



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
6ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre

Rua Manoelito de Ornelas, 50 - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90110230 - Fone: (51) 3210-6500

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5020330-36.2021.8.21.0001/RS

IMPETRANTE: F & F DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA

IMPETRADO: SUBSECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO RIO GRANDE DO SUL

DESPACHO/DECISÃO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **F & F DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA**, contra suposto ato ilegal do **SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL**, em que postula, em sede de liminar, que seja suspensa a exigibilidade dos diferencial de alíquota (DIFAL) devido ao Estado do Rio Grande do Sul, em razão da operações de remessa de mercadorias a pessoas físicas e jurídicas não-contribuintes do ICMS.

Historiou que, antes da Emenda Constitucional nº 87/2015 (“EC 87/15”), o ICMS devido em operações interestaduais para consumidores não contribuintes do imposto era integralmente recolhido ao Estado em cujo território estivesse instalado o estabelecimento comercial responsável pela venda da mercadoria. Contudo, em razão do aumento de vendas pela internet (e-commerce), houve alteração nas regras de recolhimento do ICMS nas operações não-presenciais feitas para consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado. Essa alteração decorreu da aprovação (pelos Estados do eixo Norte, Nordeste e Centro-Oeste) do Protocolo ICMS 21/2011. Entretanto, o E. STF reconheceu a inconstitucionalidade do referido protocolo, na medida em que os Estados não teriam competência para alterar a distribuição de arrecadação do ICMS e muito menos instituir obrigação de recolhimento sem a elaboração de Lei Complementar.

Também afirma que, em 2015 foi editada a EC 87/2015, que instituiu uma nova sistemática de recolhimento de ICMS para operações interestaduais. Resumidamente, adicionou-se à CF/88 a possibilidade de cobrança de diferencial de alíquota de ICMS nas vendas para consumidor final não contribuinte do imposto, sem, contudo, trazer qualquer definição sobre os

seus aspectos tributários (contribuinte, base de cálculo, fato gerador, etc), o que deveria ser realizado por meio de lei complementar, como disposto nos artigos 146 e 155 anteriormente mencionados.

Assim, defende que, apesar da EC 87/15 ter previsto a possibilidade de obrigação do recolhimento do DIFAL, a sua regulamentação deveria ser tão somente realizada por meio de lei complementar federal, como preceitua a CF/88, o que não ocorreu até o momento. Dessa forma, elaborada a breve contextualização do regramento do DIFAL, a Impetrante passará a discorrer os motivos pelos quais não deve estar compelida ao seu recolhimento.

Mais recentemente, o STF, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469, concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação.

Por tais razões, apontando a violação a direito líquido e certo, decorrente da inconstitucionalidade da cobrança do DIFAL anteriormente à edição de lei complementar federal por ofensa aos artigos 146, incisos I e III, alínea "a", e 155, § 2º, inciso XII, alíneas "a", "d" e "i", da CF/88, requer a concessão de medida liminar *inaudita altera parte* para: "*suspender a exigibilidade do DIFAL nas operações interestaduais de remessa de mercadorias a consumidor final não contribuinte do imposto situado neste Estado, enquanto não vierem a ser editadas lei complementar nacional regulamentando a cobrança do DIFAL previsto na EC 87/2015 e, posteriormente, lei estadual que institua esse imposto em conformidade com tal lei complementar, respeitados os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, bem como seja afastada qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos em razão do não recolhimento do DIFAL, inclusive seja afastado o impedimento do trânsito de mercadorias ou a sua apreensão pela fiscalização ou barreira fiscal, lavratura de autos de infração, lançamento de cobrança em conta corrente, inscrição de débitos em dívida ativa, inscrição no CADIN.*"

É o breve o relatório.

Decido.

De acordo com o artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.

Outrossim, para concessão da liminar, há necessidade da presença de prova pré-constituída da plausibilidade dos argumentos deduzidos na peça vestibular e do *periculum in mora*.

O impetrante requer, liminarmente, seja afastada a exigência do diferencial de alíquota de ICMS incidente nas operações interestaduais que destinem mercadorias a consumidores finais no Rio Grande do Sul, enquanto não editada a respectiva legislação complementar que discipline a matéria, conforme determinam os artigos 146, incisos I e III, alínea “a”, e 155, §2º, inciso XII, alíneas “a”, “d” e “i”, da CF/88

De imediato, ressalto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na data de 24/02/2021, julgou **inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469.**

Não desconheço a circunstância de que, ao final do julgamento, os ministros aprovaram, por nove votos a dois, a modulação do resultado para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas do convênio continuam em vigência até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão.

Pois bem. Diante de tais observações, convenço-me de que a concessão da medida liminar, no caso em exame, é medida que se impõe.

Não há dúvidas de que, ao reconhecer a inconstitucionalidade da norma que alberga a cobrança do DIFAL nas operações interestaduais de venda de mercadorias para não contribuintes do ICMS, a Corte Suprema acabou por estancar a exação.

E, mesmo que os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade tenham sido projetados para o futuro, ou seja, para alcançar os atos praticados "no exercício financeiro seguinte" ao da decisão, não há como negar que se está, desde logo, diante de uma norma inconstitucional e, portanto, nula.

De acordo com a doutrina clássica, a norma inconstitucional está viciada de nulidade desde a sua criação, não podendo produzir qualquer efeito válido.

Assim, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, constatando um estado preexistente de incompatibilidade da norma com a Carta Magna, por isso deveria ser retirada do ordenamento jurídico desde a data da respectiva criação, consagrando-se a eficácia retroativa (*ex tunc*) da decisão de inconstitucionalidade.

Desse modo, deve prevalecer o efeito declaratório da inconstitucionalidade, vedado o estabelecimento de condicionantes.

Ora, aplicar a inconstitucionalidade com condição suspensiva até 2022 ou até o próprio exercício, tornariam a decisão suicida e inexecutável.

Ademais, como já dizia Pontes de Miranda, em sua obra "Tratado de Direito Privado, o que não existe não surte efeitos, porque já nasceu com defeito e, defeituoso não existe desde então, não podendo produzir efeitos.

Por fim, cabe ressaltar que doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal adotaram a concepção de que a norma inconstitucional é nula, inexistente, inválida e ineficaz, desde a sua edição ou, no caso de inconstitucionalidade superveniente, desde o momento em que se verifica a inconstitucionalidade.

Em face do exposto, DEFIRO o pedido liminar para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do DIFAL incidente sobre as operações de aquisição de mercadorias que realizem junto aos fornecedores não contribuintes situados em outras unidades da federação.

Intime-se.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para prestar as informações no prazo de 10 dias (artigo 7º, inciso I, da Lei 12.016/2009) e dê-se ciência, via ofício, à Procuradoria-Geral do Estado (artigo 7º, inciso II, da Lei 12.016/2009). Após, encaminhe-se os autos eletrônicos ao Ministério Público para parecer. Por fim, retornem conclusos para sentença.

Diligências legais.

Documento assinado eletronicamente por **ALEX GONZALEZ CUSTODIO, Juiz de Direito**, em 8/3/2021, às 22:34:7, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc1g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **10006407816v2** e o código CRC **f1e7d47c**.

5020330-36.2021.8.21.0001

10006407816.V2