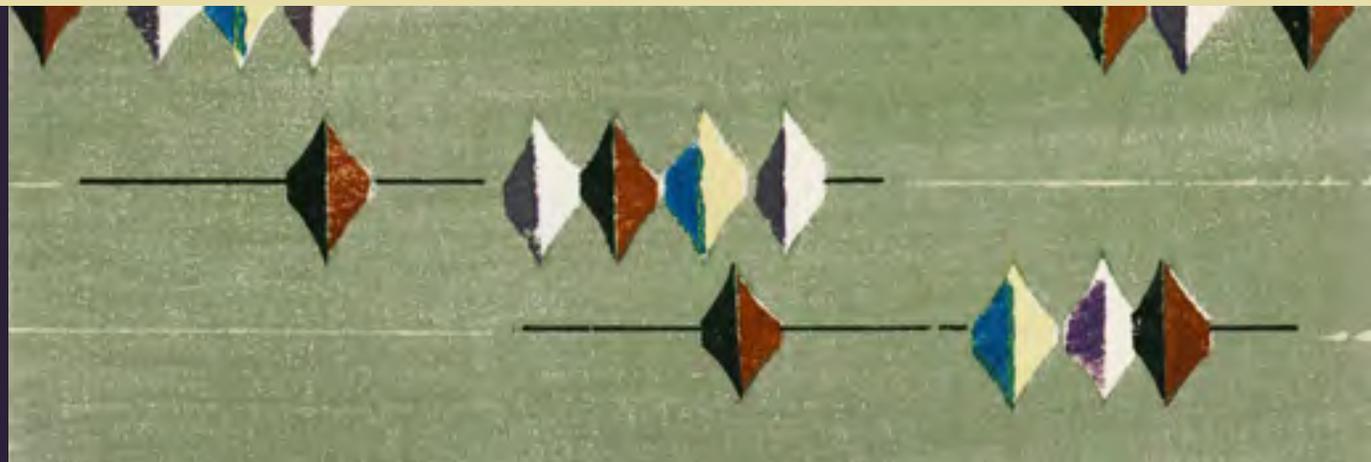

**Voto de qualidade no
processo administrativo
fiscal federal**

"NA DÚVIDA, DEVE PREVALECER A
INTERPRETAÇÃO DO CONTRIBUINTE."
(IVES GANDRA MARTINS)

Direito Contemporâneo
#6

jun . jul

2022



DISCUSSÕES EM PAUTA

Ives Gandra Martins é presidente do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP



O 6º BOLETIM DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO contém três matérias de real interesse para empresários e contribuintes brasileiros.

A primeira diz respeito à posição assumida pelo Conselho em relação à discussão no STF sobre se seria ou não constitucional a Lei nº 13.988/2020, que prevê, no âmbito do CARF, o desempate das decisões a favor do contribuinte. Há de se considerar que, independentemente dessa lei, pelo artigo 112 do CTN, em caso de dúvida – e nos empates na votação a dúvida é inequívoca –, o presidente necessariamente deveria decidir a favor do contribuinte. Neste sentido, é clara a dicção do artigo 112:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

- I. à capitulação legal do fato;*
- II. à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;*
- III. à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;*
- IV. à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

Um segundo tema de relevância é o da criação de SAFs (Sociedades Anônimas de Futebol) com tributação incentivada, com parcela ponderável de Conselheiros opinando favoravelmente. O Conselheiro Sálvio Spínola foi o relator da matéria, com clara exposição a respeito.

Por fim, o Conselheiro Kiyoshi Harada teceu comentários sobre o ICMS, principalmente na incidência sobre combustíveis.

Os três temas foram debatidos, tendo o Conselho Superior de Direito enviado às autoridades seu posicionamento sobre cada um deles.

Capa

Voto de qualidade no processo administrativo fiscal federal

“Na dúvida, deve prevalecer a interpretação do contribuinte”.

CRÉDITO DE IMAGEM:
FURUYA KORIN (1904)

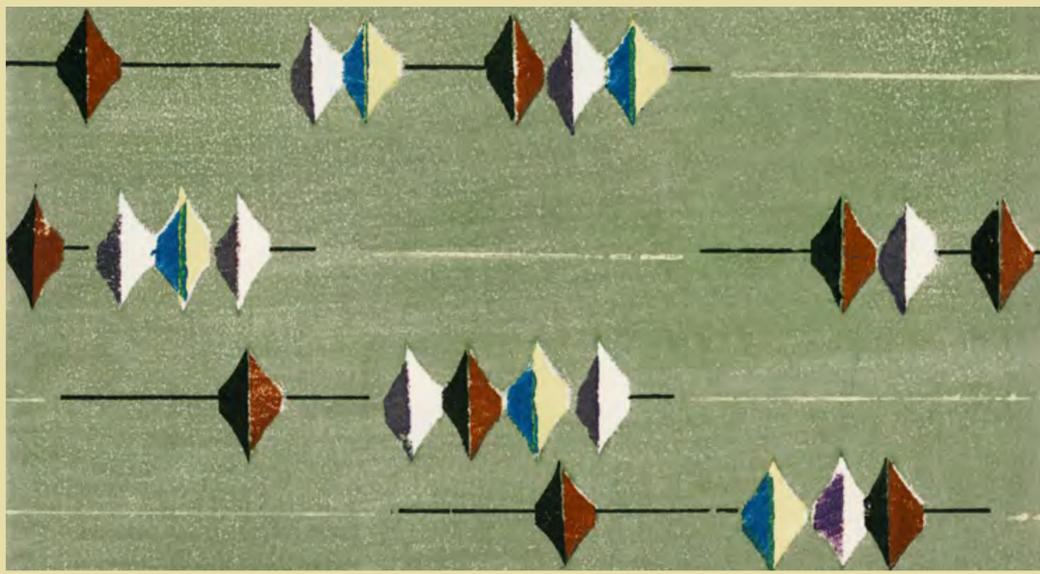
DESDE O DIA 23 DE MARÇO DE 2022, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) reabriu a discussão acerca da constitucionalidade (ou não) do voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), o tema tem ganhado forte repercussão nos ambientes de discussão, sobretudo por profissionais da área Tributária.

Uma das interpretações em destaque é a do presidente do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP), Ives Gandra Martins. O jurista e especialista tributário, durante recente reunião do conselho, expôs de maneira clara o seu posicionamento sobre o assunto.

“Convivi, durante sete ou oito anos após minha formatura, com todos os profissionais que formataram o sistema tributário nacional e que, de certa forma, é o que nós temos até hoje. Quando se discutiu a interpretação do Direito Tributário, toda a preocupação daqueles que formataram o código era dar possibilidade de o contribuinte ter um tratamento adequado, porque, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, o governo cobra mais que o necessário para prestar serviço público de um lado e, de outro, manter as benesses daqueles que detêm o poder”.

A partir deste pensamento, Gandra Martins reforça que “em caso de dúvidas de interpretação, a mais adequada – e que tem que prevalecer – é a do contribuinte”.

Segundo ele, os dispostos nos artigos 107 ao 112 do Código Nacional Tributário (CTN/1966) deram “instrumentos de interpretação para que o contribuinte não fosse encostado contra a parede e caísse numa curra fiscal”.



Antes de 2020, o voto de qualidade era aplicado em casos de empates no Carf, cujo presidente da turma tinha o direito de decidir, sendo este sempre um representante do Fisco. A partir daquele ano, no entanto, a Lei do Contribuinte Legal (Lei 13.988/20) acrescentou o artigo 19-E na Lei nº 10.522/02, estabelecendo que os empates fossem decididos em prol do contribuinte.

O presidente do CSD é enfático ao afirmar que “quando há uma decisão, um julgamento no qual existam quatro conselheiros de um lado e quatro de outro, é evidente que a dúvida está colocada. A interpretação terá de ser necessariamente a favor do contribuinte. É o mesmo princípio do direito penal, aliás, por ser uma norma de rejeição social, a tipicidade teria de ser não flexível”.

E continua: “O argumento de que o julgamento administrativo em segunda instância, pelo artigo 145 do código, é um mero processo revisional, e, portanto, o lançamento só se daria quando terminasse o processo administrativo, diz respeito a normas, processos e procedimentos administrativos. Isso, porque a lei de interpretação, qualquer que seja o processo votado, é aquele que terá de prevalecer por força. Porque o legislador complementar, aquele que deu eficácia de lei complementar ao Código Tributário Nacional, criou um capítulo só de interpretação (do artigo 107 ao 112)”.

Para Gandra Martins, “o que o STF deve analisar é que há normas de interpretação no Direito Tributário. Todo o código tributário é interpretado com base nas normas colocadas nos artigos 107 ao 112, sendo que este último fala que, em caso de dúvidas, deve prevalecer a que será favorável ao contribuinte. E quando há ‘quatro a quatro’, não se pode interpretar contra o contribuinte alguém que é do Fisco e ocupa a presidência do Carf”.

O jurista destaca sua visão sob os prismas constitucional e parlamentar, chamando atenção para as discussões desde a formulação do anteprojeto do CTN, quando ele reforça a preocupação dos seus idealizadores “em dar garantia ao contribuinte contra o poder tentacular, porque ele [o poder] sempre administra recursos escassos, avançando contra o patrimônio do contribuinte”.

Durante sua apresentação, Gandra Martins citou como exemplo três modelos constitucionais que buscam o equilíbrio entre poder e cidadania, como acontece na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França.

Sobre a possibilidade de a Fazenda Nacional recorrer à Justiça caso perca no Carf, de uma vez o voto do ministro Luís Roberto Barroso, o presidente do CSD explica que “o direito ao recurso cabe ainda na fase administrativa. No momento em que o julgamento é decidido, aquele é o lançamento definitivo. É como se o Supremo permitisse que a Justiça reabrisse o seu poder de lançador. Ora, só a administração pública pode fazer lançamento, jamais o Poder Judiciário. O que nós temos quando há um julgamento definitivo no Carf? Segurança jurídica. Agora, um cidadão que sai para um lançamento, mesmo ganhando lá na frente, sabe que deverá passar pela primeira, segunda, terceira e quarta instâncias. Terá de esperar anos para ver esta decisão ser confirmada, o que causaria uma insegurança jurídica monumental, porque todas as decisões estariam sujeitas a uma recomposição e reanálise por parte do Poder Judiciário. —

“Quando há uma decisão, um julgamento no qual existam quatro conselheiros de um lado e quatro de outro, é evidente que a dúvida está colocada. A interpretação terá de ser necessariamente a favor do contribuinte.”

Pensata

Lei da SAF propõe a modernização do futebol: uma análise sob o ponto de vista jurídico-empresarial

A Lei 14.193/21 ou Lei da SAF (Sociedade Anônima do Futebol) foi tema de destaque da reunião de abril do CSD da FecomercioSP. Quem conduziu o assunto foi o conselheiro Sálvio Spinola Fagundes Junior.

SÁLVIO SPINOLA FAGUNDES JUNIOR é membro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP e sócio do escritório Cremonezi Spinola Advogados LTDA.

SOB SUA ANÁLISE, A CONVERSÃO DO PROJETO DE LEI (PL) 5.516/19 na Lei da SAF, com mais de 30 emendas, trará uma série de benefícios à sociedade civil do futebol. A primeira delas – e a principal – é o fato de não ser obrigatória. “Só caminhou na tramitação porque em nenhum momento houve sua obrigatoriedade”, explicou o advogado.

O convidado citou a frase do senador Carlos Portinho, relator do PL 5.516/19: “O futebol não pode ficar só nas páginas do esporte, mas ir para as páginas de economia também”.

A partir deste pensamento, Fagundes Junior defendeu a modernização do futebol por meio da Lei da SAF, que permite aos clubes de futebol serem transformados em empresas, tendo como principal atividade econômica a participação em campeonatos profissionais.

“Existem vários estudos que mostram que temos de tratar o futebol como uma atividade empresarial, como um negócio, porque, hoje, representa praticamente 1% do PIB nacional”, diz.

Segundo ele, a sanção desta nova lei, em agosto de 2021, representa um marco no futebol brasileiro. “A Lei da SAF tende a ser um marco legal, porque não há imposição, simplesmente é uma adesão, com a opção de investimentos estrangeiros e mais segurança jurídica.”

O presidente do CSD, Ives Gandra Martins, também se mostrou favorável à lei, ressaltando: “Na minha visão, se não tiver a transformação [dos clubes] em empresas, teremos grandes dificuldades de fazer com que os times brasileiros ganhem expressão”. Gandra Martins ainda citou a profissionalização do futebol europeu, que já conta com um formato empresarial e toda a estrutura que compete a este modelo.

A questão da alíquota aplicada aos clubes que aderirem à lei (4% da receita nos primeiros cinco anos e, a partir do quinto, 5% da receita) está entre as vantagens, sendo este modelo comparado ao “Simples Nacional do futebol”, de acordo com o conselheiro. Esta porcentagem sobre a receita, na visão de Gandra Martins, será um atrativo para investidores e reforça, ainda, que o clube não será despersonalizado. “O clube não perderá a sua marca, o seu rigor.”

Outro ponto de destaque é o fato de que, a partir do momento que um clube opta por uma composição societária, esta nova empresa passa a assumir o passivo, previsto na lei. Segundo Fagundes Junior, esta conversão contempla uma carência para que o passivo daquele determinado clube seja liquidado.

Ele ainda cita a Lei Pelé, que, ao contrário do que acontece com a SAF, não previa um regime tributário diferenciado, tornando a proposta inviável.

Por fim, a implantação de uma política de governança – uma vez que os clubes estiverem atuando no modelo corporativo – integrará as vantagens da SAF, que, somada a técnicas de gestão, fará desta indústria [do entretenimento] um gerador de negócios e investimentos. —

Ponto de vista

EXAME DA LEI COMPLEMENTAR 192/2022, QUE REGULAMENTA A TRIBUTAÇÃO MONOFÁSICA DO ICMS INCIDENTE SOBRE OS COMBUSTÍVEIS*

KIYOSHI HARADA é professor de Direito Financeiro e Tributário. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (Ibedaft) e ex-procurador-chefe da Consultoria Jurídica do município de São Paulo.

*O texto original deste artigo foi publicado no Portal Migalhas, edição 5.308, de 14 de março de 2022. A presente versão foi revista à luz do § 4º, do art. 155, da CF e examinada à luz do critério temporal para afastar conflitos de normas constitucionais.

COM O AGRAVAMENTO DA CRISE DO COMBUSTÍVEL, decorrente da guerra entre a Ucrânia e a Rússia, governo e Congresso Nacional se apressaram em aprovar, em poucos dias, a tributação única incidente nas operações com combustíveis e lubrificantes referidos no art. 155, § 2º, inciso XII, letra “h” da Constituição Federal.

O PLC 11/2020, originário do Senado Federal, foi aprovado no dia 10 de março de 2022. No dia seguinte, foi aprovado na Câmara dos Deputados, sendo sancionado no mesmo dia (11/3) como Lei Complementar 192.

Tratou-se de uma celeridade inusitada logrando a aprovação e sanção de uma lei complementar, que exige o quorum qualificado em cada uma das casas legislativas, em menos de três dias.

Isso prova que, em havendo vontade política, tudo é possível, ao contrário dos projetos legislativos para regular a tributação pelo ITCMD de doações e heranças provenientes do exterior, que têm se arrastado nos escaninhos do Congresso Nacional por mais de três décadas. A omissão legislativa tem provocado litígios permanentes e sangria considerável nos cofres estaduais.

Todavia, esta lei complementar não regulou por inteiro o disposto na letra “h” do inciso XII retrorreferido – que alude, também, a lubrificantes. O legislador preferiu deixar a questão dos lubrificantes para outra oportunidade, tendo em vista a urgência reclamada em relação à política tributária dos combustíveis.

Analisemos em rápidas pinceladas os principais aspectos da Lei Complementar 192/2022, que padece dos vícios incuráveis da inconstitucionalidade.

A Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, alínea “h”, prescreve:

“XII - cabe à lei complementar:

[...]

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, ‘b;’ (inclusa pela Emenda Constitucional 33, de 2001) (Vide Emenda Constitucional 33, de 2001).

O inciso X, ‘b’, por sua vez, dispõe:

“X - não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;”

O art. 1º da lei sob comento instituiu o regime de tributação monofásica do ICMS em relação às operações com combustíveis.

O art. 2º, por sua vez, define os combustíveis a serem submetidos ao regime de incidência única na cadeia de circulação de mercadorias:

“Art. 2º Os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o ICMS, qualquer que seja sua finalidade, são os seguintes:

I - gasolina e etanol anidro combustível;

II - diesel e biodiesel; e

III - gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural”.

A seu turno, reza o art. 3º desta lei:

“Art. 3º Para a incidência do ICMS nos termos desta lei complementar, será observado o seguinte:

I - não se aplicará o disposto na alínea ‘b’, do inciso X, do § 2º, do art. 155, da Constituição Federal;

II - nas operações com os combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

III - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com combustíveis não incluídos no inciso II deste caput, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

IV - nas operações interestaduais com combustíveis não incluídos no inciso II deste caput, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem;

V - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos da alínea ‘g’, do inciso XII, do § 2º, do art. 155, da Constituição Federal, observado o seguinte:

a) serão uniformes em todo o território nacional e poderão ser diferenciadas por produto;

b) serão específicas (ad rem), por unidade de medida adotada, nos termos do § 4º, do art. 155, da Constituição Federal; e

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas no mesmo exercício financeiro, observado o disposto na alínea ‘c’, do inciso III, do caput do art. 150, da Constituição Federal.”

Como se verifica, com a implantação do regime de tributação monofásica dos combustíveis, fica afastada a aplicação do art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” da Constituição Federal (operação interestadual com petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica). A lei complementar sob análise nada mais fez do que repetir o que expresso está no já citado art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “h” da CF.

Doravante os combustíveis definidos nos incisos I a IV do art. 2º, deverão sofrer tributação única por ocasião da saída dos combustíveis do estabelecimento do produtor e daqueles que lhe sejam equiparados e por ocasião do desembarço aduaneiro, na hipótese de importação (art. 4º e 5º).

A tributação pelo ICMS nas operações com combustíveis derivados de petróleo ocorre no Estado onde correr o consumo (inciso II, do art. 3º). Preservou-se o princípio de favorecimento do Estado consumidor proclamado pelo STF de longa data. A maioria dos Estados não é produtora de petróleo.

Entretanto, os incisos III e IV deste art. 3º, em relação a combustíveis não derivados do petróleo, estabelecem regimes de tributação monofásica diferenciada, conforme o destinatário em outro Estado seja contribuinte (ou não) do ICMS.

No caso de operações interestaduais entre contribuintes, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias (inciso III).

Na hipótese de operações com combustíveis não derivados de petróleo destinados a não contribuintes situados em outro Estado, o imposto caberá ao Estado de origem (inciso IV). E aqui reside a nota discordante, na medida em que conflita abertamente com o inciso VII, do § 2º, do art. 155, na redação atual, que confere a Difal ao Estado de destino, qualquer que seja o destinatário das mercadorias, contribuinte ou não contribuinte. Vejamos:

“VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;”

(redação dada pela Emenda Constitucional 87, de 2015).

E a Emenda Constitucional 87/2015 estabeleceu o regime de transição para o novo regime tributário pelo art. 99 do ADCT, nos seguintes termos:

“Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII, do § 2º, do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino”.

O legislador complementar simplesmente transportou os incisos II e III, do § 4º, do art. 155, da CF, para os incisos III e IV, do art. 3º, da LC 192/2022, ignorando a nova redação conferida ao inciso VII, § 2º, do art. 155, da CF, pela EC 87/2015.

De fato, dispõe o citado § 4º, do art. 155 da CF:

“§ 4º Na hipótese do inciso XII, ‘h’, observar-se-á o seguinte (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001):

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001);

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001);

III - nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001);

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, ‘g’, observando-se o seguinte (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001):

a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001);

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001);

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, ‘b’” (incluso pela Emenda Constitucional 33, de 2001).

Os incisos II e III deste § 4º guardavam harmonia com a redação original do inciso VII, do § 2º, do art. 155, da CF.

Contudo, a superveniente Emenda Constitucional 87, de 16 de abril de 2015, acabou com a distinção entre consumidor final contribuinte e contribuinte final não contribuinte do imposto, para deferir a Difal ao Estado de destino em qualquer hipótese.

Desta forma, os incisos II e III, do 4º, do art. 155, da CF, devem ser interpretados à luz do critério temporal das normas constitucionais para afastar o conflito existente e fixar a prevalência da norma constitucional mais recente.

Assim sendo, os incisos III e IV, do art. 3º, da LC 192/2022 são inconstitucionais.

Importante notar que a norma do inciso VII, do § 2º, do art. 155, da CF é bem abrangente, pois, refere-se a “operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizada em outro Estado”. Por óbvio, esta expressão abarca o gás natural e seus derivados, além de lubrificantes e combustíveis não derivados de petróleo a que aludem os incisos II e III, do § 4º, do art. 155, da CF.

Contudo, esta questão de conflitos de normas constitucionais é matéria que cabe ao STF dirimir.

Mal começaram as discussões no torno da LC 190/2022, esta Lei Complementar sob exame abre nova frente de demandas judiciais intermináveis, comprometendo o objetivo da lei de contornar a crise dos combustíveis, que caminha perigosamente para o comprometimento de nossa economia.

Outrossim, o inciso V, do art. 3º permite que os Estados, por intermédio do Confaz, adotem diferentes alíquotas ad rem (por unidades de medida adotada) uniformes em todo o território nacional, que “poderão ser reduzidas e restabelecidas no mesmo exercício financeiro, observado o disposto no art. 150, inciso II, alínea ‘c’, da Constituição Federal”.

A defeituosa redação conferida à letra “c”, do inciso V, do art. 3º, da lei sob comento poderá conduzir a uma interpretação conflitante. Como preservar o princípio da anterioridade se o texto prescreve a facultade de reduzir e restabelecer as alíquotas no mesmo exercício financeiro? Quito legislador, na verdade, dizer que os efeitos da lei só se produzirão no exercício seguinte ao da sua aprovação e sanção.

Acresce notar que a diferenciação de alíquotas entre combustíveis igualmente essenciais, prevista na alínea “a”, do inciso V, do art. 3º, além de tornar complexa a legislação, não encontra amparo na facultade prevista no inciso III, do § 2º, do art. 155 da CF, que permite a fixação de alíquotas seletivas em função da essencialidade de produtos e serviços.

A noção de essencialidade há de ser buscada mediante confronto dos combustíveis discriminados no art. 2º da Lei Complementar 192/2022 com as demais produtos e serviços, nunca entre os próprios combustíveis aí previstos, todos eles igualmente essenciais no mundo contemporâneo.

A fixação de alíquotas monofásicas dar-se-á por intermédio do Confaz mediante a observância de intervalo mínimo de 12 meses entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas, e de seis meses para os reajustes subsequentes (§ 4º do art. 6º).

Na definição dessas alíquotas *ad rem*, os Estados e o Distrito Federal observarão as estimativas de evolução do preço dos combustíveis (de modo que não haja ampliação do peso social do tributo na formação do preço final ao consumidor (§ 5º do art. 6º)).

Fixar alíquotas *ad rem* em função das estimativas de evolução do preço dos combustíveis, em um momento de excepcional alta dos preços desses combustíveis, poderá não trazer os benefícios pretendidos pelo legislador.

Enquanto não for implantado o regime de tributação monofásica, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será, até o dia 31 de dezembro de 2022, em cada Estado e o Distrito Federal, a média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação (art. 7º).

De positivo, com efeito prático imediato resta apenas o art. 9º, que zerou a alíquota de PIS/Pasep-Cofins incidente sobre os combustíveis, até 31 de dezembro de 2022, sem prejuízo à manutenção do respectivo crédito fiscal. Positiva, também, a redução da alíquota a zero de PIS/Pasep-Cofins incidente na importação de óleo diesel e suas correntes, de biodiesel e de gás liquefeito de petróleo, derivado de petróleo e de gás natural, e de querosene de aviação, até 31 de dezembro de 2022 (parágrafo único do art. 9º).

Tendo em vista a excepcionalidade da conjuntura vigente, bem como o estado de calamidade pública em vigor, este benefício não afronta a legislação eleitoral que veda a concessão de benefícios em ano eleitoral, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e adoção de medida de compensação como exige o art. 14 da LRF.

No geral, a lei sob comento, aprovada com inusitada rapidez com atropelo de normas constitucionais, cria mais problemas do que resolve.

Nada indica que a incidência monofásica do ICMS, por si só, irá reduzir o preço dos combustíveis para o consumidor final. Tudo irá depender da dosagem da alíquota uniforme *ad rem* prevista na lei sob exame. O regime monofásico – ou o regime plurifásico seguido da compensação de débitos/créditos – é o que menos inflama na mensuração da carga tributária.

Não há sinal indicativo de que os Estados irão deliberar, via Confaz, a redução substancial de alíquotas uniformes considerando que eles continuam mantendo alíquotas de 25% em confronto com a alíquota normal de 17% ou 18%, conforme o Estado, apesar de o STF ter declarada a sua inconstitucionalidade em relação à energia elétrica, um bem essencial tanto quanto os combustíveis.

Além disso, a discutível constitucionalidade dos incisos III e IV, do art. 3º, que retomam a redação original do inciso VII, do § 2º, do art. 155, da CF, irá redunar em intermináveis litígios judiciais, aumentando a insegurança jurídica que reina na atualidade – primeiro, como decorrência da regulamentação desse inciso constitucional pelo Convênio ICMS Confaz 93/2025, declarado inconstitucional pelo STF por usurpação de competência reservada à lei complementar, e, agora, pela Lei Complementar 190/2022, igualmente, contestado mediante várias ADIs por exceder aos limites das atribuições cometidas à lei complementar (art. 146, inciso I a III, da CF).

Seria preferível manter a legislação tributária como está e, de um lado, forçar os Estados a obedecerem a seletividade de impostos prevista no inciso III, do § 2º, do art. 155, da CF, na linha do decidido em relação à energia elétrica, ao passo que, de outro, fixa uma política de preços do petróleo e seus derivados desatrelados da variação cambial e da oscilação do preço do barril de petróleo no mercado internacional.

Fala-se muito em poupar prejuízos à Petrobras, mas que até hoje ninguém tivesse examinado este suposto “prejuízo”, mediante confronto do valor pago pela importação da gasolina e do diesel e do valor recebido pela estatal com decorrência da exportação de todo o petróleo bruto produzido na camada do pré-sal. Por pressões de acionistas da Petrobras espalhadas dentro e fora do País, isso diz Al Gore. O certo é que a Petrobras é uma das mais prósperas multinacionais dos últimos tempos.

A incapacidade de refinação de petróleo extraído da camada do pré-sal, por sua vez, está a demonstrar a necessidade de investimentos na área de refinação para que possam nos livrar da dependência externa. Entretanto, isso é um projeto para um estadista que não temos mais. Da mesma forma, continuam exportando pedras preciosas brutas e importando pedras lapidadas.

De igual modo, o País precisa investir na recuperação de malha viária, bem como expandir a já existente, a fim de baratear o custo do transporte de produtos e mercadorias que abastecem os grandes centros consumidores, bem como investir no meio de transporte multimodal, estabelecendo uma interação entre transportes terrestre, ferroviário e marítimo, a fim de facilitar e agilizar o fluxo de cargas no Brasil.

Por derradeiro, em tempos de crise (como a que estamos vivenciando), cabe ao governo subsidiar o preço do combustível. O Estado deve existir em função do povo, e não o contrário. Nada justifica que o preço da gasolina passe a custar, da noite para o dia, R\$ 7,07 até R\$ 11, conforme a região, enquanto no país vizinho, a Argentina, que não produz uma gota de petróleo, o preço da gasolina é de R\$ 4,20.

Registre-se, por fim, que a juíza da 9ª Vara Federal de Brasília, na ação civil pública ajuizada pelo Conselho Nacional de Transporte de Cargas (CNTRC) e outras entidades, concedeu a medida liminar para determinar que o governo se manifeste em 72 horas sobre o elevado aumento dos combustíveis (aumentos de 18,8% para a gasolina, 24,9% para o diesel e 16,1% para o gás de cozinha). —

Assuntos em debate

Planejamento tributário: autoridade administrativa pode desconsiderar atos e negócios jurídicos

Em 8 de abril de 2022, foi finalizado o julgamento virtual, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.446, na qual se requereu a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 116 da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

POR ESTE DISPOSITIVO LEGAL, a autoridade administrativa tem a permissão para 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. A finalidade é evitar a evasão fiscal (redução ilícita de tributos).

Na ação, a requerente sustentou que o art. 1º da Lei Complementar 104/2001, na parte em que acrescentou o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), contraria os arts. 2º, 5º, II, 37, e 150, I, da Constituição Federal/88 (princípios constitucionais da legalidade, da estrita legalidade e da tipicidade no Direito Tributário, bem como o princípio da separação dos poderes).

Em seu voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, destacou alguns pontos, a seguir transcritos:

“Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.

(...)

De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos, pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação ‘norma antielisão’ é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal”.

Assim, foi decidido, por maioria, pela improcedência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, sendo a norma declarada constitucional, permitindo-se à autoridade administrativa a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos que ocasionem a evasão fiscal (redução ilícita de tributos).

Por consequência, o planejamento tributário continua a ser permitido, desde que seja realizado com base na legislação vigente, objetivando a redução lícita de tributos.

Voto da relatora: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1930159>



RUA DOUTOR PLÍNIO BARRETO, 285
BELA VISTA • SÃO PAULO – SP

www.fecomercio.com.br

PRESIDENTE

Abram Szajman

SUPERINTENDENTE

Antonio Carlos Borges

ASSESSORIA TÉCNICA

Fabio Cortezzi, Leandro Alves de Almeida
e Luis Antonio Flora



SUPERIOR DE DIREITO

Conselho FecomercioSP

Esta publicação é uma produção do Conselho Superior de Direito
da FecomercioSP, presidido por Ives Gandra Martins.

COORDENAÇÃO EDITORIAL E PRODUÇÃO ● TUTU

