

INFORMATIVO TRIBUTÁRIO

Assunto: RECUPERAÇÃO DO DIFAL (DEC. 9.104/2017)

Inicialmente, podemos afirmar com segurança a tese que a cobrança do DIFAL instituído pelo dec. 9.104/2017, é ilegal. A consultoria Paiva e Camargos, nem discutiu a questão de constitucionalidade.

O que se combatia era a cobrança do DIFAL/ICMS por meio de decreto estadual, que regulamentar a Lei Federal 123/2006, o Governador usurpou a competência do Comitê Gestor do Simples Nacional, que possui a competência exclusividade para regulamentar em matéria tributária a Lei Complementar 123/2006, assim, de plano não compete nenhum Governador (poder executivo) regulamentar essa matéria.

O que foi julgado constitucional no Recurso Extraordinário (RE 970.821), refere-se a cobrança DIFAL no estado do Rio Grande do Sul que possuía lei e decreto regulamentando a lei do R.G. do Sul sobre a matéria tributária.

O Estado de Goiás não tem, ainda. O Governador, ao publicar o decreto 9.104/2017, o fez no seu preâmbulo o regulamentando a Lei Federal (123/2006), juridicamente impossível, somente pode regulamentar lei vindo da Assembleia legislativa do Estado de Goiás. Portanto, o Decreto tem vícios formais.

Tem mais.

ILEGALIDADE DA COBRANÇA SEM EDIÇÃO DE LEI ORDINÁRIA ESTADUAL

Cumpramos ressaltar que de acordo o artigo 2º, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 104/2013, o Estado de Goiás não pode lançar a

cobrança do tributo sem antes instituir e publicar lei ordinária votado pela Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, vejamos:

Art. 2º LC 104/2013 - São objetivos deste Código:(Código do contribuinte do estado de Goiás)

(...)

II - Proteger o contribuinte contra o exercício abusivo do poder de fiscalizar, **de lançar e de cobrar tributo e/ou multa, que deverão ser prévia e integralmente instituídos por lei.**

Ademais o artigo 2º, inciso I da Lei complementar federal nº 123/2006, dispõe que compete ao **Comitê Gestor do Simples Nacional que regulamenta a lei Federal 123/2006**, quando o assunto se referir **aspectos tributário**, e não o Governador do Estado de Goiás através do famigerado decreto nº 9.104/20017, veja a leitura:

“Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o [art. 1º desta Lei Complementar](#) **será gerido** pelas instâncias a seguir especificadas:

*I - **Comitê Gestor do Simples Nacional**, vinculado ao Ministério da Economia, composto de 4 (quatro) representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal, 2 (dois) dos Municípios, 1 (um) do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e 1 (um) das confederações nacionais de representação do segmento de microempresas e empresas de pequeno porte referidas no art. 11 da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, **para tratar dos aspectos tributários; (Redação dada pela Lei Complementar nº 188, de 2021)**”*

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, **tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança**, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o [art. 12 desta Lei Complementar](#), observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

Inferese assim que o Governador do Estado usurpou da competência do **Comitê Gestor do Simples Nacional** ao regulamentar **aspectos tributários (tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança)** de assuntos relacionados a Micro empresa, eis a leitura do excerto:

DECRETO Nº 9.104, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2017.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fundamento no art. 37, IV, da Constituição do Estado de Goiás e no art. 4º das Disposições Finais e Transitórias da Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991 - Código Tributário do Estado de Goiás - CTE, **na alínea “h” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006**, e tendo em vista o que consta no Processo nº 201700013005509.

Por consequência, revela invasão de competência, o governador do Estado de Goiás dispor através de decreto sobre regulamentação da alínea “h” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei **Complementar federal nº 123/2009**.

Com relação ao tema, o STF reconheceu a existência de repercussão geral (tema 1093) no que diz respeito a **necessidade de edição de lei complementar**, visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS-DIFAL nas operações **interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes**.

Como visto, a cobrança do DIFAL é constitucional, porém necessita o Estado de Goiás instituí-lo através de **lei ordinária estadual**, para somente

depois regulamentar por decreto, como fez o Estado do Rio Grande do Sul por meio das leis estaduais nºs **8.820/1989 e 10.045/1993, as quais instituíram e previram a cobrança.** Nesse sentido:

Desse modo, é inevitável a conclusão de que é ilegal o **Estado de Goiás instituir o DIFAL com fulcro no dec. 9.104/17, uma vez que, não enviou para a Assembleia Legislativa projeto de lei instituindo a referida cobrança, apesar de constitucional.**

Ainda quanto à probabilidade do direito, o contribuinte pode demonstrar documentalmente que está sendo obrigado a fazer recolhimento de tributo por força desse Decreto sem lei estadual que estabeleça, **neste sentido citamos dois julgados paradigmas do Tribunal de justiça do estado de Goiás, processo n.º: 5011890-88.8.09.0011 e 5132366-35.2020.8.09.0051, veja leitura do trecho do julgamento.**

Determino, também, que o objeto da presente ação não seja impeditivo à obtenção de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, nos termos do art. 206 do CTN, e que o impetrado se abstenha de efetuar quaisquer restrições, imposições de penalidades, ou, ainda, inscrição no CADIN, desde que decorrentes dos diferenciais de alíquota de ICMS aqui discutidos, enquanto tramitar o mandado de segurança.

Por fim, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para, em reforma à sentença hostilizada, conceder a segurança e reconhecer a inexigibilidade do DIFAL de ICMS, relativamente à antecipação do pagamento da diferença de alíquota interestadual e interna, nas operações de aquisição de mercadorias de outro estado com objeto de revenda, por optante do SIMPLES, e, via de consequência condenar o estado de Goiás à restituição dos valores eventualmente pagos, a partir da data da impetração.

Como já demonstrado, o referido **decreto** ao instituir o diferencial de alíquota de ICMS, **afrontou** dispositivos da Constituição Federal: artigos 146, III, “a” da CF/88, artigo 150, I art. 84, IV; artigo 97, I, II e 99 do CTN; artigo 37, IV da Constituição estadual/GO; e artigo 6º, §5º da LC estadual nº 104/13.

É o nosso entendimento, salvo melhor juízo.

PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO -> Processo de Coi:
1ª CÂMARA CÍVEL
Usuário: ALINE GUIOTTTI GARCIA - Data: 03/05/20.

Atenciosamente,

Goiânia, 28 de setembro de 2022.

Benjamim Gonçalves de Camargos
OAB/GO 44.709