

Lei paulista que altera cálculo de ICMS vai contra o STF

As recentes mudanças no cálculo do ICMS no estado de São Paulo devem parar no Supremo Tribunal Federal (STF). Essa é a previsão de advogados ouvidos pela **ConJur** como análise da Lei Estadual nº 17.470, publicada no último dia 14 de dezembro, que altera a base de cálculo do Diferencial de Alíquotas (Difal) do ICMS.

Dollar Photo Club



Dollar Photo Club

A mudança passou a prever que o montante do imposto devido ao Estado, na condição de estado de destino, deve integrar a sua própria base de cálculo, o que é comumente chamado de "cálculo do ICMS por dentro".

Para Rachel Mira Lagos, do **Bocater, Camargo, Costa e Silva, Rodrigues Advogados**, com relação ao Difal, é necessário lembrar que em fevereiro de 2021 o Plenário do STF julgou conjuntamente a [ADI 5.469](#) e o Recurso Extraordinário [1.287.019](#), com repercussão geral (Tema 1.093), fixando a tese de que "a cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela EC 87/2015, pressupõe a edição de Lei Complementar veiculando normas gerais".

"Em razão disso, a Lei 17.470/2021, além de não ter base em lei complementar, conforme determinou o STF no Tema 1.093, ainda fixa como termo inicial de entrada em vigor o prazo de noventa dias a contar da data de sua publicação. Sendo assim, a lei de São Paulo poderá ser questionada judicialmente por falta de fundamento de validade em lei complementar", afirma Mira.



O advogado **Alessandro Mendes Cardoso**, sócio do **Rolim, Viotti, Goulart, Cardoso Advogados**, entende que falta sustentação legal para a lei paulista. "Isso porque o 'cálculo por dentro' do ICMS, apesar de ter sido expressamente previsto na Constituição (artigo 155, §2º, XII, i) e na Lei Complementar nº 87/96 (artigos 13, §1º, I), e de ter sido declarado constitucional pelo STF (RE 212.209-2/RS), não se aplica ao diferencial de alíquotas. Se fosse permitido o cálculo por dentro do Difal, como pretende São Paulo, a base de cálculo deixaria de espelhar o 'valor da operação', previsto no artigo 13, I da LC nº 87/96, o qual consiste no valor pago pelo comprador com a inclusão do ICMS 'por dentro' na operação de origem", afirma Cardoso.

Além disso, o advogado lembra que o artigo 13 da Lei Complementar 87/96 determina que a base de cálculo do ICMS é integrada pelo montante do próprio imposto, "constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle".

"Ou seja, ao disciplinar o destaque do ICMS na nota fiscal (cálculo por dentro e destaque do imposto para fins de controle), a LC nº 87/96 deixa claro que o valor da operação engloba o ICMS por dentro. Não há, assim, 'novo valor de operação' no estado de destino, com o cálculo por dentro também do Difal, como pretende o São Paulo", ressalta.

Para ele, esse entendimento é contrário à legislação complementar, aos próprios convênios que disciplinaram a matéria e à própria lógica do ICMS, na medida em que determina a utilização de base de cálculo para o Difal diferente do valor da operação indicado na nota fiscal de aquisição do produto. "Conduzimos para empresas ações judiciais no qual se requer o reconhecimento da inconstitucionalidade/ilegalidade do cálculo por dentro do Difal, instituído por estados como MG e RS, havendo decisões favoráveis de tribunais", complementa.

Júlio Assis, sócio do **FCAM Advogados**, também entende que a lei de São Paulo parece ser incompatível com o entendimento do STF. "Importante notar o fato de a sistemática demonstrar uma estratégia 'defensiva' do estado em tentar preservar a aplicação da alíquota cheia no cálculo 'por dentro', ainda que a parcela do estado de destino seja desconsiderada diante uma possível lacuna legislativa por falta de Lei Complementar Federal", analisa Assis.

Senado

[Seguiu](#) nesta segunda-feira (20/12) para sanção presidencial, o projeto que regulamenta a cobrança do ICMS sobre vendas de produtos e prestação de serviços a consumidor final localizado em outro estado.

O Senado aprovou ontem um substitutivo da Câmara dos Deputados ao [Projeto de Lei Complementar \(PLP\) 32/21](#). Foram 70 votos favoráveis e nenhum contrário.

Date Created

21/12/2021