



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806, Centro - CEP

01501-020, Fone: 3242-2333r2028, São Paulo-SP - E-mail:

sp9faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DECISÃO

Em **31 de maio de 2021**, promovo os presentes autos conclusos ao MM. Juiz de Direito Auxiliar, Luis Antonio Nocito Echevarria. Eu, _____ Mariana Garcia de Rezende Silva, Assistente Judiciário, digitei e subscrevo.

Processo Digital nº: **1055977-34.2019.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Suspensão da Exigibilidade**
 Impetrante: **F & F Refrigeração Ltda**
 Impetrado: **Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Luís Antonio Nocito Echevarria**

Vistos.

Fls. 445/452 e 457/459: Objetiva a impetrante o reconhecimento do direito de não se sujeitar ao recolhimento do DIFAL (Diferencial de Alíquota de ICMS) relativamente às operações interestaduais com mercadorias vendidas a consumidores finais não-contribuintes do ICMS localizados neste Estado, enquanto não editada lei complementar nacional regulamentando a EC 87/2015, que não pode ser substituída pelo Convênio 93/2015, que a despeito de dispor "sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade Federada".

Revedo posicionamento anterior, à luz do quanto decidido no tema 1093, Supremo Tribunal Federal (STF), assiste razão à parte autora.

Na redação original, o art. 155, § 2o., VII assim estabelecia:

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

(...)

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

(...)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806, Centro - CEP

01501-020, Fone: 3242-2333r2028, São Paulo-SP - E-mail:

sp9faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele".*

Assim, se o destinatário fosse consumidor final, não contribuinte do ICMS, localizado em outro Estado, o ICMS era devido, integralmente, ao Estado de origem da operação. Se o destinatário fosse contribuinte do imposto, o ICMS deveria ser recolhido ao Estado de origem no valor da alíquota interestadual e a diferença entre a alíquota interna e a interestadual ao Estado do destino do produto.

Porém, com a Emenda Constitucional nº 87/15, o Diferencial de Alíquota de ICMS passou a incidir nas operações interestaduais independentemente de o destinatário do bem ou serviço localizado em outro Estado-membro ser ou não contribuinte do imposto.

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

(...)

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

(...)

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;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806, Centro - CEP

01501-020, Fone: 3242-2333r2028, São Paulo-SP - E-mail:

sp9faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto".

Por outro lado, o artigo 146, Constituição Federal, estabelece as matérias que devem, necessariamente, ser veiculadas por lei complementar:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Ressalvado o entendimento pessoal deste magistrado, o Excelso Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a questão, entendeu que a mera previsão constitucional não bastaria para ensejar a cobrança do diferença de alíquota, devendo conter autorização de lei complementar, por se tratar de matéria atinente a conflito de competência e cujas diretrizes gerais são necessárias para dispor acerca de base de cálculo, fatos geradores e contribuintes.

E, ainda, entendeu o Tribunal Constitucional não estar suficientemente tratada na Lei Complementar de regência (LC 87/96).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806, Centro - CEP

01501-020, Fone: 3242-2333r2028, São Paulo-SP - E-mail:

sp9faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Assim, o convênio de ICMS nº 93/2015 do CONFAZ não encontra supedâneo normativo para a cobrança do DIFAL nos moldes autorizados.

Neste sentido, ao julgar o mérito do tema 1093, em 24 de fevereiro de 2021, o STF firmou a seguinte tese (ainda pendente de trânsito em julgado): "*A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais*".

Sendo assim, defiro a liminar para autorizar a Impetrante a deixar de efetuar o recolhimento do DIFAL nas operações de remessa de mercadorias a pessoas físicas e jurídicas não-contribuintes do imposto situadas neste Estado, afastando qualquer sanção penalidade, restrição ou limitação de direitos, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Notifique-se e dê-se ciência.

Após, ao MP e conclusos.

Servirá a presente como mandado/ofício.

Intime-se.

São Paulo, 31 de maio de 2021.

Luís Antonio Nocito Echevarria

Juiz(a) de Direito

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**