

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202100003010266

INTERESSADO: @nome_interessado_maiusculas@

ASSUNTO: ORIENTAÇÃO.

DESPACHO Nº 1520/2021 - GAB

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS QUANTO AO TEOR DO DESPACHO GAB Nº 1193/2021. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. REPERCUSSÕES NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5399713.60.2020.8.09.0000, AJUIZADA EM FACE DO DECRETO ESTADUAL Nº 9.104, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2017, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS EM OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS QUE ENVOLVAM EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL. MATÉRIA REORIENTADA.

1. Trata-se do **Parecer GECT nº 27/2021**, da Gerência do Contencioso Tributário (000022488875), aprovado, na íntegra, pelo **Despacho nº 204/2021-GECT**, do Procurador-Chefe da Procuradoria Tributária (000022567539), em que é solicitada reconsideração da orientação vertida no **Despacho nº 1193/2021-GAB**, de 23 de julho de 2021 (exarado nos autos do **processo nº 20200003015171**), que encaminhou a atuação do Estado diante da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5399713.60.2020.8.09.0000, no bojo da qual é questionada a constitucionalidade do Decreto estadual nº 9.104, de 5 de dezembro de 2017.

2. A ADI estadual em questão fora proposta pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Goiás – FECOMÉRCIO, em face do Decreto nº 9.104/2017 e suas alterações posteriores, o qual *“Dispõe sobre o pagamento do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelo contribuinte optante pelo Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias destinadas à comercialização ou produção rural e altera o Anexo IX do RCTE.”*

3. No âmbito do Despacho nº 1193/2021-GAB, orientou-se que as normas do Decreto estadual nº 9.104/2017 guardariam correlação ao decidido no **Tema 1093**, pelo Supremo Tribunal Federal (**ADI 5.469** e **RE 1.287.019**). O raciocínio então esposado, quanto a este ponto, fora no sentido de que a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15 – CONFAZ *“diretamente diz respeito ao objeto da ADI estadual n. 5399713.60, por haver estendido a cobrança de diferencial de alíquotas de ICMS veiculado pela Emenda Constitucional n. 87/2015 às empresas optantes do Simples Nacional”* (item 20 do despacho). O

entendimento final constante do Despacho nº 1193/2021-GAB mostrou-se equivocado, pelo que merece a presente reorientação.

4. Como demonstrado no percuciente Parecer GECT nº 27/2021, **o Decreto nº 9.104/2017 tem finalidade (objeto) diversa**, ao veicular normas sobre o pagamento do DIFAL pelo contribuinte optante do Simples Nacional “nas aquisições de mercadorias destinadas à **comercialização ou produção rural**”, enquanto o Tema 1093 se refere à exigência de lei complementar nacional para cobrança de DIFAL nas operações de venda realizadas por empresa optante, ou não, do SIMPLES e destinadas a **consumidor final não contribuinte** (o que comumente ocorre no comércio eletrônico).

5. Prevalece, pois, como entendimento do STF aplicável às empresas optantes do SIMPLES, aquele relativo ao **Tema 517 (RE 970.821/RS)**, no qual foi assentada a possibilidade de cobrança de DIFAL do optante do Simples Nacional, embora submetido a regime simplificado de tributação e **independentemente de o contribuinte estar na condição de consumidor final no momento da aquisição** – aplica-se o entendimento tanto à situação em que a empresa optante do SIMPLES compra mercadoria para **revenda** (como é a situação normatizada pelo Decreto nº 9.104/2017), quanto para a hipótese em que a adquire para “uso, consumo ou ativo imobilizado”.

6. Vale notar, ainda nesse aspecto, que no julgamento do Tema 517, o **STF não se debruçou sobre a tese de existência ou não de lei complementar**, conforme apontam os itens 25 e 26 do Parecer. Exatamente porque, para esse caso, a Lei Complementar nº 123/2006 expressamente autoriza a cobrança do diferencial de alíquota (art. 13, § 1º, XIII, “g”, 2, e “h”) e ainda porque, conforme salienta o Chefe da Especializada no Despacho 204/2021-GECT, o DIFAL do optante do Simples Nacional “*não é cobrado, necessariamente, do consumidor final (situação julgada no Tema 1093)*”.

7. Finalmente, colhendo a oportunidade, acresce a Procuradoria Tributária que o julgamento do **RE 598.677/RS (Tema 456)** não afeta o julgamento quanto à constitucionalidade do Decreto nº 9.104/2017, haja vista que enquanto o STF decidiu pela necessidade de *lei complementar federal* para veicular matéria de “substituição tributária progressiva do ICMS” e de lei em sentido estrito para a matéria de “antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS”, o Decreto nº 9.104/2017 tem como fundamento de validade a alínea “h” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da LC nº 123/2006, que trata justamente de aquisições, em outros Estados, de mercadorias **não sujeitas a regime de antecipação** no pagamento do imposto.

8. Daí decorre também a conclusão de que o Decreto nº 9.104/2017 não se assemelha ao decreto do Estado do Rio Grande do Sul, questionado no RE 598.677/RS, porque neste último ocorria antecipação do fato gerador (sem substituição tributária) para o momento da entrada da mercadoria no Estado do Rio Grande do Sul, de modo que a empresa optante do Simples Nacional já deveria pagar o ICMS incidente sobre a revenda a ser realizada (antecipação da cobrança da futura venda da mercadoria). Já no Estado de Goiás, a cobrança instituída pelo Decreto nº 9.104/2017 **ocorre quando a empresa optante do SIMPLES adquire mercadoria de outro Estado da federação, “isto é, realiza [efetivamente] o fato gerador do ICMS, de forma que não se está a tributar revenda futura que ainda não ocorreu”** (cf. Despacho nº 204/2021-GECT). Em termos mais claros, o Decreto nº 9.104/2017 não trata nem de “antecipação, sem substituição tributária, do pagamento de ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador”, nem de “substituição tributária progressiva do ICMS”, matérias decididas pelo Tema 456 do STF.

9. Desse modo, adiro às conclusões lançadas no Parecer GECT nº 27/2021, **revejo a orientação** lançada por meio do Despacho nº 1193/2021-GAB, assentando como diretrizes que: i) o Tema 1093, por tratar de venda de mercadoria a consumidor final não contribuinte do ICMS, não se aplica ao

Decreto estadual nº 9.104/2017, que possui objeto diverso; *ii*) o Tema 517 aplica-se ao Decreto nº 9.104/2017 e torna constitucional a imposição tributária de DIFAL/ICMS pelo Estado de Goiás na entrada de mercadoria no território goiano, devido por empresa optante do Simples Nacional; *iii*) o Tema 456 não se aplica ao Decreto nº 9.104/2017, uma vez que este não trata de antecipação de fato gerador, nem de antecipação de recolhimento de ICMS.

10. Ainda, tal entendimento vai ao encontro das considerações expendidas no **Despacho nº 538/2021-SPT, da Superintendência de Política Tributária da Secretaria de Estado da Economia** (000023178440), lançadas nos autos do **processo nº 202100003009824**, no qual requerida pela Pasta a revisão parcial do entendimento exarado no Despacho nº 1193/2021, desta Casa. Considero, assim, atendida a solicitação.

11. Com a presente revisão de entendimento, deverá ser apresentada petição no âmbito da ADI estadual 5399713.60, da qual deverá constar expressamente que **o Decreto nº 9.104/2017 NÃO padece de inconstitucionalidade formal**, pelos motivos expostos neste Despacho, em especial no seu item "9" e, assim, **RETIFICAR o entendimento da Procuradoria-Geral do Estado na manifestação constante do petítório de movimentação nº 78**. Ainda, o protocolo desta petição deverá ser acompanhado de cópias do **Parecer GECT nº 27/2021 (PTR) e do Despacho nº 204/2021-GECT (PTR)**, dando-se ênfase à conclusão equivocada do Parecer Ministerial do evento 79, que opinou pela inconstitucionalidade formal do Decreto nº 9.104/2017, porém com modulação de efeitos.

12. Após, **restituem-se os autos à Procuradoria Tributária**, para ciência do Procurador-Chefe da Especializada e dos Procuradores do Estado ali lotados. Dê-se ciência do presente despacho também aos Procuradores-Chefes de Procuradorias Regionais. Oficie-se, ainda, à **Secretaria de Estado da Economia, via Secretaria-Geral do Gabinete, preferencialmente no bojo do mesmo processo nº 202100003009824**, para conhecimento.

Luciana Benvinda Bettini e Souza de Rezende
Procuradora-Geral do Estado, *em substituição*

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO.



Documento assinado eletronicamente por **LUCIANA BENVINDA BETTINI E SOUZA DE REZENDE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 16/09/2021, às 16:45, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador 000023703755 e o código CRC 15F6FA01.

ASSESSORIA DE GABINETE

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20, ESQ. COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER -
Bairro SETOR OESTE - GOIANIA - GO - CEP 74110-130 - (62)3252-8523.



Referência: Processo nº 202100003010266



SEI 000023703755