



Na Mídia

05/12/2023 | [Valor Econômico](#)

Varejo pode questionar na Justiça norma do Confaz sobre uso de créditos de ICMS

Convênio nº 178 do Confaz torna “obrigatória” a transferência de créditos do imposto ao Estado de destino da mercadoria

Arthur Rosa e Beatriz Olivon



Leo Lopes: “Na prática, o Convênio ICMS nº 178/2023 traz insegurança jurídica e aumenta as chances de um novo contencioso tributário relevante” — Foto: Celso Doni/Valor

Uma nova norma do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) pode levar o varejo novamente ao Judiciário, depois de ter vencido, no Supremo Tribunal Federal (STF), a discussão sobre o pagamento de ICMS na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. O Convênio nº 178, aprovado na sexta-feira, regulamenta o uso de créditos do imposto estadual.

Essa regulamentação foi uma exigência dos ministros do STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49. Eles definiram, em abril, que a partir de 2024 não poderá mais ser cobrado ICMS

nessas transferências de mercadorias e deram prazo aos Estados - até o fim deste ano - para a edição de uma norma para tratar do uso dos créditos.

O problema, segundo tributaristas, é que o texto do Convênio nº 178 torna “obrigatória” a transferência de créditos de ICMS ao Estado de destino da mercadoria, restringindo a decisão do Supremo. Vem daí a possibilidade de judicialização.

Havia esperança de que a palavra “obrigatória” estaria fora desse convênio, depois de o Estado do Rio de Janeiro não ratificar norma anterior (Convênio nº 174), com praticamente o mesmo teor e que acabou cancelada, por entender que estaria desrespeitando o entendimento do STF.

Os contribuintes defendem que os ministros do STF só garantiram o “direito” à transferência. Sem poder fazer a gestão dos créditos - escolher se mantém na origem ou no destino - pode haver, de acordo com os contribuintes, um desequilíbrio no fluxo de caixa. É que para algumas empresas não faz sentido transferir o crédito se, no Estado de destino, houver pouco ICMS a pagar e no de origem muito.

“A questão da obrigatoriedade da transferência de crédito segue e tende a ser um problema”, afirma o advogado Douglas Mota, sócio do Demarest Advogados, acrescentando que foi apresentado, no STF, recurso (embargos de declaração) para discutir a questão dos créditos.

O recurso é do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (Sindicom), parte interessada (*amicus curiae*) na ADC 49. A entidade pede que o STF esclareça a possibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS tanto no Estado de origem quanto no Estado de destino, “a critério do contribuinte”.

Além disso, o Sindicom alega que o STF não tratou, na modulação, sobre cobrança retroativa de ICMS nessas transferências - ressaltando apenas os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão. E que os Estados passaram a entender, com o julgamento, que seria possível lavrar novos autos de infração relativos aos anteriores a 2024.

No pedido, lembra que a jurisprudência dos tribunais superiores, muito antes do julgamento da ADC 49, “já se orientava no sentido de que de que a mera circulação física de uma mercadoria não gera a incidência do ICMS” (Súmula 166/STJ, Tema 259/STJ, Tema 297/STF e Tema 1099/STF).

Os embargos de declaração, que pedem a postergação da modulação de efeitos, ao menos até o exercício financeiro de 2025, porém, podem não ser aceitos pelo STF, assim como o primeiro recurso apresentado pelo Sindicom. Os ministros entenderam que a entidade, como *amicus curiae*, não teria legitimidade para o ajuizamento de recurso.

“A obrigatoriedade de transferência de crédito tende a ser um problema”

— **Douglas Mota**

Com essa possibilidade e a manutenção do convênio do Confaz, a tendência é que um novo contencioso surja, dizem os advogados Leo Lopes e Andre Azeredo, do FAS Advogados. “Na prática, atualmente, o Convênio ICMS nº 178/2023 traz insegurança jurídica e aumenta as chances de um novo contencioso tributário relevante, em um tema que já deveria estar solucionado há muito tempo”, afirma Lopes.

Douglas Campanini, da Athros - Auditoria e Consultoria, lembra que há um projeto de lei em curso no Congresso Nacional (PLP nº 116/2023) para vedar a incidência do ICMS sobre prestações de transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. A proposta envolve os créditos e, segundo ele, trata a transferência para o Estado de destino como uma “opção do contribuinte”.

Com a edição de um lei complementar, diz o consultor, o problema estaria, em tese, resolvido. “Uma lei complementar derrubaria o convênio do Confaz”, diz ele, lembrando que já foi solicitada urgência para a proposta. “Sem uma norma, a saída é entrar com ação judicial para discutir a inconstitucionalidade do convênio.”

Para o advogado Diogo Martins Teixeira, do Machado Meyer, essa obrigatoriedade de transferência de créditos “pode levar a controvérsias e contencioso”. “O STF outorgou ao contribuinte o direito de fazê-lo, não a obrigação”, diz ele.

André Menon, do mesmo escritório, lembra que eventual rejeição do novo convênio por algum Estado, em tese, não impediria a sua validade ou produção de efeitos. Mas, acrescenta Teixeira, a não adesão de algum ente abalaria a sistemática de apuração e recolhimento do ICMS como um todo e poderia fomentar uma nova onda de recusas (glosas) de créditos.