

Estados não podem cobrar diferencial de alíquota de ICMS, diz STF

É inconstitucional a cobrança de diferencial de alíquota do ICMS estabelecido por ato administrativo. Para ser válido, o diferencial deve ser fixado por lei complementar.

Carlos Moura/SCO/STF



Marco Aurélio afirmou que diferencial de alíquota de ICMS só pode ser estabelecido por lei complementar
Carlos Moura/SCO/STF

Com esse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, declarou a inconstitucionalidade de cláusulas do convênio 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) que regulamentaram o diferencial de alíquota de ICMS em operações interestaduais.

O julgamento, que havia sido interrompido em novembro de 2020 por pedido de vista do ministro Nunes Marques, foi concluído com modulação para produzir efeitos a partir de 2022.

No centro da discussão estava a Emenda Constitucional 87, [aprovada em 2015 com o objetivo de acabar com a guerra fiscal](#) no setor de *e-commerce*. A emenda transfere ICMS do comércio eletrônico da origem para o destino, permitindo que os estados de destino cobrem o diferencial da alíquota.

Os ministros avaliaram o Recurso Extraordinário 1.287.019 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.469. O RE foi interposto pela Madeira Comércio Eletrônico contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que entendeu que a cobrança do diferencial não está condicionada à regulamentação de lei complementar. A ADI questionou as regras de recolhimento do ICMS previstas nas cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio 93/15 do Confaz. Os dispositivos estabelecem os procedimentos que devem ser adotados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada.

Prevaleceram os votos dos relatores do recurso e da ADI, ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, respectivamente. Os dois entenderam que a matéria exige a edição de lei complementar.

Na sessão de 11 de novembro de 2020, Marco Aurélio [afirmou](#) que o constituinte foi incisivo sobre o



ICMS: "Reiterou a exigência de lei complementar versando elementos básicos do tributo, entre os quais contribuinte e local da operação, a teor do artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII". A ideia, disse, é evitar sobreposição de regimes.

Classificando seu voto como "fino para os contribuintes e grosso para a Fazenda", o decano afirmou que é inválida a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS quando ausente lei complementar disciplinadora.

Por sua vez, o ministro Dias Toffoli considerou que a falta de lei complementar para tratar do tema "vem trazendo diversos conflitos federativos". Ele destacou que o Convênio 93/15 do Confaz, questionado na ação, não pode substituir a lei complementar no tratamento do ICMS.

"Não havendo normas em lei complementar tratando do ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas na hipótese de operações ou prestações interestaduais com consumidor não contribuinte do tributo, cabe perquirir se podem os estados e o Distrito Federal efetivar a cobrança desse imposto antes do advento de tais normas, suprindo-as com a celebração de convênio interestadual. Adiantando que, a meu ver, a resposta é negativa", avaliou.

A tese de repercussão geral fixada no RE 1.287.019 foi a seguinte: "A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais".

Alteração na distribuição

O julgamento foi retomado com o voto-vista do ministro Nunes Marques, que abriu divergência por entender que é desnecessária a edição de lei complementar para validar a sistemática.

Segundo ele, como a EC 87/1996 não cria novo imposto, apenas altera a forma de distribuição dos recursos apurados, a regulamentação atual da norma é adequada. Ele foi integralmente acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes.

Os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux acompanharam a divergência em relação ao RE, mas julgaram a ADI parcialmente procedente. Para eles, é inconstitucional apenas a cláusula 9ª do convênio, que inclui as micro e pequenas empresas optantes pelo Simples no novo regime do comércio eletrônico. Essa cláusula teve seus efeitos suspensos por medida cautelar deferida pelo ministro Dias Toffoli em fevereiro de 2016.

Clique [aqui](#) para ler o voto do ministro Marco Aurélio

Clique [aqui](#) para ler o voto do ministro Dias Toffoli.

RE 1.287.019 e ADI 5.469

**Texto alterado às 21h34 do dia 24/2/2021 para acréscimo de informações.*

Date Created

24/02/2021