá Freire, Daniella Zagari, Camila Galvão e Virgínia Pillekamp

Fernanda Sá Freire, Daniella Zagari, Camila Galvão e Virgínia Pillekamp

Como já largamente anunciado, o Congresso Nacional promulgou, em abril, a Emenda Constitucional (EC) nº 87, alterando a Constituição Federal para prever a repartição do ICMS entre os Estados nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais, com efeitos a partir de janeiro de 2016.

Cientes da repercussão do e-commerce na repartição do ICMS, até mesmo os Estados ditos exportadores anuíram com a necessidade de alteração da Constituição. Porém, o que se verificou com o texto publicado na EC 87 não foi propriamente uma repartição do ICMS entre os Estados - que era o objetivo da mudança -, mas a alteração da alíquota aplicada na operação interestadual com consumidor final, de modo que a diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual passa a ser devida pelo remetente ao Estado de destino.

Exposto dessa forma, pode parecer que o problema estaria resolvido e que a saída teria sido mais simples do que se imaginava. Mas, como já disse H. L. Mencken, "para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e completamente errada". Realmente, a EC 87 traz muitas dúvidas, do ponto de vista jurídico e prático.

A nova redação afirma que o remetente e o destinatário, quando contribuinte, são "responsáveis" pelo recolhimento do tributo aos cofres públicos do Estado de destino. Tal redação causa perplexidade, pois se o destinatário é contribuinte, por consequência não poderia ser "responsável".

E se o destinatário for não contribuinte, então seria o remetente "responsável"? Como é possível se falar em responsabilidade se não há contribuinte? Teria o vocábulo "responsabilidade" sido utilizado de forma não técnica pelo Poder Constituinte derivado e o que se pretendeu foi denominar o remetente de "contribuinte"?

Se essa foi a intenção, há quem possa invocar a inconstitucionalidade da EC 87 por violação ao pacto federativo, ao conferir a condição de contribuinte a pessoa fora da jurisdição do Estado. E mais, qual seria o fato gerador desse tributo? Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.565-PI), "[o] perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência".

Circulação e mercadorias. No caso do tributo pago ao Estado de destino, o destinatário está "circulando mercadoria"? A resposta que parece não fugir à lógica é a de que o destinatário não contribuinte está "recebendo bens". Logo, não teria a EC 87 instituído tributo novo?

Para aumentar as incertezas, sobreveio o Convênio ICMS nº 93, deste ano, que denominou o remetente de "contribuinte", determinou que se observasse a alíquota do Estado de destino para fins de apuração da base de cálculo, e que o diferencial de alíquota fosse recolhido por meio de guia de recolhimento ou na apuração dos que possuírem inscrição estadual junto ao Estado de destino, tal como a inscrição estadual de substituto tributário.

Ora, a definição de contribuinte, base de cálculo, momento de ocorrência do fato gerador e outros elementos intrínsecos à obrigação tributária são matérias reservadas à lei complementar e não pode um convênio suprir o que lei complementar ainda não definiu.

O convênio também parece ferir o princípio da não cumulatividade quando obriga o remetente a recolher o ICMS à alíquota interna do Estado de destino (e não aquela determinada pela Constituição Federal, que é a interestadual), mas faz com que parte seja recolhido fora da apuração normal do imposto (via GNRE ou inscrição estadual do Estado de destino), sendo o débito escritural limitado à alíquota interestadual.

Ainda, há uma perplexidade - natural - das pessoas que atuam em operações interestaduais com usuários finais não contribuintes: a desarrazoada necessidade de que o remetente observe a legislação de todos as unidades federativas para definição da alíquota interna (nominal ou efetiva?) do Estado de destino.

Ora, se a intenção do Poder Constituinte derivado era repartir o ICMS nas operações interestaduais com consumidores finais para alcançar justiça fiscal, que emendasse a Constituição para de fato efetivar essa repartição! Como falar em justiça fiscal se o que se a EC 87, como sempre, sobrecarregou desarrazoadamente os contribuintes/responsáveis para obrigá-los à observância de legislações estaduais de Estados em que sequer estão localizados?

Outrora, o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) realizou levantamento e apurou que uma empresa que "não realiza negócios em todos os Estados brasileiros" está subordinada a 5,8 quilômetros de normas. Logo, significa dizer que, frente à nova sistemática imposta por EC 87 e Convênio 93, esse número astronômico aumentaria 27 vezes para empresas que comercializam produtos diretamente com consumidor final,

não contribuinte do ICMS.

É, parece que a propalada justiça fiscal não ficou sequer no papel.

Fernanda Sá Freire, Daniella Zagari, Camila Galvão e **Virgínia Pillekamp** são advogadas do **Machado Meyer**

(Valor Econômico - 22.12.2015, p. E2)

(Notícia na íntegra)