

OF. 011/2016/CETDC/OAB/MT

Cuiabá, 7 de dezembro de 2016.

**Exmo. Senhor Deputado GUILHERME MALUF**  
**Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso**

**Exmo. Senhor Deputado JOSÉ DOMINGOS FRAGA**  
**Presidente da Comissão de Fiscalização e Acompanhamento da**  
**Execução Orçamentária da Assembleia Legislativa do Estado de Mato**  
**Grosso (CFAEO)**

**Exmo. Senhor Deputado SEBASTIÃO REZENDE**  
**Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da**  
**Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso (CCJR)**

**Exmo. Senhor Deputado OSCAR BEZERRA**  
**Coordenador Geral da Frente Parlamentar em Defesa do Setor do**  
**Comércio de Bens, Serviços e Turismo da Assembleia Legislativa do**  
**Estado de Mato Grosso**

C/C

**Exmo. Senhor Doutor JOSÉ PEDRO GONÇALVES TAQUES**  
**Governador do Estado de Mato Grosso**

**Ref.: Parecer da OAB-MT – Reforma Tributária do Estado de Mato**  
**Grosso – Projeto de Lei 463/2016, Protocolo 5252/2016, Processo**  
**1096/2016, Mensagem do Poder Executivo 86/2016**

Prezados Senhores,

Ao passo que lhes cumprimentamos, vimos à presença de V.Exas. para encaminhar parecer da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Mato Grosso acerca do Projeto de Lei 463/2016, oriundo da Mensagem 86/2016 do Poder Executivo, que trata da Nova Lei do ICMS do Estado de Mato Grosso.



Referida Lei, como V.Exas. bem sabem, está sendo objeto de exaustivo debate com a Sociedade, causando enorme furor no meio empresarial haja vista as relevantes alterações que institui à legislação atual, notadamente, por deslocar a cobrança do imposto, hoje feita por segmento - CNAE, para o “produto”, e ainda, por dar fim à ilegal e inconstitucional cobrança antecipada do ICMS, com encerramento da cadeia tributária – o chamado ICMS Estimativa Simplificado.

A proposta do Poder Executivo, em poucas palavras, é retomar o sistema original previsto na Carta Magna de 1988, não cumulativo, o qual leva em consideração a tomada de créditos nas entradas de mercadorias e débitos nas saídas, com apuração realizada pelo próprio contribuinte, mediante lançamento por homologação. Em conjunto, aumentar os esforços de fiscalização inteligente e informatizada para coibir a sonegação fiscal, zelando pela máxima de “onde todos pagam, cada um paga menos”.

A OAB-MT, não poderia ser diferente, apoia irrestritamente a Reforma Tributária sustentável, e não está medindo esforços para contribuir positivamente, dentro de sua competência e possibilidades.

Para auxiliar no processo de reconstrução da Lei matriz do ICMS, a Ordem se fez presente em todas as reuniões e convocações promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, em especial, junto à SEFAZ-MT e Frente Parlamentar. Não apenas, a OAB-MT abriu diálogo com os diversos segmentos para prestar informações legais, se fazendo presente, sempre que convidada, a participar de debates de classes. A Ordem participou de todas as audiências públicas (desde o Decreto 380/15), sendo que em tempo algum furtou-se ao posicionamento e ao debate com a Sociedade, sempre, repita-se, no sentido de auxiliar e contribuir de forma imparcial aos diversos interesses envolvidos.

Como um dos desdobramentos de sua atuação, nossa entidade emitiu em 16 de novembro de 2016, contundente parecer acerca do Projeto de Lei apresentado pela Secretaria de Fazenda, em sua versão 3.3., quando então, o mesmo ainda era objeto de discussão junto ao Executivo.

No parecer em questão, a OAB-MT fez 54 apontamentos sugestivos para conferir maior legalidade e constitucionalidade ao projeto, bem como para sanar omissões relevantes ao texto e contrariedades a posicionamentos judiciais das Cortes Superiores. O parecer da Ordem logrou ser elogiado publicamente pela Fundação Getúlio Vargas, diversos segmentos, entidades de classe, pelo Governo e por vários integrantes deste Parlamento, evidenciando que a contribuição técnica da Ordem realmente foi produtiva.

O novo Projeto de Lei, agora já enviado a esta Assembleia Legislativa para emendas e votação, incorporou diversas das recomendações feitas pela OAB-MT, engrandecendo e enobrecendo o trabalho dos Poderes envolvidos e da Sociedade em geral. Inobstante tal fato, parcela das recomendações feitas não foram ajustadas ao novo Projeto, sendo necessário, outra vez, pontua-las para análise por parte dos ilustres Deputados.

É preciso dizer que o novo Projeto de Lei que consta da Mensagem do Poder Executivo 86/2016 não pode ser visto simplesmente como a versão 3.3. anteriormente analisada pela OAB-MT, com ajustes, pois na prática, é um novo Projeto, completamente reformulado, cujo texto final, não chegou a ser debatido pontualmente com a Sociedade, ao contrário do ocorrido com a versão que o antecedeu.

Por esta peculiaridade, a Ordem entende ser fundamental que esta Casa guarde a devida cautela e assim possa finalizar o debate do texto proposto com a Sociedade, ao mesmo tempo em que dialoga com o Executivo, compondo os interesses coletivos sem, contudo, perder a essência da Reforma, sua sustentabilidade e os princípios basilares do S.I.N.T.A.

A Reforma precisa guardar segurança sob todos os aspectos, mormente porque muitas empresas de nosso Estado encontram-se fragilizadas pela grave crise econômica atual. Vale dizer, a despeito de urgente (pelo fato do sistema atual ser ilegal e inconstitucional), as modificações devem ser feitas de forma a assegurar a sobrevivência dos principais financiadores da máquina estatal, os contribuintes, ao mesmo tempo em que viabiliza a manutenção da carga tributária atual, o que foi uma prerrogativa defendida deste o início por todos os envolvidos, inclusive pelo Governo do Estado de Mato Grosso.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, a OAB-MT entende que há tempo necessário para incorporação das modificações necessárias ao PL, neste ano, contudo, não é só a questão legal que deve ser considerada, mas também, os efeitos econômicos e sociais, cujos impactos devem ser cautelosamente analisados.

Neste novo parecer, a Ordem reitera alguns pontos não observados em nossos apontamentos iniciais. Também elenca novas recomendações e sugestões fundamentais em função dos princípios constantes da própria Lei proposta, os quais foram estudados e sugeridos pela Fundação Getúlio Vargas, debatidos com a sociedade mato-grossense e aceitos pelo Poder Executivo como norteadores de uma nova sistemática. Estes princípios, que representam a essência da nova legislação, não podem ser feridos de forma alguma, sob pena de inconsistência técnica do próprio sistema idealizado.

Por fim, assim como fizemos anteriormente, reiteramos que a análise promovida se restringe à técnica tributária legislativa como um todo em função da Constituição Federal e das Leis/Convênios Federais, desprezando, para tanto, a análise financeira e operacional dos setores da economia mato-grossense e do ente público Estado, até porque, esta entidade não dispõe de dados suficientes para tal ponderação.

As conclusões ora constantes do parecer foram tomadas em reunião conjunta extraordinária da Comissão de Estudos Tributários e Defesa do Contribuinte e da Comissão de Acompanhamento Legislativo da OAB-MT, ocorrida no dia 02 de dezembro de 2016, sendo posteriormente, objeto de encaminhamento à Diretoria da Entidade para aprovação.

Em nome da **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL MATO GROSSO**, esperamos contribuir para o bom andamento da Reforma Tributária, a qual reputamos essencial ao nosso Estado.



Coloemo-nos à disposição para eventuais esclarecimentos que sejam necessários.

Atenciosamente,

**Leonardo Pio da Silva Campos**  
Presidente da OAB-MT

**Carlos Roberto de Cunto Montenegro**  
Presidente da Comissão de Estudos Tributários e Defesa do  
Contribuinte da OAB-MT

**Manoel Antônio Garcia Palma**  
Presidente da Comissão de Acompanhamento Legislativo da OAB-MT

**OPINIÃO DA OAB-MT QUANTO AO PROJETO DE LEI 463/2016 –**  
**MENSAGEM DO PODER EXECUTIVO 86/2016 – REFORMA**  
**TRIBUTÁRIA – LEI MATRIZ DO ICMS**

**MANIFESTAÇÃO INICIAL**

Inicialmente, convém pautar e elogiar algumas das alterações feitas pelo Poder Executivo ao novo Projeto de Lei, em função das ponderações feitas por nossa entidade quando da análise da versão 3.3. Tais ajustes, por certo, agregaram à legislação, trazendo maior segurança jurídica e adequação aos ditames da Constituição Federal, Lei Complementar 87/96, Convênios CONFAZ, e entendimentos judiciais.

A Ordem tem certo que a incorporação de suas solicitações representou um gesto de grandeza por parte do Executivo e mais que isso, um gesto democrático, o que é fundamental para que Reformas como a presente sejam sustentadas posteriormente pela própria Sociedade quando aprovadas.

Dentre as alterações sugeridas pela OAB-MT que foram incorporadas ao novo PL estão:

- (a) inclusão do veículo normativo único, objetivos do ICMS-SINTA e princípios de regência da lei, tal como foram apresentados pela Fundação Getúlio Vargas e discutidos com a Sociedade. A relevância de tal inclusão é tamanha pois aqui restam plantados os pilares da Reforma Tributária, para que todas disposições guardem plena sintonia;
- (b) a redução da possibilidade de decretos regulamentares do Poder Executivo legislares positivamente sobre questões que devam ser tratadas em lei;
- (c) A não incidência do ICMS sobre a saída de bens utilizados pelo prestador de serviços não sujeito ao imposto;
- (d) redução das possibilidades de responsabilização dos sócios e administradores às hipóteses estabelecidas no Código Tributário Nacional;
- (e) Exclusão da base de cálculo do ICMS dos serviços em que as atividades possam ser segregadas da transferência de bens e mercadorias;

- (f) o lançamento do imposto por homologação, como regra, ou seja, por iniciativa do contribuinte;
- (g) não tributação de mercadorias transferidas entre estabelecimentos do mesmo titular, dentro do Estado de MT;
- (h) dentre outras.

Outras solicitações da OAB, por sua vez, acarretaram a supressão do texto do PL, por exemplo, a exigência de previsão legal por caução para o exercício de atividades comerciais, ou ainda, ou a previsão de pagamento antecipado do imposto por meio de regulamento, a responsabilidade por interdependência e outras.

Como dito, o PL ora remetido à Assembleia Legislativa, não é simplesmente a reprodução da versão 3.3. alterada, mas um novo projeto e como tal, assim está sendo analisado pela OAB, a despeito das incorporações e exclusões acima.

É preciso dizer também que nem todas as recomendações da OAB-MT foram atendidas pelo Executivo mesmo após demonstradas suas inconsistências frente à lei e a posicionamentos judiciais. Dessa maneira, ainda persistem ilegalidades, inconstitucionalidades **pontuais** que precisam ser sanadas nesta Casa para que, posteriormente, a Lei do ICMS não venha a ser objeto de seguidos questionamentos judiciais. Além disso, alguns direitos dos contribuintes foram suprimidos, dependendo de V.Exas. para serem incluídos na nova Lei de modo a assegurar o cumprimento de ditames irredutíveis da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional.

Visando auxiliar este Poder Legislativo, a Ordem traz abaixo compilado de considerações sugestivas com o fito de contribuir à nova Lei, conferindo à mesma maior segurança jurídica ao mesmo tempo em que propõe garantias adicionais aos contribuintes quanto a seus direitos em um momento onde estes se encontram inseguros e fragilizados por todo o histórico de tributação deste Estado, criado a partir de regulamentos e ideias carentes de suporte legal.

A Ordem repete que a Reforma Tributária é um marco na história de Mato Grosso e acaso bem trabalhada, poderá representar crescimento e desenvolvimento econômico e social à Sociedade. Por outro lado, se não for estudada com a devida cautela, afrontando direitos (ou omitindo-se quanto

aos mesmos) poderá ser um engodo, gerador de crise e ruína.

A função desta Assembleia Legislativa é das mais duras, mas a Ordem confia no potencial criativo e qualitativo dos nobres deputados para encontrar soluções democráticas, legais, justas e eficientes para que a Reforma Tributária seja realmente um sucesso e um precedente a ser seguido por todos os demais Estados da Federação. A Assembleia pode contar com a OAB-MT, sempre que precisar.

## **RECOMENDAÇÕES AO PL 463/2016**

### **1) Garantia à Repetição de Indébito e Compensação**

O Código Tributário Nacional assegura o direito de restituição do tributo nos casos de pagamento indevido ou a maior, ou ainda, no caso de erros cometidos pelo sujeito passivo no cálculo o imposto, e também, em função da reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória (art. 165 do CTN).

Igualmente, assegura o direito à compensação nas condições em que a lei estabelecer, no caso dos contribuintes apurarem créditos tributários (art. 170 do CNT), abaixo transcritos:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

- I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
- II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
- III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.



Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

A despeito da previsão contida no CTN, se faz essencial assegurar POR LEI LOCAL estes direitos aos contribuintes sob pena de inviabilidade técnica operacional do regime fiscal e privação de direitos com enriquecimento ilícito por parte do Estado. O artigo 170, por exemplo, faz referencia expressa a necessidade de lei ordinária para efetivar-se.

O PL 463/2016 não contém disposições que prevejam tais direitos, a despeito de restar válido (por não revogação disposição específica na Lei 7.098/98 – para a qual a Ordem propõe sua revogação, conforme item 26 abaixo). Cumpre salientar que este já foi um pleito da OAB-MT em seu último parecer o qual não restou atendido de forma plena pelo Poder Executivo.

## 2) Garantia de manifestação prévia do contribuinte

É preciso termos a consciência de que os atos da administração estão sujeitos a erros e estes não podem prejudicar os contribuintes. Por essa razão, é altamente recomendável incluir no Projeto de Lei disposição próxima àquela que foi introduzida no artigo 10 do Novo Código de Processo Civil, assim disposto:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Tal providência que é tendência em todos os níveis da administração de modo a zelar pela igualdade e paridade das posições, poderia ser aplicada

por analogia, garantindo ao contribuinte sua manifestação prévia a qualquer situação que possa lhe trazer condição contrária, desfavorável ou prejudicial, como por exemplo, a cassação de sua inscrição estadual ou a imputação de fraude.

A OAB-MT chegou a fazer tal pleito quando da análise da versão 3.3. do Projeto, quando então haviam materializados no texto proposto várias situações de atuação restritiva do fisco. Neste PL, importante ser observado, que praticamente todas as questões relativas as obrigações acessórias foram relegadas, por omissão, aos decretos regulamentares, o que traz uma enorme incerteza quando futuro conteúdo que estes terão (ainda mais se levado em consideração o histórico destes procedimentos).

Ao garantir a manifestação prévia como conduta básica do fisco, a legislação garante a ampla defesa e o resguardo à não surpresa, um problema crônico nos dias atuais, dando qualidade ao ato administrativo, resguardando o primado da verdade material dos fatos e mais que isso, conferindo segurança jurídica ao sistema pois os contribuintes não terão tolhido seu direito antes de serem ao menos, ouvidos. Trata-se de prerrogativa constitucional que necessita ser incorporada ao PL.

Esta prerrogativa ganha muito mais força e necessidade pela redação dada ao PL 463/2016 pois a simplicidade do mesmo (louvável) pode trazer perigosas delegações regulamentares ao Executivo. Com efeito, ao mesmo tempo que é necessário simplificar o sistema e as leis, a estrutura precisa garantir direitos básicos dos contribuintes para que a ausência e a omissão legislativa não privilegiem o ente arrecadador de forma arbitrária. A inclusão de disposição protetiva poderia assegurar os direitos dos contribuintes ao mesmo que tempo que asseguraria a simplicidade almejada.

**3) Artigo 4º, inciso I, do PL 463/2016 – “direitos de uso, gozo ou fruição de bens materiais ou imateriais” – não incidência do ICMS**

Consta do PL o artigo 4º, I, assim disposto:

“Art. 4º O ICMS incide sobre:

I – operações relativas à circulação de mercadorias, entendida como a transferência onerosa do direito de propriedade ou dos direitos de uso, gozo ou fruição de bens materiais ou imateriais;”

O ICMS previsto no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, incide como o próprio nome diz, sobre “operações” relativas à circulação de **mercadorias** e serviços.

Nesta máxima, fixou a doutrina e a jurisprudência (atualmente em caráter irreversível) que o fato gerador passível de ensejar a cobrança do tributo deve restar intrinsecamente relacionado a algum ato mercantil, de modo que, os bens circulados possam ser efetivamente considerados “mercadorias”, objetos dentro do comércio.

Assim, pode-se dizer que só há ICMS se houver operação que implique **na mudança de propriedade (circulação jurídica) da mercadoria**, independentemente de ter ocorrido a circulação física desta.

Mudar a propriedade jurídica da mercadoria, por assim dizer, envolve dois aspectos: (a) alteração de propriedade e (b) bem corpóreo. Os direitos de uso, gozo ou fruição, por si só, não trazem consigo o direito de “dispor”, elemento essencial à caracterização do direito de propriedade, conforme Código Civil.

Dessa maneira, tem-se que a mera transferência do direito de forma que o “adquirente” venha a usar, gozar ou fruir, **não representa a alteração de propriedade**, fundamental para ensejar a tributação pelo ICMS. Não apenas, a transferência de direitos, intangíveis, não corpóreos, escaparia ao conceito de mercadoria para fins do imposto, havendo duas razões fundamentais para que a parte final do dispositivo seja retirada do PL.

Não o bastante o acima, há uma terceira razão. O artigo 146, III, “a”, da C.F. estabelece que cabe a Lei Complementar fixar os fatos geradores dos tributos. A Lei Complementar 87/96, assim o faz para fins do ICMS, determinando que:

Art. 2º O imposto incide sobre:

“I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;”

Com efeito, o PL ao estabelecer a incidência sobre **direitos de uso, gozo ou fruição de bens materiais ou imateriais**, cria uma outra base de incidência

do ICMS sem previsão na Lei Kandir, o que poderia gerar alegações de ilegalidade, sem prejuízo da questão constitucional reflexa.

**4) Artigo 4º, inciso II, do PL 463/2016 – “transferência interestadual de bens entre estabelecimentos do mesmo titular” - não incidência**

Consta do PL o artigo 4º, I, assim disposto:

“Art. 4º O ICMS incide sobre:

II – a transferência interestadual de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular;”

A OAB-MT em seu parecer anterior, relativamente a versão 3.3 mencionou a existência da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça que diz:

“Súmula: 166 – Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Neste ponto, foi excluída a incidência do imposto sobre as transferências locais, dentro do Estado, de bens e mercadorias, conforme pleito da Ordem. Foi por outro lado mantida a incidência sobre a transferência interestadual de bens.

Inobstante, reiteramos que o STJ entende que o ICMS não incide na transferência interestadual também, porque, na transferência de produtos entre “estabelecimentos” de mesma propriedade não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito necessário para a incidência do ICMS.

O STF também tem reafirmado constantemente o mesmo entendimento. Em julgado proferido em 30.05.2014 pela Primeira Turma do STF se verifica que a Corte Suprema “tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas” (ARE 756636 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, publicado em 30/05/2014).

Pouco depois, a Segunda Turma, decidiu que na transferência de bem entre



estabelecimentos do mesmo contribuinte, mesmo quando há agregação de valor à mercadoria ou sua transformação, não incide o ICMS, pois não ocorre a transferência de titularidade (AgReg. no Recurso Extraordinário nº 765486, AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Publicado em 04/06/2014).

No mesmo sentido, mencionamos as seguintes decisões: RE 158.834/SP, Redator para o Acórdão o Min. Marco Aurélio; AI 131.941- AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; AI 682.680-AgR/RJ, Rel. Min. Eros Grau; AI 271.528-AgR/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 658.719/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 618.947-AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello; AI 733.334-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 386.598-AgR/RJ e AI 769.897-AgR/RJ, Rel. Min. Ayres Britto; RE 113.101, Rel. Min. Néri da Silveira, RE 113.090/PB, Rel. Min. Djaci Falcão, RE 93.523/AM, Rel. Min. Cordeiro Guerra; AI 693.714-AgR/RJ e RE 519.853/RN, Ministro Ricardo Lewandowski.

Ou seja, ainda que interestadual, a jurisprudência atual, corroborada por Súmula do STJ sustenta a não tributação do imposto.

É importante destacar com relação a este assunto que, o inciso II, constante do artigo 4º do PL refere-se a expressão “bens”, o que poderia ensejar a tributação tanto de ativos como de mercadorias.

Acaso venha a ser mantida a tributação, recomenda a OAB ao menos que a expressão “bens” venha a ser substituída por “mercadorias,” de modo a deixar claro que ativos do imobilizado não devem ser tributados pois são bens “fora do comércio”, ou seja, não estão sujeitos ao ICMS.

**5) Artigo 4º, inciso V, do PL 463/2016 – “ativo imobilizado” – desoneração contida na exposição de motivos - alternativas**

Diz o referido dispositivo que:

“Art. 4º O ICMS incide sobre:

V – a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de bens ou mercadorias adquiridos em outro Estado ou no Distrito Federal para uso, consumo ou ativo imobilizado,”



Neste ponto, não estamos a falar de inconstitucionalidade ou ilegalidade, mas de inconsistência com a exposição de motivos do PL que sustentou explicitamente a desoneração do imposto sobre a aquisição de ativos.

Certo é que o artigo 34 do PL viabiliza o crédito total do imposto pago na operação anterior, o que é um grande avanço. Inobstante, há de ser verificado pelos ilustres deputados se a desoneração deve ser concedida sob a forma de não incidência na entrada – ou se mediante o creditamento, sem os limites contidos na Lei Complementar 87/96, como foi proposto. Ou ainda, uma mescla de ambos, considerando que parte do ICMS é devida ao Estado remetente e parte é devida ao Estado destinatário.

Vale lembrar que aquisições de Estados com incentivos fiscais não previstos em Convênio do ICMS podem gerar a glosa do crédito sobre os ativos imobilizados adquiridos, como consta do PL atual, de modo que a desoneração pretendida poderá ser afetada sobremaneira.

**6) Artigo 5º, inciso II, e parágrafo único do PL 463/2016 – “não incidência sobre exportação” – alteração do texto – adequação à C.F. e LC 87/96.**

O caput do artigo faz referência direta à Constituição Federal para fundamentar a não incidência do ICMS, notadamente, sobre “bens” exportados. Todavia, tanto a Constituição como a Lei Kandir fazem referência a “mercadorias” exportadas. Essa diferença terminológica é relevante para guardar sintonia com os dispositivos citados, muito embora, a interpretação que se tenha sobre a não incidência constitucional deva ser extensiva.

**7) Artigo 6º, proposta de criação do inciso V – não incidência do ICMS na transferência interestadual de bens destinados ao ativo fixo entre estabelecimentos do mesmo titular**

Referida questão guarda sintonia com o item 4 acima, de modo que, se não reconhecida expressamente a não incidência do imposto sobre todas as transferências realizadas entre estabelecimentos do mesmo titular, sejam mercadorias, sejam ativos, ao menos, que seja reconhecida expressamente a não incidências sobre estes últimos, vez que claramente, nestas situações, não há operação que envolva a mudança da titularidade jurídica e nem o envolvimento de mercadorias posto que, são modificações físicas de

localidade, com bens fora do comércio.

Cumpra salientar que o Superior Tribunal de Justiça definiu esta questão (relativa a ativos fixos) nos autos do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1125133/SP, cuja ementa segue abaixo transcrita para consideração de V.Exas.:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.

Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).



3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37)

6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

(Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

7. (...).

8. Recurso especial provido. **Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.**

(STJ-1ª Seção; REsp 1125133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)



Fundamental observar, no caso, que o julgado deu-se sob o regime do artigo 543-C do antigo CPC, o qual vincula os Tribunais inferiores conforme dispõe de forma clara e taxativa o parágrafo 7º c/c parágrafo 9º, abaixo dispostos.

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

**8) Artigo 7º, parágrafo 1º, IV, artigo 20, parágrafo 4º e artigo 29, parágrafo 3º do PL - ilegalidade – administrador ou sócio de fato de sociedade empresária constituída por interposta pessoas**

Os dispositivos em questão preveem:

Art. 7º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias, ainda que as operações se iniciem no exterior.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

IV – administre ou seja sócia de fato de sociedade empresarial constituída por interpostas pessoas.

Art. 20 O contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que preste os serviços de transporte referidos no artigo 18.

§ 4º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que administre ou seja sócia de fato de sociedade empresarial constituída por interpostas pessoas.

Art. 29 O contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize as prestações de serviço descritas no artigo 27.

§ 3º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que administre ou seja sócia de fato de sociedade empresarial constituída por interpostas pessoas.

A OAB-MT neste ponto faz questão de esclarecer que entende as razões do Executivo de trazer tal previsão à tona, vez que não raro, pessoas físicas e jurídicas se escondem por traz de estruturas societárias, de modo ilícito e abusivo, exclusivamente com o intuito de lesar o erário público. De fato, trata-se de situação que deve acarretar a responsabilização do real responsável.

Todavia, entende a Ordem que esta disposição, da forma como posta, fere o Código Tributário Nacional, em especial o artigo 121, I, assim previsto:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao “pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação **pessoal e direta** com a situação que constitua o respectivo fato gerador;”

A própria utilização de interpostas pessoas já descaracterizaria a relação pessoal e direta do agente, fazendo com que a disposição perca sua eficácia.

Para tentar remediar tais situações, a OAB-MT entende que V.Exas. podem trabalhar com o artigo 116, parágrafo único, do CTN, assim previsto:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

A desconstituição de eventual estrutura fraudulenta com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, pode demonstrar ao final, quem é aquele que traz relação pessoal e direta com a hipótese de incidência do imposto. Feito tal procedimento pelo fisco, assegurado por certo a ampla defesa, a finalidade proposta poderá ser alcançada pela nova legislação.

**9) Artigo 7º, parágrafo 3º, inconsistência com o inciso VI do artigo 4º do PL**

O parágrafo 3º do artigo em tela faz referência a consumidor final do bem ou mercadoria, consoante abaixo:

§ 3º Na hipótese do inciso VI do artigo 4º, quando o destinatário mato-grossense, consumidor final do bem ou mercadoria, não for contribuinte do ICMS, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo é do remetente estabelecido ou localizado em outro Estado ou no Distrito Federal.

Todavia, o inciso VI do artigo 4º refere-se exclusivamente a bens. É preciso ser feita a harmonização, de um ou de outro.

**10) Artigo 9º, parágrafo 2º – fixação do critério em lei – explicitação em assunto de tão grande relevância – exigência da Lei Kandir.**

O assunto substituição tributária é e sempre será polêmica haja vista sua complexidade e vinculação/dependência de diversos entes da Federação.

O artigo 9º do PL, em seu parágrafo 2º, diz que a SEFAZ-MT poderá realizar procedimento administrativo público para fixar a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, atendendo os critérios do artigo 8º da LC 87/96 e também o exercício do contraditório por qualquer interessado. Vejamos:

Art. 9º Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária as operações indicadas no artigo 13, § 1º, XIII, a, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

§ 2º A base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária atenderá aos critérios do art. 8º da Lei Complementar nº 87, de 1996, e será definido pela Secretaria da Fazenda por meio de procedimento administrativo público, assegurando o exercício do contraditório por quaisquer interessados.

A despeito da legislação estabelecer que a SEFAZ-MT deve obedecer aos critérios do artigo 8º da Lei Kandir, esta própria Lei Complementar estabelece que no artigo citado, parágrafo 4º, que os critérios para fixação da margem de lucro devem ser previstos em lei, o que implica dizer, que a SEFAZ-MT não terá elementos para definição da referida margem, acaso o PL em questão não estabeleça os caminhos para tal.

Assim está previsto o parágrafo 4º:

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

Considerando a relevância do tema, entende a Ordem que seria



recomendável insculpir no PL todos os regramentos do artigo 8º da LC 87/96, deixando-os explícitos, de modo a evitar discricionariedade pela autoridade fiscal, sem prejuízo de serem estabelecidos os critérios demandados pelo parágrafo 4º.

**11) Artigo 10º, necessidade de definir quem será o responsável pelo recolhimento do ICMS na substituição tributária**

O artigo 10 do PL diz que a responsabilidade do ICMS substituição será atribuída ao remetente ou destinatário, conforme disposto na legislação tributária. Vejamos:

Art. 10 No caso de operações interestaduais, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária poderá ser atribuída ao remetente ou destinatário do bem ou mercadoria, conforme disposto na legislação tributária.

Para se assegurar a simplicidade e a unificação e ainda, em privilégio da isonomia, de modo a atender os comandos trazidos no próprio PL, seria interessante ter-se fixado já nesta lei, o responsável pelo recolhimento do ICMS substituição (remetente ou o destinatário), ou ainda, na impossibilidade disto, de seguir-se a legislação federal emanada. De outra forma, pode o Executivo criar critérios distintos instituindo mais uma vez um emaranhado de normativos e regras diversas, o que justamente se pretende evitar com a presente legislação.

**12) Artigo 11º, I, necessidade de conceituar o que vem a ser atividade equiparada à agropecuária**

O artigo 11, inciso I, estabelece o diferimento e os responsáveis pelo recolhimento do ICMS no caso de aquisição, dentro do Estado, de produtos primários de origem agropecuária ou de atividade equiparada à agropecuária. Todavia, o PL não estabelece o conceito de equiparada à agropecuária.

Acreditamos que o referido conceito tem que ser definido em lei em privilégio do artigo 3º, I, do PL, o qual estabelece o princípio da legalidade.

**13) Artigo 13º, incisos I, II e III – base de cálculo – “direitos de uso, gozo ou fruição” – exclusão**

O artigo 13º, que trata da base de cálculo do ICMS, em seus incisos I, II e III, estabelece a tributação sobre os direitos de uso, gozo ou fruição, conforme segue:

“Art. 13 A base de cálculo do ICMS é:

I – no caso de bens e mercadorias, o valor da transferência do direito de propriedade ou dos direitos de uso, gozo ou fruição;

II – no caso de transferência de bens e mercadorias com prestação de serviços em que as atividades possam ser segregadas, somente o valor da transferência dos bens ou direitos de uso, gozo ou fruição a eles inerentes;

III – no caso de transferência de bens e mercadorias com prestação de serviços que lei complementar relativa ao imposto sobre serviços de competência dos Municípios submeta ao ICMS, somente o valor da transferência dos bens ou direitos de uso, gozo ou fruição a eles inerentes;

Todavia, conforme item 3, acima, tem-se assentado que a transferência dos direitos de uso, gozo ou fruição, não implica em transferência jurídica da propriedade, bem como não implica em circulação jurídica de mercadoria, motivo pelo qual não poderia ensejar a tributação pelo ICMS.

**14) Artigo 13º, parágrafo 1º, Artigo 24, parágrafo 1º e artigo 31, parágrafo 1º – inclusão do ICMS na própria base de cálculo – Constitucionalidade – inconsistência com o princípio da transparência, conforme artigo 3º, VI, do PL**

Aqui não se trata de vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade mas de inconsistência com os princípios do S.I.N.T.A., incluídos no PL e que são diretrizes para a fixação de uma nova política tributária atinente ao ICMS.

A inclusão do imposto na sua própria base de cálculo, ao menos em tese, afronta o princípio da transparência na medida em que ilude o consumidor final e os próprios contribuintes quanto a carga fiscal por eles efetivamente suportada em função da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo.

O lastro para tanto encontra-se na Constituição Federal, conforme segue:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao

22

contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

O princípio da transparência inaugura um marco nas relações fiscais entre Estado e contribuintes pois tenta-se, através do mesmo, dar clareza e simplicidade nas informações fiscais aquele que, em última instância, está suportando o encargo, o consumidor.

Claro que a implementação desta possibilidade demandaria estudos adicionais e pesquisas mais aprofundadas dos julgados existentes, até porque a Lei Complementar 87/96, em seu artigo 13, parágrafo 1º, estabelece de forma direta e contundente que o ICMS integra sua própria base de cálculo, conforme redação dada pela Lei Complementar 114/2002, sendo tal disposição de comando obrigatório ao nossos ver, ao menos a princípio.

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;”

Convém destacar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento deste assunto, dispôs ser constitucional a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, contudo, o referido órgão julgador não disse ser inconstitucional a sua exclusão.

A questão é bem complexa pois pode ensejar a consideração de redução de base de cálculo, necessidade de Convênio Federal e outras providências, contudo, é dever da OAB-MT fomentar este debate para que o Estado possa entregar ao consumidor final a informação fidedigna, direta e objetiva, sendo que a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, a despeito de ser constitucional (repita-se), afigura ser a medida mais justa para os cidadãos mato-grossenses.



Se não para este exato momento, pode o Estado investir tempo nesta possibilidade para implementação futura, acaso seja concluída a viabilidade, auxiliando toda a Sociedade, seus contribuintes e consumidores finais. A OAB-MT poderá ajudar neste ponto se conclamada para tanto.

**15) Artigo 14º - transferência interestadual de bens X mercadoria - adequação à LC 87/96**

O *caput* do artigo faz referência a bens, englobando ativos imobilizados e mercadorias. Todavia, o artigo 15 da LC 87/96 citado no mesmo refere-se exclusivamente a mercadorias.

Art. 14 A base de cálculo do ICMS no caso de transferência interestadual de bens obedecerá aos critérios do art. 15 da Lei Complementar nº 87, de 1996.

Essa diferença terminológica é relevante para guardar sintonia entre os dispositivos.

**16) Artigo 15º e Artigo 24, parágrafos 4º a 6º - Pautas fiscais - ilegalidade**

O artigo 15 do PL institui a possibilidade de fixação de valores mínimos das mercadorias por meio de pauta fiscal. O artigo 24, parágrafo 4º estabelece que o mesmo mas para os serviços de transporte sujeitos ao ICMS.

Tal impossibilidade jurídica já foi objeto de pontuação pela OAB-MT em seu parecer anterior, sem contudo, ter sido acatada.

Art. 15 O valor mínimo das operações poderá ser fixado em pauta expedida pela Secretaria de Fazenda.

§ 1º O fisco divulgará os critérios utilizados para a fixação dos valores mínimos publicados.

§ 2º Havendo discordância em relação ao valor fixado, caberá ao contribuinte comprovar a exatidão do valor por ele declarado, que prevalecerá como base de cálculo.

Art. 24 A base de cálculo do ICMS é o preço do serviço de transporte,

24



acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização.

§ 4º O valor mínimo das prestações poderá ser fixado em pauta expedida pela Secretaria de Fazenda.

§ 5º O fisco divulgará os critérios utilizados para a fixação dos valores mínimos publicados.

§ 6º Havendo discordância em relação ao valor fixado, caberá ao contribuinte comprovar a exatidão do valor por ele declarado, que prevalecerá como base de cálculo.

Cumpra esclarecer que a pauta fiscal para a venda de bens e serviços é ilegal a teor do entendimento do Superior Tribunal de Justiça materializado na Súmula 431 e do Supremo Tribunal Federal materializado, v.g., no julgamento do AgR, no RE 278348, abaixo transcritos, *in verbis*:

STJ – Súmula 431 – “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.”

EMENTA Segundo agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Pauta de valores. A vedação à utilização das pautas e as hipóteses excepcionais que permitem o arbitramento da base de cálculo pelo Fisco constam de diplomas infraconstitucionais. Eventual desacerto da tese firmada implicaria tão somente uma ofensa reflexa. Contencioso que repousa no âmbito da legalidade.

1. A pauta de valores só é admitida nos casos previstos no art. 148 do CTN, em que, mediante processo regular, seja arbitrada a base de cálculo. Esse dispositivo é empregado quando forem reconhecidamente inidôneos os documentos e as declarações prestados pelo contribuinte.

2. Não merece prosperar a alegação do Fisco de que a ratio decidendi do acórdão recorrido seria a inconstitucionalidade do Convênio nº 66/88. Urge reconhecer que se essa fosse a conclusão do Tribunal de origem, a Corte regional terminaria por reconhecer a não incidência do imposto e não a refutação da pauta de valores.

3. Agravo regimental não provido. (STF-1ª Turma, RE 278348 AgR-segundo, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 05/03/2013, DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013)

Ademais, o próprio STJ, em consonância com a súmula exarada, vem se manifestando de forma rotineira quanto à ilegalidade da pauta, conforme abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. REGIME PRÓPRIO DE SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA (ARTS. 18 E 19 DA LEI 12.153/2009). CABIMENTO DE PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ALCANCE DA SÚMULA 431 DO STJ. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO BASEADO EM PORTARIA ILEGAL INSTITUIDORA DO REGIME DE PAUTA FISCAL (PORTARIA 67/11 DO ESTADO DE MATO GROSSO). SOMENTE LEI PODE ESTABELECEER A FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA DO TRIBUTO E DA SUA BASE DE CÁLCULO (ART. 97 DO CTN). O ARBITRAMENTO DE VALORES PREVISTO NO ART. 148 DO CTN É MODALIDADE DE LANÇAMENTO ADEQUADO SEMPRE QUE OMISSA OU NÃO MEREÇAM FÉ AS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DA L. S. NOVAIS IND. E COM. DE MADEIRAS - EPP PROVIDO. 1. Esta egrégia Corte Superior é competente para conhecer diretamente do pedido de Uniformização em duas situações: (i) quando o dissídio se verificar entre Turmas Recursais de Estados diferentes; e (ii) quando uma Turma Recursal proferir decisão contrária a Súmula do STJ. 2. A reflexão Sumular 431 do STJ se firmou a partir do seguinte raciocínio: é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal. 3. Esse enunciado foi fruto do princípio da reserva legal a que se acha submetida a definição da base de cálculo de impostos. Dispõe o art. 97, IV, do CTN que somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo. Portanto, a base de cálculo do imposto deve estar definida na Lei de regência do respectivo tributo. Daí a ilegalidade do regime da pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo para estipulação da base de cálculo do imposto. Na área do ICMS, é comum o Executivo baixar pauta de valores para diferentes mercadorias, procedendo à sua apreensão quando transportadas junto a notas fiscais com valores

diversos daqueles estabelecidos por atos do Executivo. 4. Vê-se, pois, que a pauta fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo. Não se pode confundi-la com o arbitramento de valores previsto no art. 148 do CTN, modalidade de lançamento, regularmente legítima para a constituição do Crédito Tributário sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou, ainda, os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado. 5. No caso, o fato de existir procedimento administrativo exigindo o registro de contrato de compra e venda em cartório, com firma reconhecida, devidamente homologado pelo Agente Arrecadador-Chefe da Agência Fazendária do domicílio fiscal do remetente, a fim de afastar a base de cálculo dos valores na Lista de Preços Mínimos da Portaria em questão, fere frontalmente a legalidade estrita fiscal. 6. A portaria editada, por si só, é ilegal em sua totalidade, pois não cabe ao Poder Executivo do Ente Federativo instituir pauta fiscal em nenhuma hipótese, mesmo condicionando o afastamento dos valores pré-fixados na pauta fiscal com a apresentação de documentação exigida com formalidade instituída pela portaria em procedimento administrativo. Ora, o procedimento administrativo fiscal previsto na portaria de pauta fiscal não convalida o ato de lançamento para a constituição do Crédito Tributário quando a norma regulamentadora possui vício insuperável de ilegalidade, no dimensionamento econômico do fato gerador. 7. A autoridade Fazendária, no caso, possui meios legítimos para exercer o ato de lançamento fiscal para constituição do Crédito Tributário, qual seja, a modalidade do arbitramento, prescrito no art. 148 do CTN, com o devido processo legal administrativo e contraditório, e ainda as demais legislação complementares a está originárias do poder Legislativo Estatal, porquanto se trata de exação de competência do Estado e Distrito Federal, conforme o art. 155, inciso II, da Carta Magna. 8. Pedido de Uniformização de Interpretação de Jurisprudência da empresa Contribuinte provido. ..EMEN:

(PET 201500945732, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:03/09/2015 ..DTPB:.)

Dessa forma, os artigos relativos à pauta fiscal revelam-se ilegais, devendo ser retirados do texto normativo em nosso entendimento.

**17) Artigo 16º e 32º do PL – Alíquotas - afronta parcial da seletividade em função da essencialidade – energia elétrica, combustíveis e serviços de comunicação**

No que se refere às alíquotas a Ordem manifesta-se no sentido de que o princípio constitucional da seletividade em função da essencialidade resta atendido, exceto, em relação à energia elétrica, combustíveis e serviços de comunicação quando cobrados em patamar superior a alíquota base de 16%. Destacamos que não encontramos alíquota para o óleo diesel.

Para tais mercadorias e serviços, tem-se estabelecida a evidente essencialidade que obrigaria o Executivo a atribuir alíquotas menos gravosas.

Para energia elétrica de classes residencial e rural, com consumo mensal superior a 150 KWh as alíquotas variam de 17% a 27%. Para energia destinada das demais classes, a alíquota estabelecida é de 27%.

Já para combustíveis (exceto álcool etílico hidratado combustível – AEHC), a alíquota fixada é de 25%, assim como, para os serviços de comunicação.

Juridicamente, a questão é bem controversa, em que pese, a Ordem sustente que há afronta ao princípio da seletividade em função da essencialidade, **exclusivamente, para estes produtos e serviços nominados**, restando o princípio plenamente atendido para as demais situações.

A Constituição Federal, em seu artigo 155, parágrafo 2º, III, diz que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias, senão vejamos:

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

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

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

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Pelo referido artigo, determinou a Constituição Federal aos Estados-membros que o imposto sobre circulação de mercadorias, na determinação de sua carga fiscal, deverá levar em consideração a distinção entre bens supérfluos e bens essenciais, de modo que, sejam aplicadas alíquotas diversas a estes, privilegiando-se, claro, os bens essenciais e sua gradação lógica.

Da mesma forma, assim previu a Constituição Estadual de Mato Grosso:

Art. 153 Compete ao Estado instituir:

I - impostos sobre:

(...)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso I, “b”, atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, admitida sua seletividade, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, com o montante cobrado nas anteriores por este ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Ao que nos parece, as palavras “poderá” e “admitida” contidas nos textos constitucionais federal e estadual, não querem dizer que há “faculdade” do ente público em optar ou não pela “seletividade”, pelo contrário, as expressões, consoante farta doutrina e robusta jurisprudência, referem-se a um “poder-dever” do ente público com Poder de Tributar.

De fato, não há como considerar a aplicação do princípio da seletividade como mera faculdade, caso contrário, perderiam a Constituição Federal e a Constituição Estadual seu aspecto cogente e imperativo para tornarem-se mero “sustentáculo de recomendações”, passíveis de observação conforme a conveniência do interessado – ente público.

Sobre este tema de tão grande relevância, ensina o mestre Roque Antonio Carrazza que:

“[...] a Constituição não é mero repositório de recomendações, a serem ou não atendidas, mas um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas, inclusive pelo legislador infraconstitucional.

[...] Convém salientarmos, desde logo, que, a nosso ver, este singelo “poderá” equivale, na verdade, a um peremptório “deverá”. Não se está aí, diante de uma mera faculdade do legislador, mas de uma norma cogente, de observância obrigatória.” (CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 66)

Igualmente, o não menos renomado Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, que assim diz:

“A Constituição não é lugar para se fazer meras recomendações. O Direito não ensina, nem aconselha, simplesmente prescreve.” (Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996, p. 90)

O ilustre José Afonso da Silva, por sua vez, ensina:

“Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos noutro lugar. Todo princípio inserto numa constituição rígida, adquire dimensão jurídica, mesma aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático (...)” (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 80)

Ou seja, sustenta a doutrina mais renomada que não são facultativos os dispositivos contidos no artigo 155, parágrafo 2º, III, da C.F., e artigo 153, parágrafo 2º, I, da C.E/MT, SÃO IMPERATIVOS por tratarem-se de um “poder-dever”.

Corroborando o exposto, Misabel Derzi e Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim disseram:

“A boa Doutrina ensina que, nos sistemas jurídicos em que se consagra o princípio da igualdade e da capacidade econômica, a seletividade impõe-se.

É que nos impostos que repercutem no consumidor, como é caso do ICMS, tornar-se-ia muito difícil, senão impossível, graduar o imposto sobre produtos industrializados ou sobre operações de circulação de mercadorias de acordo com a capacidade econômica da pessoa que adquire o produto ou a mercadoria para o consumo (que afinal é quem suporta o encargo tributário).” (DERZI, Misabel Abreu Machado. Sobre a tributação nas relações de consumo: desvio de finalidades constitucionais, desrespeito aos princípios da neutralidade e da capacidade contributiva. Revista de Direito Tributário nº 78. p. 268-278.)

“Embora o vocábulo “poder” dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de “poder-dever”, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 12ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2000, p. 86)

No caso da energia e dos serviços de telecomunicação especificamente, a questão se encontra judicializada, sendo que o STF afirmará, se o princípio da seletividade para fins do ICMS, é facultativo ou obrigatório, se a energia e os serviços de comunicação são essenciais, se o Estado tem autonomia para estabelecer seu próprio conceito de essencialidade, e se, realmente, verifica-se na prática, a quebra do princípio.

Existem decisões favoráveis e contrárias espalhadas pelo Brasil, sendo que o STJ já se posicionou em definitivo que compete ao STF a decisão final da matéria. Para os serviços de telecomunicação e energia elétrica já houve reconhecimento de repercussão geral (RE 714139), o qual pende de julgamento. Se favorável aos contribuintes será de observação compulsória pelo Estado.

Para que se deixe claro o devido atendimento ao princípio da seletividade em função da essencialidade, recomendamos, ao menos, seja criada uma outra faixa de tributação para os produtos de primeira necessidade, de modo que seja instituída uma alíquota favorecida, uma alíquota base e uma alíquota majorada.



**18) Artigos 17º, 26 e 33 do PL – Autorização por lei das isenções e benefícios fiscais aprovados pelo CONFAZ**

Os artigos em questão possuem a seguinte redação:

As isenções e benefícios fiscais aprovados pelo Conselho Nacional de “Política Fazendária (CONFAZ), em conformidade com os artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal e com a Lei Complementar nº 24, de 1975, deverão ser autorizados por lei, nos termos do parágrafo único do artigo 151 da Constituição Estadual.

Parágrafo único. A concessão de novas isenções e benefícios fiscais ficará sujeita ao cumprimento dos artigos 12 e 14 da Lei Complementar nº 101, de 2000.”

Sem dúvida louvável a disposição do Estado de Mato Grosso ao legalizar seus incentivos fiscais e atender as disposições constitucionais e convênios federais. Mais ainda, louvável a convalidação das isenções e benefícios fiscais aprovados pelo CONFAZ por meio de lei.

Todavia, é necessário se ter atenção e cautela pois, pelo teor das normas citadas, as isenções e benefícios que já se encontram autorizadas pelo CONFAZ e em uso por contribuintes mato-grossenses, necessitarão de lei específica para serem mantidos em vigor, ou seja, o Estado terá que agir junto à Assembleia Legislativa para assegurar que benefícios legais e regulares possam ser mantidos a partir do momento em que a Lei nova passe a surtir efeitos.

Outro ponto que nos chama atenção são os benefícios concedidos sem autorização do CONFAZ. Na versão 3.3. do PL era dito que os mesmos seriam revogados, todavia, no atual PL, a questão restou omissa, sendo que o artigo 17, se V.Exas. forem perceber, nada diz acerca dos incentivos não legitimados.

Trata-se de questão que precisará ser regradada por meio da Lei, sendo necessário, contudo, respeitar-se o direito adquirido e a segurança jurídica daqueles que legitimamente, estão cumprindo com as condições estabelecidas para fruição dos incentivos.



Entendemos como fundamental a criação de regra específica de transição para que os contribuintes em situação regular não tenham seus direitos tolhidos de um dia para o outro. Aplica-se aqui, também, o princípio da não surpresa, de modo que o Estado deve assegurar as modificações estruturadas, com respeito a todos que, em determinado momento, lograram investir no Estado ou aqui apostaram.

**19) Artigo 19º do PL – serviços destinados ao exterior – prestação una e indivisível**

O artigo 19 do PL diz que:

Art. 19 Nos termos do art. 155, § 2º, X, a e b da Constituição Federal, o ICMS não incide sobre serviços prestados a destinatários no exterior, ressalvada a prestação de serviço de transporte executada dentro do território nacional.

A parte final do artigo 19 aparentemente extrapola os comandos constitucionais, na medida em que viabiliza a tributação sobre o trecho do transporte internacional realizado no Brasil, dando a conotação de divisibilidade da prestação.

Ao nosso ver, a prestação de serviços de transporte internacional é indivisível nos casos onde o contratante no exterior não faz contratações segregadas. O transporte Cuiabá-Paris, por exemplo, a despeito de possuir escalas ou conexões, o foi contratado com origem e destino pré-determinados, sendo que a localidade e a necessidade específica de se ter determinada escala ou conexão, não podem ser fatores para determinar a incidência tributária. São questões particulares, operacionais, e que não afetam a natureza jurídica da contratação originalmente promovida.

**20) Artigo 27º, I, do PL – conceituação conforme Lei Geral de Telecomunicações**

O artigo 27, I, do PL diz:

Art. 27 - O ICMS incide sobre:

I – as prestações onerosas de serviços de comunicação, incluindo a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a

repetição e a ampliação da comunicação, por qualquer meio;

Não raro são vistas autuações que confundem e ampliam o conceito de comunicação de modo a tributar serviços que não necessariamente representam serviços de comunicação.

Para definir em lei a tributação, de modo a dar segurança definitiva aos contribuintes e à Sociedade, seria interessante que fosse ajustada a redação do artigo 27 aos ditames contidos nos artigos 60 e 61 da Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97, inclusive definindo que os serviços de valor adicionado não são passíveis de tributação pelo ICMS.

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os



condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

É certo que o artigo 27, inciso I, guarda sintonia com o artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar 87/96, abaixo transcrito:

Art. 2º O imposto incide sobre:

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Isso não quer dizer, contudo, que não é uma grande oportunidade para a legislação esclarecer o que é e o que não é tributável pelo ICMS, observando o teor dos julgados que tiveram a oportunidade de apreciar a questão, incluindo os serviços de valor adicionado. Vejamos:

TRIBUTÁRIO - ICMS - SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - CONCEITO - INCIDÊNCIA - AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO 69/98. 1. Há "serviço de comunicação" quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato "por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza". Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação. 2. A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao "serviço de comunicação" propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98. 3. No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos. À míngua de Lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1º, do CTN). 4. Recurso provido.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 544 DO CPC. ICMS. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE

35

ACESSO A INTERNET. MODALIDADE BANDA LARGA. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ART. 61, § 1º, DA LEI N. 9.472/97. NÃO INCIDÊNCIA. POSICIONAMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. JULGAMENTO DOS ERESP 456.650/PR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 61, caput, prevê: "Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações". 2. O serviço de conexão à Internet, por si só, não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional. Para ter acesso à Internet, o usuário deve conectar-se a um sistema de telefonia ou outro meio eletrônico, este sim, em condições de prestar o serviço de comunicação, ficando sujeito à incidência do ICMS. O provedor, portanto, precisa de uma terceira pessoa que efetue esse serviço, servindo como canal físico, para que, desse modo, fique estabelecido o vínculo comunicacional entre o usuário e a Internet. É ESSE CANAL FÍSICO (EMPRESA DE TELEFONIA OU OUTRO MEIO COMUNICACIONAL) O VERDADEIRO PRESTADOR DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, POIS É ELE QUEM EFETUA A TRANSMISSÃO, EMISSÃO E RECEPÇÃO DE MENSAGENS. 3. A atividade exercida pelo provedor de acesso à Internet configura na realidade, um "serviço de valor adicionado": pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional. 4. (...) E dessa menção ao direito positivo já se percebe que o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde. 5. A função do provedor de acesso à Internet não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço comunicação prestado por outrem. 6. (...). Trata-se, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica, atuando como intermediário entre o usuário final e a Internet. Utiliza-se, nesse sentido, de uma infraestrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações). "O

provimento de acesso não pode ser enquadrado, (...), como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à Internet não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. (...) 7. Consectariamente, o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde, pois seu objetivo não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, o que, nos termos do § 1º, do art. 60, desse diploma legal, é atribuição do serviço de telecomunicação. 8. DESTARTE, A FUNÇÃO DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET NÃO É EFETUAR A COMUNICAÇÃO, MAS APENAS FACILITAR O SERVIÇO COMUNICAÇÃO PRESTADO POR OUTREM, no caso, a companhia telefônica, aproveitando uma rede de comunicação em funcionamento e a ela agregando mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações. 9. O serviço de provedor de acesso à internet não enseja a tributação pelo ICMS, considerando a sua distinção em relação aos serviços de telecomunicações, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS, por tratar-se de serviços de qualquer natureza. 10. Registre-se, ainda, que a lei o considera "serviço", ao passo que, o enquadramento na exação do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN. 11. Deveras, é cediço que a analogia é o primeiro instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN. A analogia é utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica positiva, ampliando-se a lei a casos semelhantes. Sua aplicação, in casu, desmereceria aplausos, uma vez que a inclusão dos serviços de internet no ICMS invadiria, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei. 12. Consectariamente, a cobrança de ICMS sobre serviços prestados pelo provedor de acesso à Internet violaria o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei. 13. No julgamento dos EREsp 456.650/PR, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção, por maioria de votos, negou provimento aos embargos de divergência, fazendo prevalecer o entendimento da Segunda Turma, no sentido de ser indevida a

incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet, sob o fundamento de que esses prestam serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/97, apenas liberando espaço virtual para comunicação. 14. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no Ag 883.278/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 4/3/2008, DJe 5/5/2008) – (grifei).

**21) Artigo 34º, parágrafo único do PL – glosa dos créditos**

O artigo 34, parágrafo único do PL representa um dos mais relevantes à Sociedade, na medida em que traz impacto financeiro representativo para diversos segmentos, além do que, impacta diretamente no aspecto concorrencial.

Referida disposição assim consta:

Art. 34 Fica assegurado ao contribuinte o direito de creditar-se do ICMS cobrado nas operações e/ou prestações anteriores, observadas as limitações impostas pela Lei Complementar nº 87, de 1996, no que se refere aos bens destinados a uso e consumo, à energia elétrica e aos serviços de comunicação.

Parágrafo único. Não será considerado cobrado o imposto, ainda que destacado no documento fiscal, quando a correspondente operação ou prestação tenha sido contemplada com subsídio, incentivo ou benefício de natureza fiscal, financeira ou creditícia, concedido em desacordo com o que dispõe o artigo 155, § 2º, inciso XII, g, da Constituição Federal.

A posição do Estado de Mato Grosso é compreensível sob o ponto de vista da Guerra Fiscal estabelecida entre os diversos entes da Federação, todavia, juridicamente, a glosa de créditos tende a não se sustentar.

O entendimento atual é que a vedação ao crédito, nesta situação específica (de Estados remetentes beneficiários de incentivos não previstos em CONFAZ), encontra contrariedade no posicionamento do STJ, conforme segue:

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS.**

OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESOLUÇÃO 3.166/2001 DA SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESTRIÇÃO AO CREDITAMENTO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL (ICMS) PELO ESTADO DE DESTINO EM FACE DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENCIAÇÃO ENTRE IMPOSTO DEVIDO E RECOLHIDO. 1. Discute-se neste recurso ordinário se o estado de destino pode, com base em ato normativo por ele expedido (Resolução 3.166/2001 da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais), glosar o crédito de ICMS relativo a entrada de mercadoria vinda de outra Unidade da Federação que deixa de recolher o imposto na origem em face da concessão de benefício fiscal. 2. Não é o caso de aplicação da Súmula 266/STF, haja vista que a impetração busca, de forma preventiva, evitar novas autuações relativas à glosa de créditos de ICMS. 3. Deve ser reconhecida a legitimidade passiva do Secretário de Fazenda, pois, na espécie, a violação do direito líquido e certo vindicado pela impetrante decorre diretamente de ato de responsabilidade dessa autoridade (Resolução 3.166/2001 da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais), emitido no intuito de mitigar os efeitos de denominada "guerra fiscal", porquanto "veda a apropriação de crédito de ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos concedidos em desacordo com a legislação de regência do imposto", gerando, portanto, efeitos concretos imediatos em relação ao creditamento do ICMS nas operações interestaduais. 4. Reza o art. 155, § 2º, I, da Constituição que o ICMS "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal". "A expressão montante cobrado, contida na segunda parte do art. 155, § 2º, I, da CF, deve ser juridicamente entendida como montante devido e, não, como montante efetivamente exigido (CARRAZZA, Roque Antonio, in ICMS, 13ª ed., Malheiros, São Paulo: 2009, pg. 358-361). Assim, nos casos em que o benefício fiscal concedido não importa isenção ou não-incidência, o contribuinte faz jus o crédito integral do ICMS devido junto ao estado de origem. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.312.486/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe

17/12/2012; EDcl no RMS 32.937/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 09/03/2012; RMS 31.714/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19/09/2011; RMS 32.453/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/06/2011; REsp 1.125.188/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/05/2010. 5. "Somente iniciativas judiciais, mas nunca as apenas administrativas, poderão regular eventuais conflitos de interesses (legítimos) entre os Estados periféricos e os centrais do sistema tributário nacional, de modo a equilibrar as relações econômicas entre eles, em condições reciprocamente aceitáveis" (RMS 38.041/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 04/11/2013). 6. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AROMS 201303871492, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/12/2014 ..DTPB:.)

Inobstante, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria que hoje pende de decisão (RE 628075 RS).

A Ordem já se posicionou com relação a esta questão no parecer relativo à versão 3.3, reiterando suas razões nesta oportunidade para avaliação dos ilustres Deputados.

## **22) Artigo 38º do PL – glosa dos créditos**

O artigo 38 estabelece a regra do que o ICMS deverá ser apurado mensalmente e pago nos prazos fixados pela legislação tributária. O problema vislumbrado refere-se tão somente à exceção contida no mesmo dispositivo, onde cria-se a possibilidade de ser feita apuração e pagamento à vista, a cada operação ou prestação, por meio de regulamento.

Vide abaixo:

Art. 38 O ICMS será apurado mensalmente e pago nos prazos fixados na legislação tributária, salvo nos casos em que deve ser apurado e pago à vista de cada operação ou prestação, conforme determinado no regulamento.

Sabemos que o Estado até os dias de hoje, se utiliza de sanção política para



pressionar contribuintes ao recolhimento do ICMS quando existentes pendências fiscais em aberto relativas a outros débitos não vinculados àquela determinada operação. Eis a razão pela qual mercadorias são frequentemente paradas nos postos fiscais e os contribuintes autuados a recolher o ICMS, antecipadamente, com penalidades altíssimas.

Ao possibilitar que o regulamento crie condições de pagamento antecipado, por si só, estaria a Lei por conceder salvo conduto ao Executivo para instituir regimes punitivos (ditos cautelares) em função da mera inadimplência fiscal – o que é vedado pelos Tribunais Superiores.

Ora, ilustres deputados, se determinado contribuinte deve determinado tributo, que o fisco venha a cobra-lo legitimamente, mas nunca, coagi-lo a pagar por meio de atos administrativos não ortodoxos.

A OAB-MT combate veementemente esta prática que tolhe direitos constitucionais, revelando-se ditatorial e causa direta de insegurança jurídica, afastando empresas de nosso Estado. Esta prática necessita ser extirpada do mundo jurídico de modo a tornar o ambiente de negócios no Estado saudável e atrativo. Eis a razão pela qual, estas possibilidades devem ser regradas por LEI e não por decreto.

Destacamos que a OAB é absolutamente contra a sonegação, contudo, entende que existem meios próprios para que esta venha a ser combatida. A inadimplência tributária difere tremendamente da sonegação tributária de modo que os contribuintes não podem ser igualados.

**23) Artigo 41º, parágrafo 2º do PL – cronograma da nota fiscal eletrônica – necessidade de seguir o estabelecido a nível federal**

Conforme o parágrafo 2º do artigo 41, cabe a SEFAZ divulgar o cronograma para obrigatoriedade dos documentos fiscais eletrônicos.

Art. 41 Todas as operações e/ou prestações relacionadas ao ICMS, ainda que isentas ou não tributadas, deverão ser escrituradas digitalmente e apoiadas em documentos fiscais eletrônicos.

§ 2º A obrigatoriedade de uso de documento fiscal eletrônico obedecerá o cronograma divulgado pela Secretaria de Fazenda.

Todavia, entendemos que tal procedimento deve guardar relação com o que restou definindo a nível federal, de modo a harmonizar a alteração do Estado com outros entes da Federação.

**24) Artigos 42º a 48º – penalidades – absoluto conflito com a simplicidade demandada pela nova legislação**

A versão 3.3 do projeto, quando de sua divulgação, no tocante as multas, juros da mora e correção monetária, apresentou proposta devidamente adequada a todas as discussões até então travadas com o Governo e com a Fundação Getúlio Vargas no sentido de estabelecer uma legislação revolucionária e simplista, que facilitasse ao intérprete a compreensão de seus termos.

As disposições encontravam-se assim previstas:

**Artigo 83** - O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:

I – falta de pagamento do imposto devido em decorrência de qualquer ação ou omissão do sujeito passivo no cumprimento da obrigação tributária - multa equivalente a XXX% (XXX por cento) do valor do imposto;

II – crédito do imposto em hipótese não permitida pela legislação, incluída a falta de estorno, em decorrência de qualquer ação ou omissão do sujeito passivo no cumprimento da obrigação tributária - multa equivalente a XXX% (XXX por cento) do valor do imposto, sem prejuízo do recolhimento do valor do imposto;

III – falta relativa ao cumprimento de obrigação acessória prevista na legislação em decorrência de qualquer ação ou omissão do sujeito passivo, quando, em razão da mesma hipótese, não estiver caracterizada infração com penalidade prevista nos incisos I e II - multa equivalente a XX% (XX por cento) do valor da operação ou prestação a que se refere a obrigação;

§ 1º - A aplicação das penalidades previstas neste artigo deve ser feita sem prejuízo da exigência do imposto em auto de infração e das providências necessárias à instauração da ação penal cabível, inclusive por crime de desobediência.

§ 2º - Na hipótese do inciso I do *caput*, se a falta de pagamento referir-se a imposto devido por sujeição passiva por substituição, a multa será equivalente a XXX% (XXX por cento) do valor do imposto.

§ 3º - A penalidade a que se refere o inciso II do *caput* é aplicável também à transferência ou recebimento de crédito do imposto entre estabelecimentos ou a sua utilização pelo estabelecimento detentor, em hipótese não permitida pela legislação ou sem observância dos requisitos previstos na legislação.

§ 4º - Na hipótese do inciso III do *caput*: ☐

I - em não estando a infração relacionada com obrigação que envolva operação ou prestação, será aplicada a multa equivalente a 100 (cem) Unidades Padrão Fiscal do Estado de Mato Grosso – UPF/MT.

II – sem prejuízo da imposição ao sujeito passivo e da majoração a que se refere o § 5º, a multa será aplicável também, se for o caso, às pessoas a seguir indicadas que tenham contribuído para a prática da infração:

a) pessoas inscritas ou obrigadas à inscrição no cadastro de contribuintes ou que tomem parte nas operações ou prestações sujeitas ao imposto;

b) os que, embora não contribuintes, prestem serviços a pessoas sujeitas a inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, inclusive as empresas de informática ou técnicos que desenvolvem programas aplicativos para fins fiscais, contábeis ou comerciais.

§ 5º - As multas previstas neste artigo serão majoradas em 50% (cinquenta por cento) na hipótese, isolada ou conjuntamente, de ser constatada ação ou omissão do sujeito passivo:

- I – com evidência de dolo, fraude ou simulação;
- II – que objetive ocultar ou dificultar o conhecimento do fisco acerca de informação necessária para o lançamento do imposto, ainda que em relação a terceiro vinculado ao fato gerador, ou necessária para o controle fiscal das operações ou prestações sujeitas ao imposto.

§ 6º - Ressalvados os casos expressamente previstos, a imposição de multa para uma infração não exclui a aplicação de penalidade fixada para outra, acaso verificada, nem a adoção de demais medidas fiscais cabíveis.

§ 7º - A multa não pode ser inferior ao valor equivalente a 10 (dez) Unidades Padrão Fiscal do Estado de Mato Grosso – UPF/MT.

§ 8º - As multas baseadas em Unidades Padrão Fiscal do Estado de Mato Grosso – UPF/MT:

- I - devem ser calculadas considerando-se o seu valor vigente na data da lavratura do auto de infração;
- II - devem ser convertidas em reais na data da lavratura do auto de infração;
- III - se não recolhidas no prazo estabelecido na legislação, sobre o valor em reais incidirão juros de mora nos termos previstos no inciso II do artigo 88;

§ 9º - As multas previstas neste artigo, excetuadas as expressas em Unidades Padrão Fiscal do Estado de Mato Grosso – UPF/MT, devem ser calculadas sobre os respectivos valores básicos atualizados observando-se o disposto no artigo 88 desta lei.

§ 10 - O valor das multas deve ser arredondado, com desprezo de importância correspondente a fração da unidade monetária.

**Artigo 84** - O pagamento da multa não exime o infrator da obrigação de reparar os danos resultantes da infração, nem o libera do cumprimento de exigência prevista na legislação.

**Artigo 85** - Salvo disposição em contrário, as multas aplicadas nos termos do artigo 83 podem ser reduzidas ou relevadas pelos órgãos julgadores administrativos, exceto quando as infrações:

- I - impliquem falta de pagamento do imposto;
- II - se enquadrem na hipótese do § 5º do artigo 83.
- § 1º - Na hipótese de redução, deve ser observado o limite mínimo previsto no § 7º do artigo 83.
- § 2º - Na reincidência, não poderão ser relevadas as penalidades.
- § 3º - Para efeitos deste artigo, serão, também, examinados o porte econômico e os antecedentes fiscais do contribuinte.

## **Capítulo II □ Da multa moratória**

**Artigo 86** - O valor do imposto declarado ou transcrito pelo fisco, nos termos dos artigos 50 e 52 desta lei, quando não recolhido no prazo estabelecido na legislação, fica sujeito a multa moratória, calculada sobre o valor do imposto ou da parcela, de:

- I - 2% (dois por cento), até o 30º (trigésimo) dia contado da data em que deveria ter sido feito o recolhimento;
- II - 5% (cinco por cento), do 31º (trigésimo primeiro) ao 60º (sexagésimo) dia contado da data em que deveria ter sido feito o recolhimento;
- III - 10% (dez por cento), a partir do 60º (sexagésimo) dia contado da data em que deveria ter sido feito o recolhimento.
- IV - 20% (vinte por cento), a partir da data em que tiver sido inscrito na Dívida Ativa.

§ 1º - A multa prevista neste artigo, na hipótese de parcelamento de débito fiscal, será calculada até a data em que for protocolado o respectivo pedido.

§ 2º - O disposto neste artigo aplica-se aos demais débitos fiscais relativos ao imposto, enquanto não exigidos por meio de auto de infração.

**Artigo 87** - O contribuinte que procurar a repartição fiscal, antes de qualquer procedimento do fisco, para sanar irregularidade relacionada com o cumprimento de obrigação pertinente ao imposto fica a salvo das penalidades previstas no artigo 83, desde que a irregularidade seja sanada no prazo cominado.

§ 1º - Tratando-se de infração que implique falta de pagamento do imposto, aplicam-se as disposições deste capítulo.

§ 2º - Para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do infrator, considera-se iniciado o procedimento fiscal:

I - com a notificação, intimação, lavratura de termo de início de fiscalização ou de auto de infração;

II - com a lavratura de termo de apreensão de mercadoria, documento ou livro ou de notificação para sua apresentação.

§ 3º - O início do procedimento alcança todo aquele que esteja envolvido na infração apurada pela ação fiscal.

§ 4º - A critério da Secretaria da Fazenda, o contribuinte poderá ser comunicado sobre divergências ou inconsistências identificadas entre as informações por ele prestadas ao fisco e as informações prestadas por terceiros, recebidas ou coletadas pelo fisco no exercício regular de sua atividade, hipótese em que ficará a salvo das penalidades previstas no artigo 83 desta lei, desde que sane a irregularidade no prazo indicado na comunicação.

### **Capítulo III Dos Juros de Mora**

**Artigo 88** - O montante do imposto ou da multa, aplicada nos termos do artigo 83 desta lei, fica sujeito a juros de mora, que incidem:

I - relativamente ao imposto:

a) a partir do dia seguinte ao do vencimento, caso se trate de imposto declarado ou transcrito pelo fisco, nos termos dos artigos 50 e 52 desta lei, ou de imposto exigido em auto de infração na hipótese do inciso I do artigo 83 desta lei ou, na mesma hipótese do inciso I, se for o caso:

1 - a partir do dia seguinte ao último do período abrangido pelo levantamento efetuado pelo fisco para apurar falta de pagamento do imposto por omissão de receita;

2 - a partir do dia seguinte àquele em que ocorra a falta de pagamento, nas demais hipóteses;

b) a partir do mês em que, desconsiderada a importância creditada, o saldo tornar-se devedor, caso se trate de imposto exigido em auto de infração na hipótese do inciso II do artigo 83 desta lei;

II - relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 83 desta lei, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.

§ 1º - A taxa de juros de mora é equivalente:

I - por mês, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente;

II - por fração, a 1% (um por cento). § 2º - Considera-se, para efeito deste artigo: I - mês, o período iniciado no dia 1º e findo no respectivo último dia útil;

III - fração, qualquer período de tempo inferior a um mês, ainda que igual a um dia.

§ 3º - Ocorrendo a extinção, substituição ou modificação da taxa prevista no inciso I do § 1º, o Poder Executivo adotará outro indicador oficial que reflita o custo do crédito no mercado financeiro.

§ 4º - Em nenhuma hipótese, a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior a 1% (um por cento) ao mês.

§ 5º - O valor dos juros deve ser fixado e exigido na data do pagamento do débito fiscal, incluindo-se esse dia.

§ 6º - Na hipótese de auto de infração, pode o regulamento dispor que a fixação do valor dos juros se faça em mais de um momento.

§ 7º - A Secretaria da Fazenda divulgará, mensalmente, a taxa a que se refere este artigo.

Estranhamente, em total descompasso com a simplicidade, que é um dos pilares da presente Reforma Tributária o novo PL 463/2016 estabeleceu por meio dos artigos 42 a 48, nada mais, nada menos do que 15 páginas de infrações minuciosas, capituladas individualmente, em um projeto que tem um total de 36 páginas.

Vale dizer, 41% (quarenta e um por cento) da nova legislação proposta diz respeito a penalidades, majorando o número de palavras constantes do texto, ferindo assim referencial de redução que havia sido discutido não em uma mas em várias reuniões com segmentos, entidades de classe, FGV e Governo.

Não é factível, muito menos crível, considerar a vasta gama de penalidades extremamente específicas em um projeto revolucionários como o presente, ainda mais depois de tudo o que foi dito e discutido.

A redação das penalidades, da forma como feita, reproduz a legislação atual e representa um retrocesso sem tamanho. Mais que isso, traz consigo novamente a falta de objetividade e clareza que se busca, podendo ainda, ferir a própria legislação posto que são capituladas infrações que sequer sabe-se, pelo PL, que serão efetivamente infrações.

O temerário artigo 47 do PL, em verdade, traz a tona o emaranhado de normativos antes previstos, os quais, poderiam ser simplificados tal como constavam da versão 3.3.

Certo é que, a retroatividade benigna constante do artigo 106, II, "c", será aplicada quando for estabelecida penalidade menos gravosa ao contribuinte, todavia, a retroatividade poderá ser restrita à penalidade imposta por tipo de obrigação.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Como explicado pela Fundação Getúlio Vargas em suas apresentações, a penalidade estabelecida para o descumprimento de obrigações principais retroagirá a estas, independentemente de suas circunstâncias, igualmente, a penalidade estabelecida para as obrigações acessórias, retroagirá até o limite de sua redução para todo este grupo, não havendo necessidade de estabelecer as mesmas capitulações e previsões da legislação anterior.

Desta forma, a OAB-MT optou por não se manifestar individualmente sobre



cada uma das penalidades, vez que, no seu entender, referidas disposições estão fadadas ao fracasso em função da nova técnica legislativa que ora se estabelece, calcada no artigo 2, I, do próprio PL, assim disposto:

Art. 2º A presente lei instaura modelo que deve privilegiar de forma contínua e crescente os seguintes valores jurídicos eleitos pelo cidadão de Mato Grosso:

**I – simplicidade para o contribuinte pagar o ICMS e cumprir as obrigações acessórias;**

Os novos tempos não possibilitam mais a burocratização e a complexidade das normas e as disposições atuais do PL, ao menos, no que se refere a multas, juros e correção monetária que se encontram descompassadas do novo modelo.

Por esta razão, a OAB-MT manifesta-se pela manutenção irrestrita das disposições contidas na versão 3.3. do PL, antes apresentada, a qual representa a nova tendência de simplificação que se pretende instituir.

Referida proposta, saliente-se, pune aqueles que se furtam às suas obrigações fiscais, zela pela denuncia espontânea de ilícitos, estabelece premissas razoáveis de punibilidade, agrava penalidades para aqueles que se utilizam de dolo, fraude ou simulação, ou ainda, esconda informações relevantes, tudo isso, dentro de uma cenário factível e seguro, tanto para o Governo como para os contribuintes.

**25) Artigo 49º – lançamento de ofício**

O artigo 49 refere-se eminentemente ao lançamento de ofício que potencialmente pode ser lavrado pelas autoridades fiscais, já que o lançamento regular do ICMS, mensalmente, se dará sob a forma de homologação, ou seja, por meio de declaração prestada pelos contribuintes.

A disposição consta da seguinte forma:

Art. 49 A autoridade administrativa competente lavrará o instrumento de constituição do crédito tributário, demonstrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinando a matéria tributável, calculando o montante do tributo devido, identificando o

49

sujeito passivo e propondo a aplicação da penalidade

Referida previsão basicamente reproduziu os ditames do artigo 142 do CTN, que diz:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ocorre que os casos de lançamento de ofício estão contidos no artigo 149 do CTN, devendo suas disposições serem observadas compulsoriamente, nos termos que seguem:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Com o fito de esclarecer tal procedimento, as disposições do artigo 149 do CTN poderiam ser incluídas na legislação, ou ao menos, que fosse feita referencia no caput do art. 49 aos preceitos dos artigos 142 c/c 149 do CTN.

## **26) Artigo 61º – Revogação parcial da Lei 7.098/98**

Conforme se verifica do artigo 61, a Lei 7.098/98 não foi inteiramente revogada. A justificativa para tanto, foi a de que existiram políticas tributárias nela contidas que deveriam constar de lei nova, como diretrizes de conduta.

Todavia, a prática não demonstra bem isso.

Vários artigos que não foram revogados não se referem a qualquer política tributária, pelo contrário, se referem a procedimentos que buscaram ser equalizados pela nova Lei.

Exemplo disso, é a não revogação dos artigos 18-A a 18-C, que tratam de responsabilidades tributárias, os quais, conflitam diretamente com os artigos 21 e 30 do PL que tratam do mesmo assunto.

**Art. 18-A** São também solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

- I – o possuidor das mercadorias ou bens, como aquele que as tenha fornecido, quando encontrados em situação fiscal irregular;
- II – o emitente de documento fiscal gracioso, com aquele que o tenha utilizado, relativamente ao aproveitamento de crédito destacado em documento que não corresponda a uma efetiva operação ou prestação;
- III – o remetente, com os operadores subseqüentes, relativamente às operações por estes promovidas, com as mercadorias ou bens saídos



de seu estabelecimento sem documentação fiscal;  
IV – o exportador, ou aquele a ele equiparado, inclusive entreposto aduaneiro, ou outra pessoa interessada, com o remetente, em relação à:

a) mercadoria não exportada e para esse fim recebida, inclusive quanto à prestação de serviço de transporte vinculada à operação;

b) saída de mercadoria para o exterior, sem documentação fiscal;

V – o entreposto aduaneiro, ou outra pessoa interessada:

a) com o destinatário, em relação à entrega de mercadoria ou bem importado do exterior sem comprovação de sua regularidade fiscal;

b) com quem o receber, em relação a bem ou mercadoria entregue a estabelecimento diverso daquele que tenha efetuado a importação;

VI – a pessoa jurídica que resultar da cisão, com a pessoa jurídica cindida, relativamente a imposto devido até a data do ato;

VII – o arrendante ou locador de estabelecimento industrial, com o arrendatário ou locatário, em relação ao imposto devido em decorrência das operações por ele praticadas.

VIII – as pessoas referidas nas hipóteses e operações a que se referem os Arts. 18 a 22 desta lei.

**Art. 18-B** Também responderão solidariamente com o contribuinte usuário, inclusive pelo crédito tributário que vier a ser apurado, o fabricante e o importador de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, o revendedor, a empresa que realizar intervenção no equipamento, ainda que não credenciada, e o desenvolvedor ou fornecedor do programa aplicativo, nos casos de:

I – uso, por contribuinte usuário deste Estado, de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF que não atenda aos requisitos e exigências estabelecidos no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ e pela legislação tributária para o desenvolvimento do equipamento e seus aplicativos ou que permita a realização de fraudes ou sonegação de tributos;

II – utilização, por contribuinte usuário deste Estado, de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF cuja comercialização, uso ou cessação de uso não tenham sido comunicados por meio do Sistema ECF;

III – não-recolhimento dos tributos devidos, em razão de fraude, alteração ou manipulação de dados que deveriam ser armazenados na memória fiscal do equipamento;

IV – não-recolhimento dos tributos devidos, em razão de erros

detectados nos equipamentos, ainda que estes já tenham sido autorizados para uso fiscal;

V – alteração da situação tributária dos totalizadores parciais em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, do tipo ECF-MR, sem anuência do fisco;

VI – uso de equipamento que prejudique os controles fiscais ou acarrete prejuízo ao Erário, ainda que decorra de simples defeito de fabricação;

VII – inobservância das normas estabelecidas nesta lei, seu regulamento e demais atos da legislação tributária.

§ 1º Nas hipóteses previstas no *caput*, o fabricante ou importador fica também responsável pela correção de erros detectados em equipamento emissor de cupom fiscal – ECF, ainda que já autorizados para uso fiscal.

§ 2º O fabricante e o importador de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, bem como os estabelecimentos revendedores e os credenciados para realização de suas intervenções técnicas, respondem solidariamente com o contribuinte usuário, inclusive por eventual crédito tributário que vier a ser apurado, quando deixarem de prestar informações relativas à comercialização e às intervenções de uso ou de cessação de uso do equipamento.

§ 3º A solidariedade estabelecida neste artigo não exclui a aplicação das penalidades cabíveis ao fabricante, importador, revendedor, empresa que realizar intervenção no equipamento, ainda que não credenciada, ou ao desenvolvedor ou fornecedor do programa aplicativo.

**Art. 18-C** Responde solidariamente com o sujeito passivo pelas infrações praticadas, em relação às disposições desta lei e demais obrigações contidas na legislação tributária, o profissional de Contabilidade, responsável pela escrituração fiscal e/ou contábil do contribuinte, no que pertine a prestação de informações com omissão ou falsidade.

**Parágrafo único** Respondem, também, solidariamente com o sujeito passivo pelas infrações praticadas, em relação às disposições desta lei e demais obrigações contidas na legislação tributária, no que se refere

à prestação de informações com omissão ou falsidade, o administrador, o advogado, o economista, o correspondente fiscal, o preposto, bem como toda pessoa que concorra ou intervenha, ativa ou passivamente, no cumprimento da referida obrigação.

Igual situação ocorre com a não revogação do artigo 39-B que estabelece diversas formas de constituição do crédito tributário, de ofício, como regra, quando foi estabelecido pelo projeto, de forma clara e taxativa, que o crédito tributário será constituído por declaração do sujeito passivo e caso ausente, de ofício, com o que deve respeitar o artigo 149 do CTN.

**Art. 39-B** Reger-se-á pelo disposto neste artigo, seu regulamento e legislação complementar, o crédito tributário formalizado em Aviso de Cobrança Fazendária, Notificação de Lançamento, Aviso de Cobrança da Conta Corrente Fiscal, Documento de Arrecadação, Termo de Intimação ou Termo de Apreensão e Depósito, para exigência do imposto, acréscimos legais, multa moratória ou penalidade correspondente, pertinente a obrigação tributária do imposto.

Outro descompasso é a não revogação do artigo 31, em especial o parágrafo 3º, que permite a cobrança do ICMS na entrada, com determinação por regulamento, cujos efeitos representam verdadeiro descrédito à Reforma que ora se desenha. Vejamos:

**Art. 31** Ressalvado o disposto no § 2º, o imposto será espontaneamente lançado pelo contribuinte nos seus livros e documentos fiscais com a descrição das operações e prestações na forma disciplinada no regulamento.

§ 1º O imposto apurado na forma referida no *caput* será declarado pelo contribuinte em consonância com o preconizado no inciso X do artigo 17.

§ 2º A atividade referida no *caput* é de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeita a posterior homologação pela autoridade fiscal.

§ 3º O pagamento do imposto poderá também ser exigido, na forma que dispuser o regulamento, sobre operações e prestações, por ocasião

da entrada no Estado:

I - de mercadorias, provenientes de outras unidades da federação ou do exterior, destinadas a contribuintes do Estado;

II - de mercadorias e bens, e o respectivo serviço de transporte, provenientes de outros Estados, destinados ao uso e consumo ou ao ativo permanente de estabelecimento contribuinte.

Ao serem mantidas disposições como as acima, a Reforma Tributária e todo o esforço da Sociedade podem não atingir sua finalidade posto que, continuará o Executivo a legislar por regulamentos e pior, amparados em lei autorizativa.

A não revogação total da Lei 7.098/98 manterá o emaranhado normativo e não fará da nova lei **o veículo normativo exclusivo para o cidadão, contribuinte e consumidor**, como preceituado no parágrafo único do artigo 1º do PL em questão, abaixo transcrito:

Art. 1º Fica instituído, no território mato-grossense, com base no artigo 155, II, da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Parágrafo único. **Esta Lei é o veículo normativo exclusivo para o cidadão, contribuinte e consumidor do Estado de Mato Grosso**, estabelecer a incidência do ICMS, em conformidade com a garantia do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que prescreve que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.

Por essas e outras a Ordem defende a revogação integral da Lei 7.098/98, devendo, se for o caso, que as alegadas políticas tributárias sejam transpassadas para a nova Lei, autorizando a revogação expressa de todo conteúdo legislativo que conflite ou que não guarde relação lógica e jurídica com a nova legislação.

Novamente é fundamental frisar que a outorga de delegação de poderes irrestrita ao Poder Executivo já foi tida como inconstitucional pelo STF.

Tão relevante é o assunto que o Ministro Celso de Mello, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, não mediu palavras para combater esta prática, especialmente em casos onde há reserva de lei, senão vejamos:

**“(...) A essência do direito tributário - respeitados os postulados fixados pela própria Constituição - reside na integral submissão do poder estatal a rule of law. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da Republica, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributaria. (...) A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primaria, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei. - Não basta, para que se legitime a atividade estatal, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstendo-se de agir ultra vires, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado - como o Poder Executivo - produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. (...)”**

(ADI-MC 1296, CELSO DE MELLO, STF)

Por isso, todas as portas devem ser fechadas para que o sistema atenda sua finalidade. Este foi o intuito da Reforma Tributária e este é objetivo a ser perseguido, com o que a OAB-MT conta com o empenho dos ilustres deputados.



**27) Artigo 4º c/c Artigo 38º do PL – existência do aspecto temporal para fins de cobrança do ICMS**

É entendimento da OAB-MT que o artigo 38 do PL representa o aspecto temporal para fins de exigência do ICMS, em complemento ao artigo 4º que trata da incidência do imposto. Desta forma, não vemos ilegalidade na composição dos aspectos necessários para fins de cobrança do ICMS. Tal questão restou debatida em nossas Comissões posto que, foi aventada a hipótese do artigo 4º não ter sido desenhado de forma completa para autorizar as cobranças fiscais.

\* \* \*

Sendo estas considerações que temos, saudamos os ilustres deputados, desejando um ótimo trabalho nesta árdua missão.

A Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Mato Grosso, coloca-se à disposição do nobre Parlamento para esclarecer quaisquer dos pontos acima elencados.

