DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA FISCAL

Parecer n. 121/2012-PROFIS/PGDF
Processo n. 0040.000098/2012
Interessado: Secretaria de Estado de Fazenda
Assunto: Interpretação de normas. Revogação da Lei n. 4.160 de 13 de junho de 2008 pelas Leis n. 4.731 e n. 4.732, ambas de 29 de dezembro de 2011.

Parecer **APROVADO** pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral do DF, em 11/10/2012 e pelo Exmo. Sr. Governador do DF, em ___/___/20___.

DIREITO TRIBUTÁRIO. INTERPRETAÇÃO ACERCA DAS LEIS N. 4.731/2011 E N. 4.732/2011 QUE REVOGARAM EXPRESSAMENTE A LEI N. 4.160/2008, INSTITUIDORA DO REA/ICMS. INÍCIO DE VIGÊNCIA DO NOVO PROGRAMA CHAMADO DE PROATACADISTA – LEI N. 4.731/2011. INTERNALIZAÇÃO DO CONVÊNIO ICMS N. 86 DO CONFAZ PELA LEI N. 4.732/2011. DECISÃO DO E. TJDFT EM SEDE DE MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL ACERCA DA APLICAÇÃO DO DECRETO N. 33.296/2011. FATO JURÍDICO SUPERVENIENTE: DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 2012.01.1.018316-8. CUMPRIMENTO DA LIMINAR.

I. A Lei n. 4.732/2011 ao homologar o Convênio ICMS 86 do CONFAZ fez referência expressa à revogação da Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS), definindo que a entrada em vigor deveria ocorrer na data de sua publicação (art. 5º), enquanto que a Lei n. 4.731/2011, ao instituir o Programa Proatacadista, tinha a clara intenção de se fazer valer a partir de 1º de outubro de 2011, imposição retroativa que desencadeou o veto do Exmo. Governador do Poder, conforme manifestação constante à fl. 02 dos autos;

II. O novo regime Proatacadista, em razão do mencionado veto pertinente à retroação de seus efeitos, fez com que não houvesse previsão expressa quanto ao início de sua vigência, fazendo-se incidir a regra geral da Lei de Introdução ao Código Civil – quarenta e cinco dias após a publicação. Por isso que a Lei 4.160/2008 (REA/ICMS) teve sua revogação decretada a partir da publicação da Lei n. 4.732/2011, enquanto que o regime Proatacadista passa a vigorar respeitando a vacatio legis de 45 (quarenta e cinco) dias;

III. Em uma análise mais aprofundada, percebe-se que não se trata simplesmente de aumento de carga tributária pela nova sistemática implementada pelo regime Proatacadista em substituição ao REA/ICMS. Este último regime de apuração do ICMS, então objeto de revogação pelas Leis n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011, segundo o STF, trazia em seu conteúdo inúmeros benefícios fiscais. Não por outro motivo foi objeto de revogação no âmbito distrital, considerando a aprovação do mencionado Convênio ICMS n. 86 de 30 de setembro de 2011, internado pela Lei n. 4.732/2011, forçado pela decisão do Supremo;

IV. Por se tratar, em tese, de revogação ou alteração de benefício fiscal a jurisprudência do STF se distancia do princípio da anterioridade tributária, seja a anterioridade normal ou a nonagesimal, para entender que a incidência da nova sistemática pode ser imediata;

V. O Distrito Federal, por força da decisão liminar proferida no Mandado de Segurança n. 2012.01.1.018316-8, deve observar o princípio da anterioridade tributária, no caso em especial a nonagesimal, quando da edição das Leis ns. 4.731/11 e 4.732/11, mantendo-se, portanto, a aplicação do regime – REA/ICMS, até o advento da implementação do referido período de 90 (noventa) dias;

VI. A despeito de discordar dos fundamentos apresentados na r. decisão judicial, devo orientar que o Distrito Federal deve cumpri-la em todos os seus termos, salvo reforma ou deferimento de efeito suspensivo em caso de eventual interposição de recurso ou decisão de mérito cassando-a, o que, até o presente momento não ocorreu, conforme consulta realizada no sítio eletrônico do TJDF. Nesse sentido, em caso de reforma, efeito suspensivo, ou decisão de mérito que casse a aludida medida liminar, mantêm-se os fundamentos então apresentados no presente opinativo antes da consideração do fato jurídico superveniente, aqui apresentado.

Folha nº: 117
Processo nº: 0040.000098/2012
Rubrica: ___ Matrícula: 41608-8

Ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal – PROFIS,

I. RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, por meio da Subsecretaria da Receita – SUREC, consulta esta Procuradoria-Geral a respeito da vigência e efeitos ocasionados pela edição das Leis Distritais n. 4.731 e n. 4.732, ambas publicadas em 30 de dezembro de 2011, sobre a Lei n. 4.160, de 13 de junho de 2008, que instituiu o REA/ICMS – regime diferenciado de apuração do ICMS (Imposto sobre a circulação de mercadoria e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação).

A Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado de Fazenda do DF relata que, com o advento da publicação das Leis n. 4.731 e n. 4.732, ambas publicadas no Diário Oficial do Distrito Federal em 30 de dezembro de 2011, surgiu uma controvérsia no que diz respeito à revogação da Lei n. 4.160/2008 REA/ICMS e conseqüente início de vigência do programa relativo ao ICMS previsto na Lei n. 4.731/11.

A Lei n. 4.731/11 instituiu o Programa de Fomento à Atividade Atacadista – PROATACADISTA, prevendo um regime diferenciado de sistemática do ICMS com o objetivo de estimular o desenvolvimento da atividade atacadista no âmbito do Distrito Federal, substituindo o regime anterior, conhecido como REA/ICMS, conforme revogação expressa prevista no art. 10 da referida norma.

A Lei n. 4.732/11, por sua vez, cuidou de internar no âmbito do Distrito Federal o Convênio ICMS n. 86, de 30 de setembro de 2011, firmado no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que determinou a suspensão e concessão de remissão do ICMS resultante da diferença entre o regime normal de apuração e o tratamento tributário concedido nos termos das Leis Distritais n. 2.381/99 e 4.160/2008, esta última que dispõe sobre o REA/ICMS.

A Lei n. 4.732/11, da mesma forma que a Lei n. 4.731/11, revogou expressamente a Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS), conforme disposto em seu art. 6º, contudo, diferentemente da Lei n. 4.731/11, a Lei n. 4.732/11 estabelece vigência

Folha nº: 118
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 4160818

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

imediata - na data de sua publicação no DODF (art. 5º), enquanto que a Lei n. 4.732/11 por não conter previsão de vigência, segundo as regras da Lei de Introdução ao Código Civil, teria sua vigência iniciada após a *vacatio legis* de 45 dias, nos termos do que dispõe o art. 1º do Decreto-Lei n. 4.657/42.

Ante este embaraço normativo criado pelas Leis n. 4.731/11 e n. 4.732/11, a Secretaria de Fazenda do DF expõe sua dificuldade em saber até quando a Lei n. 4.160/2008, que institui o REA/ICMS, poderia continuar sendo aplicada, concluindo ao final de sua consulta na referência feita aos questionamentos formulados pela Subsecretaria da Receita (fls. 01/03) com o acréscimo consignado pela Assessoria Jurídico-Legislativa (fls. 44/46).

Os autos foram, então, encaminhados a esta Procuradoria-Geral pelo Il. Secretário de Estado de Fazenda do DF com a solicitação de urgência na apreciação do tema considerando sua repercussão para a administração tributária local e para os contribuintes, especialmente no que diz respeito a qual regime de apuração do ICMS deve ser submetido o segmento atacadista neste momento.

Os autos inicialmente foram distribuídos ao Procurador Dr. Júlio César Moreira Barbosa para análise e emissão de parecer na forma e prazo regimentais, que, por sua vez, entendeu não estarem os autos devidamente instruídos com as ações ajuizadas, em maior ou menor grau, em face do REA/ICMS – Lei n. 4.160/2008 e Decreto n. 33.296/11. Por isso, solicitou fossem acostadas aos presentes autos as petições iniciais das demandas ali citadas (fl. 49 – verso), assim como o Parecer n. 010/2010 proferido pela Gerência de Assuntos Constitucionais da PGDF, também citado nas manifestações da Secretaria de Fazenda.

Após a juntada de parte dos documentos solicitados, os autos me foram distribuídos para emissão de parecer. Após elaboração do opinativo jurídico, o i. Procurador-Chefe Bruno Paiva Fonseca sobrestou a análise e suscitou a devolução dos autos à Secretaria de Fazenda ante a decisão proferida no bojo do Mandado de Segurança n. 2002.01.1.018316-8, que determina ao Distrito Federal a abstenção de cumprimento do que disposto nas Leis ns. 4.371/2011 e 4.372/2011 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias. (fl. 113).

Folha nº: 119
Processo nº: 040.000 98/2012
Rubrica: Matrícula: 41608/8

A Secretaria de Fazenda à fl. 114 manifestou-se no sentido de que subsistem as dúvidas jurídicas levantadas, a despeito do advento da medida liminar proferida no Mandado de Segurança n. 2002.01.1.018316-8, juntada às fls. 111/112.

Os autos foram então a mim distribuídos para análise e emissão de parecer.

Eis, em síntese, o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II. a. Breves considerações que antecederam à edição das Leis Distritais n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011. Revogação da Lei n. 4.160/2008

O Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária realizada em junho de 2011, declarou diversas leis estaduais inconstitucionais que concediam reduções e isenções fiscais a empresas e setores econômicos sem que houvesse convênios firmados no âmbito do CONFAZ para esse fim entre todos os estados, conforme estabelece o art. 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 2.549[1], ajuizada pelo Estado de São Paulo contra dispositivos da Lei distrital n. 2.483,

---

[1] Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, DE INCINDIBILIDADE DA LEI, E DE IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE DECRETO REGULAMENTAR REJEITADAS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARCIALMENTE ACOLHIDA. DECRETOS ATACADOS QUE FORAM REVOGADOS OU CUJOS EFEITOS SE EXAURIRAM. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. UTILIZAÇÃO DE POLÍTICA DESONERATÓRIA PELO DF. ICMS. "GUERRA FISCAL". ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, g, DA CF. LEI COMPLEMENTAR 24/75. NECESSIDADE DE CONSENSO DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. I - Rejeição da preliminar de inépcia da petição inicial pela ausência de indicação dos dispositivos legais apontados como violadores da Constituição Federal. Deixou evidenciado o autor que, no seu entender, os textos legais são, na sua integralidade, violadores do ordenamento constitucional pátrio. Possibilidade. Precedentes do STF. II - Rejeição da preliminar de incindibilidade das leis para efeitos do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, posto que alegação dessa natureza não pode ser invocada quando o normativo atacado trata individualmente questões diferentes. III - Rejeição da alegação de impossibilidade de controle concentrado de decreto regulamentar, posto não se tratar de mero antagonismo entre ato infralegal, de um lado, e lei em sentido formal, de outro. A controvérsia enfrentada diz respeito ao ato administrativo normativo editado em perfeita consonância com a lei regulamentada, mas que, assim como ela, supostamente estaria a atentar contra o texto constitucional. IV - Alegação preliminar de ofensa indireta à Constituição que se confunde com próprio mérito da controvérsia travada. V - Acolhimento da alegação de ausência de pertinência temática do autor para a discussão da constitucionalidade da Lei 2.427, de 14 de julho de 1999, pois o mencionado diploma normativo não traz referência específica alguma à competência legislativa estadual, assim como não faz qualquer menção aos incentivos ou benefícios tributários relacionados ao ICMS. VI - O controle de constitucionalidade concentrado não encontra obstáculo na norma constitucional de eficácia contida. A regulamentação relegada à lei federal deve necessariamente respeitar os fins e os limites traçados pela norma constitucional, razão pela qual, quando violados algum

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Folha nº: 120
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 41608-8

de 19 de novembro de 1999, que estabelecia, segundo entendimento do STF, tratamento tributário diferenciado para empreendimentos econômicos produtivos no âmbito do Programa de Promoção do Desenvolvimento Econômico Integrado e Sustentável do Distrito Federal (Pró-DF I) foi julgada procedente. Este julgamento trouxe uma situação de incerteza acerca da cobrança retroativa da diferença entre os sistemas de apuração do ICMS constituídos pelo referido regime.

Diante desta problemática, o CONFAZ, em 30 de setembro de 2011, firmou o Convênio ICMS n. 86/2011 com o objetivo de suspender e conceder remissão de ICMS resultante da diferença entre o regime normal de apuração e o tratamento tributário concedido nos termos das Leis Distritais n. 2.381/1999 e n. 4.160/2008, esta última conhecida por tratar do REA/ICMS, acima já disposto.

Comprometeu-se o Distrito Federal, nos termos da Cláusula Terceira do referido convênio, em não conceder ou prorrogar incentivos ou benefícios fiscais vinculados ao ICMS, em operações interestaduais, concedidos com base nos mencionados programas, salvo se em conformidade com o disposto na Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975 (esta conformidade se refere à observância do CONFAZ – com base constitucional no art. 155, § 2º, XII, "g" da CF).

A internalização do referido Convênio ICMS 86 no âmbito do Distrito Federal ocorreu então pela Lei n. 4.732/2011, suspendendo e concedendo remissão do ICMS nas hipóteses e cronograma previstos no art. 1º, com a conseqüente

---

destes, perfeitamente possível o exercício do controle de constitucionalidade. VII - O art. 155, § 2º, inciso XII, g, da Constituição Federal dispõe competir à lei complementar, mediante deliberação dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamentação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da perniciosa "guerra fiscal" entre eles. À lei complementar restou discricionária apenas a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. A questão, por sua vez, está regulamentada pela Lei Complementar 24/1975, que declara que as isenções a que se faz referência serão concedidas e revogadas nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. VIII - Necessidade de aprovação pelo CONFAZ de qualquer política extrafiscal que implique na redução ou qualquer outra forma de desoneração do contribuinte em relação ao ICMS. Precedentes do STF. IX - O Decreto 20.957, de 13 de janeiro de 2000 teve os seus efeitos integralmente exauridos, enquanto que os Decretos 21.077/00, 21.082/00 e 21.107/00 foram revogados, fato que implicou na carência superveniente da ação. Interesse processual. X - Parcial procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso I e seus §§ 2º e 3º; do artigo 5º, seus incisos I, II e III e seu parágrafo único, inciso I; do artigo 6º, na sua integralidade; e dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 7º, todos da Lei 2.483, de 19 de novembro de 1999.

(ADI 2549, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-209 DIVULG 28-10-2011 PUBLIC 03-11-2011 EMENT VOL-02618-01 PP-00024 RET v. 14, n. 82, 2011, p. 92-105)

Folha nº: 121
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 41608/8

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

revogação da Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS), ao tempo em que dispôs no art. 5º que a vigência de seus dispositivos deveria ocorrer a partir da publicação no DODF.

Ocorre que, antes da edição da Lei n. 4.732/2011, que somente se deu em 29 de dezembro de 2011, o Distrito Federal editou o Decreto n. 33.296/2011, publicado no DODF de 1º de novembro de 2011, mas com vigência retroativa a 1º de outubro de 2011, com a finalidade de alterar o Decreto n. 21.792 (que tratava da regulamentação do REA/ICMS). A intenção do Poder Executivo do Distrito Federal, segundo as manifestações acostadas neste processo (Memorando n. 23/2012 – SUREC/SEF – fls. 01/03), era dar cumprimento imediato ao que decidido no âmbito do CONFAZ no Convênio 86 de 30 de setembro de 2011, excluindo, portanto, do regime de apuração do ICMS previsto no REA/ICMS as operações interestaduais.

Nesse sentido, com o advento do Decreto n. 33.296/2011, disciplinando novo regramento ao REA/ICMS, de certa forma mais gravoso aos contribuintes, o Sindicato do Comércio Atacadista do Distrito Federal – Sindiatacadista, em seguida, obteve deferimento de medida liminar na Ação Cautelar n. 2011.00.2.025686-7 determinado que o Distrito Federal se abstivesse de cumprir a alteração promovida pelo art. 1º, inciso I, do Decreto Distrital n. 33.296/2011 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias a contar de sua publicação, em observância ao que disposto no art. 150, inciso III da CF. Abaixo segue trecho da decisão, *verbis*:

> "Ante o confronto do aludido Decreto local e o texto constitucional, reputo presente a plausibilidade do direito invocado pela parte autora, de forma a preservar o princípio da "não surpresa" ao contribuinte.
> Do mesmo modo, caracterizado está o *periculum in mora*, porquanto o mencionado Decreto Distrital majora a base de cálculos das operações regidas pelo Regime Especial de Apuração do ICMS (REA), o que deve ser suportado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, dificultando, notadamente, o exercício da atividade empresarial.
> ...
> Ao lume do exposto, defiro, em parte, o pedido liminar, **para determinar que o Distrito Federal se abstenha de cumprir a alteração do art. 1º, inciso I, do**

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Folha nº: 122
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 41608/8

Decreto Distrital n.º 33.296/11 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias, em observância ao disposto no artigo 150, inciso III, da CRFB/88."[2]

Esta decisão proferida pelo e. TJDFT fez com que as alterações previstas no regime do REA/ICMS somente fossem aplicadas noventa dias após a publicação no DODF do Decreto n. 33.293/2001 que se deu em 1º de novembro de 2011, protraindo, portanto, sua vigência para 1º de fevereiro de 2012.

Em paralelo à integração do Convênio ICMS 86 CONFAZ pela Lei n. 4.732/2011, tramitava na Câmara Legislativa do Distrito Federal o projeto de lei que culminou na edição da Lei n. 4.731/2011, publicada no DODF de 30 de dezembro de 2011, que instituiu o Programa de Fomento à Atividade Atacadista – PROATACADISTA, como visto, prevendo um regime diferenciado de sistemática do ICMS com o objetivo de estimular o desenvolvimento da atividade atacadista no âmbito do Distrito Federal, substituindo o regime anterior do REA/ICMS.

O principal problema levantado, e objeto da consulta formulada pela Secretaria de Fazenda, é que a Lei n. 4.731/2011, assim como a Lei n. 4.732/2011, também revogou expressamente a Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS), mas não fez referência ao início de sua vigência, o que, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, em tese, teria uma *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco dias) dias.

Ou seja, a Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS) teria sido revogada pelas Leis n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011, ambas publicadas no DODF de 30 de dezembro de 2011, deixando, portanto, aquela lei de ser aplicada. Mas a pergunta é: a partir de quando o regime do REA/ICMS deixaria de ser aplicado? A partir 14 de fevereiro de 2012 ou a partir de 1º de janeiro de 2012 ante a divergência apontada.

---

[2] A decisão foi posteriormente mantida em julgamento proferido pela 1ª Turma Cível do TJDFT face ao agravo interno manejado pela Procuradoria do DF.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TERMO INICIAL. Intimado pessoalmente o Distrito Federal, flui a partir deste ato o prazo para a interposição do recurso, sendo irrelevante a data da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido. Agravo não conhecido.
(Acórdão n. 566564, 20110020256867MCI, Relator SILVA LEMOS, 1ª Turma Cível, julgado em 16/02/2012, DJ 27/02/2012 p. 721)

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Folha nº: 123
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 41608-8

Não se pode dizer que há precedência cronológica entre as Leis n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011, método mais comum para dirimir aparente conflito normativo - *lex posterior derogat priori*. Nem tampouco, pode-se superar a antinomia normativa pelos dois outros critérios clássicos de solução de conflitos normativos tradicionalmente apresentados por Noberto Bobbio: o critério hierárquico e o da especialidade (*lex specialis*).

Neste panorama, sobressai o método interpretativo sistêmico.

A Lei n. 4.732/2011 ao homologar o Convênio ICMS 86 do CONFAZ fez referência expressa à revogação da Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS), definindo que a entrada em vigor deveria ocorrer na data de sua publicação (art. 5º), enquanto que a Lei n. 4.731/2011, ao instituir o Programa Proatacadista, tinha a clara intenção de se fazer valer a partir de 1º de outubro de 2011, imposição retroativa que desencadeou o veto do Exmo. Governador do Poder, conforme manifestação constante à fl. 02 dos autos.

O novo regime Proatacadista, em razão do mencionado veto pertinente à retroação de seus efeitos, fez com que não houvesse previsão expressa quanto ao início de sua vigência, fazendo-se incidir a regra geral da Lei de Introdução ao Código Civil – quarenta e cinco dias após a publicação. Por isso que a Lei 4.160/2008 (REA/ICMS) teve sua revogação decretada a partir da publicação da Lei n. 4.732/2011, enquanto que o regime Proatacadista passaria a vigorar respeitando a *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias.

A conclusão que se pode tirar é que houve revogação expressa do REA/ICMS (Lei n. 4.160/2008) pela Lei n. 4.732/2011, **com vigência imediata**, já o novo programa previsto pela Lei n. 4.731/2011 (Proatacadista), por não fazer expressa previsão de vigência, submeteu-se à regra geral da Lei de Introdução do Código Civil.

II. b. Princípio da anterioridade tributária: não incidência ao presente caso

A instituição de novo regime no âmbito distrital com o advento da Lei n. 4.731/2011, em substituição ao REA/ICMS, agora chamado de Programa de Fomento

Folha nº: 124
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 46088

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

à Atividade Atacadista – Proatacadista prevê um regime diferenciado de sistemática de apuração do ICMS com o claro objetivo de estimular o desenvolvimento deste segmento de mercado.

A despeito deste regime diferenciado, as informações prestadas pela Secretaria de Fazenda do DF (fls. 04/06), a quem compete analisar a repercussão da alteração sob o aspecto econômico, dão conta de que houve aumento da carga tributária relativa ao ICMS pela nova sistemática de apuração – Proatacadista, pressuposto que deve ser observado neste momento.

Isso, **à primeira vista**, levaria a crer que não há como se esquivar da incidência do princípio constitucional da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, c) da Constituição Federal[3], pertinente às limitações constitucionais ao poder de tributar do poder público, que exige não somente a cobrança do tributo no exercício financeiro seguinte à lei que tenha lhe instituído ou aumentado, mas também a observância do prazo de noventa dias da data em que haja sido publicada a referida lei.

Esta posição foi externada nos autos pela Assessoria Jurídico-Legislativa da SEF (fls. 42/46), assim como por opinativo jurídico acostado pelo SINDI Atacadista (fls. 08/13), ambos fundamentaram pela incidência do princípio da anterioridade tributária no presente caso.

Contudo, em uma análise mais aprofundada, percebe-se que não se trata simplesmente de aumento de carga tributária pela nova sistemática implementada pelo regime Proatacadista em substituição ao REA/ICMS. Este último regime de apuração do ICMS, então objeto de revogação pelas Leis n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011, **segundo o STF**, trazia em seu conteúdo inúmeros benefícios fiscais.

---

[3] "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
III - cobrar tributos:
...
b) no **mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou**;
c) antes de **decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou**, observado o disposto na alínea b;"

Folha nº: 125
Processo nº: 0100000 98/2012
Rubrica: Matrícula: 41608/8

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Não por outro motivo foi objeto de revogação no âmbito distrital, considerando a aprovação do mencionado Convênio ICMS n. 86 de 30 de setembro de 2011, internado pela Lei n. 4.732/2011, forçado pela decisão do Supremo.

Por se tratar de revogação ou alteração de benefício fiscal a jurisprudência se distancia do princípio da anterioridade tributária, seja a anterioridade normal ou a nonagesimal, para entender que a incidência da nova sistemática pode ser imediata, conforme se depreende dos excertos das ementas abaixo citadas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal[4], *verbis*:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO OU REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL. POLÍTICA ECONÔMICA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO ESTADO. DESNECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DAS REGRAS DE ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.
> I – **A revisão ou revogação de benefício fiscal, por se tratar de questão vinculada à política econômica que pode ser revista pelo Estado a qualquer momento, não está adstrita à observância das regras de anterioridade tributária previstas na Constituição**. Precedentes.
> II – Agravo regimental improvido.
> (RE 562669 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-03 PP-00410)
>
> EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. LC 122/06. BENEFÍCIO FISCAL. POLÍTICA TRIBUTÁRIA. DESNECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. PRECEDENTE. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBLIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS.
> I – **A Corte firmou entendimento segundo o qual a revisão ou extinção de um benefício fiscal, que por se tratar de política econômica que pode ser revista a qualquer momento pelo Estado, não está restrita à observância dos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade**. Precedente.
> II - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não enseja ofensa ao princípio da não cumulatividade a situação de inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou

50

[4] Os precedentes citados retratam adaptação da antiga Súmula n. 615 do STF de que o princípio constitucional da anualidade não tem aplicação em caso de revogação de isenção do ICM.

Folha nº: 126
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 116098

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Precedentes.
III – Agravo regimental improvido.
(AI 783509 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-220 DIVULG 16-11-2010 PUBLIC 17-11-2010 EMENT VOL-02432-01 PP-00149 RDDT n. 186, 2011, p. 181-185 LEXSTF v. 32, n. 384, 2010, p. 144-152 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 125-129)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEDUÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITAÇÕES. ARTIGOS 42 E 58 DA LEI N. 8.981/95. CONSTITUCIONALIDADE. **AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 150, INCISO III, ALÍNEAS "A" E "B"**, E 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
1. O direito ao abatimento dos prejuízos fiscais acumulados em exercícios anteriores é expressivo de **benefício fiscal em favor do contribuinte. Instrumento de política tributária que pode ser revista pelo Estado**. Ausência de direito adquirido
2. A Lei n. 8.981/95 não incide sobre fatos geradores ocorridos antes do início de sua vigência. Prejuízos ocorridos em exercícios anteriores não afetam fato gerador nenhum. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(RE 344994, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00683 RDDT n. 170, 2009, p. 186-194)

A fundamentação adotada pelo STF segue a teoria clássica de que a isenção ou benefício fiscal revela dispensa legal de recolhimento do tributo, não afastando, portanto, a incidência e a obrigação tributária, mas sim, a constituição do crédito tributário. E, uma vez revogada a lei isentiva, nada obstaria a imediata cobrança do tributo outrora objeto de isenção, eis que o surgimento da obrigação tributária não restou impedido. Não se caracterizando instituição ou majoração de tributo, nos termos do que dispõe o art. 150, III, c) da Constituição Federal.

É certo que a posição jurisprudencial do STF refere-se, em maior medida, às hipóteses de revogação de isenção fiscal com incidência imediata da nova regra de subsunção tributária, o que não afasta a hipótese aqui objeto de análise, na qual a apuração do ICMS pelo regime do REA/ICMS é substituída pela nova sistemática do Proatacadista.

A doutrina clássica de Ricardo Lobo Torres[5] corrobora este entendimento, a despeito da posição garantista defendida pela literatura moderna, no sentido de que *quando a lei de isenção é revogada, readquire a lei de imposição a sua eficácia, eis que, como explica o Professor Novelli, é caso de concorrência de normas e de reaquisição da eficácia qualificatória da norma impositiva.*

Em continuação o mencionado autor cita um exemplo: *a lei do ICMS prevê a incidência sobre qualquer saída de mercadoria dos estabelecimentos comerciais e produtores; depois outra lei concede isenção à saída de leite, derrogando a norma geral de incidência; se for revogada a norma que concede a isenção do leite, dá-se a reaquisição da eficácia da lei anterior que previa a incidência fiscal, inconfundível com a repristinação, que inexiste no nosso direito.*

II. c. Demandas ajuizadas pelo Sindiatacadista

A controvérsia objeto de análise neste opinativo, em certa parte, foi judicializada pelo Sindiatacadista – Sindicato do Comércio Atacadista do Distrito Federal no **Mandado de Segurança n. 2012.01.1.018316-8** e **Mandado de Segurança n. 2011.01.1.216638-8**, além da **Medida Cautelar Incidental n. 2011.00.2 025686-7** manejada no âmbito do e. TJDFT, conforme se depreende dos presentes autos (documentos acostados).

No primeiro mandado de segurança a que se faz referência, o impetrante pretende a suspensão por noventa dias (princípio da anterioridade nonagesimal) da aplicação do art. 10 da Lei n. 4.731/2011 e do art. 6º da Lei n. 4.732/2011, mantendo-se, portanto, o regime do REA/ICMS neste período de *vacatio legis*.

A liminar incialmente foi indeferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, sob o fundamento de que o impetrante, por via transversa, pretende ver afastada a liminar proferida em ação direta de inconstitucionalidade pelo

[5] Torres, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 11ª Ed. Atualizada até a publicação da Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003. Rio de Janeiro: Renovar: 2004, p. 313.

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Folha nº: 128
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 416078

Conselho Especial do TJDFT[6] no sentido de que a Lei Distrital n. 4.160/2008 (REA/ICMS) desrespeitou a forma pela qual são estabelecidas as alíquotas pelo Senado Federal, nas operações interestaduais, não observando, pois, as regras estabelecidas pela Lei Complementar 24/75 e 87/96, violando, ademais, o princípio constitucional da não-cumulatividade.

Segue abaixo trecho da decisão no que interessa, *verbis*:

"Lei Distrital 4.160 de 13 de junho de 2008, ao estabelecer o REA - Regime Especial de Apuração do ICMS, desrespeitou a forma pela qual são estabelecidas as alíquotas pelo Senado Federal, nas operações interestaduais, não observando, pois, as regras estabelecidas pela Lei Complementar 24/75 e 87/96, violando, ademais, o princípio constitucional da não-cumulatividade.

Sustenta, em suma, a impetrante o fato de que o REA /ICMS foi instituído no Distrito Federal, após a extinção do antigo TARE, pela lei n° 4.160/2008, regulamentada pelo Decreto n° 29.179/2008. De acordo com o impetrante o referido regime fixa alíquotas fixas sobre a saída da mercadoria em substituição ao regular procedimento de débito e crédito para a apuração do ICMS.

O Distrito Federal enviou projeto de lei a Câmara Distrital revogando a lei n° 4.160/2008, para a edição de um novo regime de benefício para as operações internas, nominado como pro - atacadista. Ocorreu a aprovação do projeto de lei em 30 de dezembro de 2011, com a publicação das leis 4.731 e 4.732, todas de 30 de dezembro de 2011.

A lei n° 4.160/2008 foi revogada pelas duas leis 4.731 e 4.732 promulgadas e publicadas em 30 de dezembro de 2011, que de imediato promoveram uma alteração no regime de apuração do ICMS, com um acréscimo na alíquota de tributação do ICMS. Salienta a impetrante que a vigência da novel legislação olvidou o princípio da anterioridade nonagesimal - artigo 150, inciso III, alíneas (b) e (c), da Constituição Federal.

---

[6] Órgão Conselho Especial
Classe Ação Direta de Inconstitucionalidade
Processo N. 2008 00 2 013383-1 ADI - 0013383-98.2008.807.0000 (Res.65 - CNJ)
Requerente(s) PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
Requerido(s) PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL E OUTROS
Relator Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA
E M E N T A. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL 4.160/2008 EM FACE DA LODF - REA/ICMS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - LIMINAR - PRESENÇA DOS REQUISITOS.
01. **A Lei Distrital 4.160 de 13 de junho de 2008, ao estabelecer o REA - Regime Especial de Apuração do ICMS, desrespeitou a forma pela qual são estabelecidas as alíquotas pelo Senado Federal, nas operações interestaduais, não observando, pois, as regras estabelecidas pela Lei Complementar 24/75 e 87/96, violando, ademais, o princípio constitucional da não-cumulatividade**.
02. É o quanto basta para deferir o pedido de liminar e determinar a suspensão da eficácia da Lei Distrital 4.160/2008.
03. Rejeitadas as preliminares, deferiu-se a medida cautelar. Maioria.

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2° andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Folha nº: 129
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 46098

Requer em sede de liminar, portanto, a suspensão por noventa dias da aplicação do artigo 10°, da Lei n° 4.731/2011 e artigo 6°, da Lei n° 4.732/2011.

...

Em suma, pretende o impetrante a aplicação da lei n° 4.16//2008, contudo, o pleito do impetrante não merece acolhido, diante do julgamento da liminar na ADI n° ADI 2008 00 2 013383-1. (...)

Em resumo, pretende o impetrante, por via transversa, o afastamento de liminar proferida em ação direta de inconstitucionalidade, em evidente contrariedade ao julgado do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Diante disto, indefiro o pedido de liminar."

No Mandado de Segurança n. 2011.01.1.216638-8, ao qual foi atrelada a Medida Cautelar Incidental n. 2011.00.2 025686-7 manejada no âmbito do e. TJDFT houve extinção sem julgamento de mérito daquele *writ*, decisão que foi objeto de impugnação, recebida em ambos os efeitos, o que até o momento afasta a pretensão de aplicação de suspensão por noventa dias (princípio da anterioridade nonagesimal) das Leis n.s 4.731/2011 e 4.732/2011.

O Sindiatacadista, contudo, obteve decisão liminar[7] favorável na referida Medida Cautelar Incidental n. 2011.00.2 025686-7 proferida pelo TJDFT. Da leitura da referida medida liminar, percebe-se que a mesma foi deferida para *determinar que o Distrito Federal se abstenha de cumprir a alteração do art. 1º, inciso I, do Decreto Distrital n.º 33.296/11 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias, em observância ao disposto no artigo 150, inciso III, da CRFB/88.*[8]

Isso significa que a decisão liminar se refere ao Decreto n. 33.296/2011, publicado no DODF de 1º de novembro de 2011, com o fim de dar nova

---

[7] A decisão foi mantida após agravo interno manejado pela PGDF;

[8] "Trata-se de ação cautelar, com pedido de liminar, interposta, em sede de apelação, pelo SINDIATACADISTA - SINDICATO DO COMÉRICO ATACADISTA DO DISTRITO FEDERAL, contra sentença que julgou extinto o mandado de segurança, sem resolução do mérito.

...

Requer, liminarmente, que o Distrito Federal não realize a cobrança do tributo na sistemática proposta pelo Decreto 33.296/2011 sobre os fatos geradores ocorridos e aqueles que venham a ocorrer até fevereiro de 2012, suspendendo a exigibilidade do tributo até o julgamento do mérito do mandado de segurança coletivo impetrado pelo recorrente.

...

Do mesmo modo, caracterizado está o periculum in mora, porquanto o mencionado Decreto Distrital majora a base de cálculos das operações regidas pelo Regime Especial de Apuração do ICMS (REA), o que deve ser suportado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, dificultando, notadamente, o exercício da atividade empresarial.

Noutro giro, prefacialmente, entendo que o pedido da parte autora quanto à suspensão da exigibilidade do tributo até o julgamento de mérito do mandado de segurança coletivo não merece guarida, pois a decisão judicial teria o condão de suspender as disposições do Decreto por prazo além daquele fixado pelo texto constitucional (noventa dias, in casu).

Ao lume do exposto, defiro, em parte, **o pedido liminar, para determinar que o Distrito Federal se abstenha de cumprir a alteração do art. 1º, inciso I, do Decreto Distrital n.º 33.296/11 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias, em observância ao disposto no artigo 150, inciso III, da CRFB/88.**"

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Folha nº: 130
Processo nº: 0100000098/2012
Rubrica: Matrícula: 416898

regulamentação à Lei n. 4.160/2008, que instituiu o REA/ICMS. Contudo, por ter sido a referida Lei n. 4.160/2008 expressamente revogada pelas Leis n. 4.731/2011 e 4.732/2011, **não há como subsistir os efeitos do mencionado decreto regulamentar**.

Em outras palavras, a despeito da decisão proferida na referida medida cautelar determinando a inviabilidade de aplicação das novas disposições do Decreto n. 33.296/2011 *antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias*, fato é que ao ser revogada a Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS), que dava substrato normativo para existência e validade do referido decreto, não há como sustentar sua permanência no ordenamento jurídico distrital.

II. d. Fato superveniente

Após a elaboração do presente parecer, abordando o contexto jurídico que se apresenta acima, sobreveio a decisão (juntada às fls. 111/112), proferida no Mandado de Segurança n. 2012.01.1.018316-8, da qual tomamos conhecimento em 20 de março de 2012, **reconsiderando** a liminar anteriormente proferida para determinar que o Distrito Federal abstenha-se de cumprir as Leis 4.731/11 e 4.732/11 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias, em observância ao disposto no art. 150, inciso III, da CF.

Eis trecho da decisão que reconsiderou a liminar, *verbis*:

"...O fato é que em ambos os casos, vigência imediata ou 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada, ocorre a infringência aos princípios da anterioridade e da nonagesimal, insculpidos no artigo 150, inciso III, alíneas "a", "b" e "c" da CRFB/88:
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
III - cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;
Ante o confronto das leis distritais e do texto constitucional, reputo presente a plausibilidade do direito invocado pela parte autora, **de forma a preservar o princípio da "não surpresa" ao contribuinte**.

Folha nº: 131
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 46098

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Do mesmo modo, caracterizado está o periculum in mora, porquanto a incidência imediata das aludidas legislações - que revogam o Regime Especial de Apuração do ICMS (REA) - acaba, por lógica, majorando a base de cálculos das operações então disciplinadas pelo antigo regime - REA/ICMS, o que deve ser suportado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, dificultando, notadamente, o exercício da atividade empresarial.

Por fim, importante consignar que a declaração de inconstitucionalidade, em sede cautelar, da Lei 4.160/2008 não atinge aqueles que se beneficiavam do regime anterior de apuração do ICMS, dado o efeito prospectivo de tal declaração.

Ao lume do exposto, **hei por bem reconsiderar a decisão anterior para [sic] defirir o pedido liminar, de forma a determinar que o Distrito Federal se abstenha de cumprir as Leis 4.731/11 e 4.732/11 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias, em observância ao disposto no artigo 150, inciso III, da CRFB/88**. (...)'

A despeito de discordar dos fundamentos apresentados na r. decisão judicial, devo orientar que **o Distrito Federal deve cumpri-la em todos os seus termos**, salvo reforma ou deferimento de efeito suspensivo em caso de eventual interposição de recurso ou decisão de mérito cassando-a, o que, até o presente momento não ocorreu, conforme consulta realizada no sítio eletrônico do TJDF. Nesse sentido, em caso de reforma, efeito suspensivo, ou decisão de mérito que casse a aludida medida liminar, **mantêm-se os fundamentos então apresentados no presente opinativo antes da consideração do fato jurídico superveniente, aqui apresentado**.

III. CONCLUSÃO

O Distrito Federal, por força da decisão liminar proferida no Mandado de Segurança n. 2012.01.1.018316-8, deve observar o princípio da anterioridade tributária, no caso a nonagesimal, quando da edição das Leis ns. 4.731/11 e 4.732/11, mantendo-se, portanto, a aplicação do regime – REA/ICMS, até o advento da implementação do referido período de 90 (noventa) dias.

Contudo, caso a referida decisão liminar seja reformada, ou em caso de deferimento de efeito suspensivo a recurso interposto, ou mesmo haja decisão de mérito no mandado de segurança cassando-a, sem que seja emprestado efeito suspensivo a recurso sob esta última decisão, segue orientação jurídica, segundo os questionamentos feitos pela Secretaria de Estado de Fazenda do DF a esta Procuradoria-Geral:

Folha nº: 132
Processo nº: 040.000.798/2012
Rubrica: Matrícula: 416.898

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

1. A Lei n. 4.160/08, que instituiu o REA/ICMS, já foi revogada ou permanece em vigor? Sim, a Lei n. 4.160/2008 (REA/ICMS) foi revogada pelas Leis n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011, deixando de ser aplicada a partir da publicação no DODF n. 250, de 30 de dezembro de 2011, da Lei n. 4.732/2011;

2. No caso de os contribuintes ainda poderem realizar operações na sistemática do REA, quais operações (internas ou interestaduais) e até que data eles poderão realizá-las na citada sistemática? Os contribuintes não podem utilizar a sistemática do REA/ICMS desde a entrada em vigor da Lei n. 4.732/2011.

3. No que diz respeito à referida ação cautelar (Processo n. 2011.00.2.025686-7):

a) Qual o efeito sobre ela da edição das Leis n. 4.731/11 e n. 4.732/11, que possuem dispositivos que revogam a Lei n. 4.160/08, tendo em vista que decisão judicial diz respeito a decreto (Decreto n. 33.296/11) que altera o decreto regulamentar da citada Lei n. 4.160/08? A decisão proferida pelo e. TJDFT em sede de medida liminar no Processo n. 2011.00.2 025686-7 (Medida Cautelar Incidental) não tem efeito algum sobre as Leis n. 4.731/2011 e n. 4.732/2011, considerando que o objeto da demanda judicial é pertinente exclusivamente ao Decreto n. 33.296/2011, ato normativo que perdeu validade, eficácia e vigência com a revogação da Lei n. 4.160/2008, que lhe dava substrato jurídico.

b) Como a administração tributária deve agir em relação à cobrança do ICMS relativo aos períodos de outubro de 2011 a janeiro de 2012 dos contribuintes optantes do REA? Aos contribuintes optantes do REA/ICMS deve ser aplicado o regime da Lei n. 4.160/2008 sem posterior incidência do Decreto n. 33.296/2011 (publicado no DODF de 1º de novembro de 2011), que em tese somente passaria a ser aplicado - consoante determinação judicial, noventa dias após sua publicação, não fosse a revogação da lei que lhe dava sustentação normativa. E, a partir da edição da Lei n. 4.732/2011, os contribuintes devem se submeter ao regime normal de apuração do ICMS até completar os quarenta e cinco dias para incidência da Lei n. 4.731/2011, que estabeleceu o novo regime Proatacadista.

Folha nº: 133
Processo nº: 040000 98/2012
Rubrica: Matrícula: 46089-8

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

Subsiste ainda a solicitação de oitiva desta Procuradoria-Geral, contida no Despacho n. 007/2012 – AJL/SEF (fls. 42/46), referente à eventual descumprimento da Cláusula Terceira do Convênio ICMS n. 86/2011 pela Lei n. 4.731/2011 (Proatacadista). No entanto, ante a urgência solicitada na análise e elaboração deste opinativo, considerando ainda a incerteza operacional de apuração dos regimes em destaque no âmbito distrital, conforme relatado pelo órgão Consulente e, ainda, a necessidade de maiores esclarecimentos técnico-econômicos por parte da Secretaria de Estado de Fazenda do DF quanto ao novo regime fixado pela Lei n. 4.731/2011 (Proatacadista), sugiro que este processo, previamente, retorne à SEF para conhecimento das orientações jurídicas delineadas neste parecer.

Nesta oportunidade, solicita-se que instrua os presentes autos com informações técnicas acerca da diferença entre o novo regime (Proatacadista) e a sistemática normal de apuração do ICMS, destacando se há benefício fiscal (diminuição da carga tributária) e, se houver, se há autorização prévia do CONFAZ para sua implementação no âmbito local.

Após, solicita-se o retorno dos presentes autos a esta Procuradoria-Geral para análise e emissão de parecer.

Submeto à superior apreciação.

Brasília-DF, 03 de maio de 2012.

Eduardo Muniz Machado Cavalcanti
Procurador do Distrito Federal

Folha nº: 134
Processo nº: 040000098/2012
Rubrica: Matrícula: 46088

SAIN, Bloco "I", Brasília – Distrito Federal – CEP 70.620-000
Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 2º andar
Tels. (61) 3325-3320 e (61) 3325-3366

PROCESSO n.: 040-000.098/2012
INTERESSADO: AJL/GAB/SEF
ASSUNTO: PROCEDIMENTO NORMA

Folha n.: 135
Processo n.: 040-000098/2012
Matrícula: 176584-1
Rubrica:

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral,

Apresento à consideração de Vossa Excelência o Parecer nº 121/2012–PROFIS/PGDF, emitido pelo ilustre Procurador Dr. Eduardo Muniz Machado Cavalcanti, às fls. 117-134, em atenção à consulta formulada pela Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal sobre o Regime Especial de Apuração do ICMS (REA/ICMS), instituído pela Lei nº 4.160, de 13.06.08, tendo em vista a edição das Leis nº 4.731 e 4.732, ambas publicadas em 30.12.11.

Em suma, questiona a consulente:

(i) A Lei nº 4.160/08, que institui o REA/ICMS, já foi revogada ou permanece em vigor?

(ii) No caso de os contribuintes ainda poderem realizar operações na sistemática do REA, quais as operações (internas ou interestaduais) e até que data eles poderão realizá-las na citada sistemática?

(iii) No que diz respeito à referida ação cautelar (Processo nº 2011.00.2.025686-7):

a) Qual o efeito sobre ela da edição das Leis nº 4.731/11 e 4.732/11, que possuem dispositivos que revogam a Lei nº 4.160/08, tendo em vista que decisão judicial diz respeito a decreto (Decreto nº 33.296/11) que altera o decreto regulamentador da citada Lei nº 4.160/11?

b) Como a administração tributária deve agir em relação à cobrança do ICMS relativo aos períodos de outubro de 2011 a janeiro de 2012 dos contribuintes optantes do REA?

Inicialmente, esclarece o parecerista que, diante do impasse sobre a cobrança retroativa de ICMS gerado pela decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.549) que declarou inconstitucionais isenções e incentivos não previamente aprovados pelo CONFAZ, o Convênio ICMS 86/2011-CONFAZ, firmado em 30.10.11, estabeleceu a suspensão e a remissão de ICMS resultante da diferença entre o regime normal de apuração e o tratamento estabelecido pelas Leis nº 2.384/99 e

4.160/08 (REA/ICMS) e vinculou o Distrito Federal ao compromisso de não conceder ou prorrogar benefícios fiscais sem observância ao disposto na LC nº 24/75.

O referido ajuste foi homologado integralmente pelo DF por meio da Lei nº 4.732/11, que expressamente revogou a Lei 4.160/08 (REA/ICMS) com vigência imediata à data de sua publicação.

Explica o procurador que, antes mesmo da edição da Lei 4.732/11, foi editado o Decreto nº 33.296/11, publicado em 01.11.11, com efeitos retroativos a 01.10.11, para antecipar a finalidade do Convênio 86 e excluir as operações interestaduais do REA/ICMS. Entretanto, por determinação judicial proferida no bojo de Ação Cautelar promovida pelo Sindiatacadista, a aplicação do referido Decreto deveria observar a anterioridade nonagesimal, o que transferiu o início de sua vigência para 01.02.12.

Simultaneamente à Lei 4.732/11, também foi publicada em 30.12.11 a Lei 4.731/11, que instituiu o Programa de Fomento à Atividade Atacadista (PROATACADISTA) o qual, em substituição ao REA/ICMS, instituiu regime diferenciado de fomento à atividade atacadista distrital.

Ocorre que, como cerne da questão, a Lei 4.7311/11 também revoga a Lei 4.160/08, sem, contudo, indicar o início de sua vigência o que, como indica o opinativo, convoca a aplicação da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro a qual impõe, aos casos omissos, uma *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco) dias.

Desse modo, aduz o parecerista que, tendo sido o REA revogado por duas leis, de mesma hierarquia e sem distinção sob o critério da especialidade, publicadas no mesmo dia, mas com termos iniciais de vigência distintos, a questão somente pode ser dirimida pelo método interpretativo sistêmico.

Nessa linha, argumenta que o propósito de ambas as normas é de revogação da Lei 4.160/11, cumprindo salientar que, enquanto a Lei n 4.732/11 aboliu o REA na data de sua publicação, a Lei 4.731/11, que na origem previa efeitos retroativos ao Programa Proatacadista a partir de 01.10.11, foi publicada sem indicação do termo inicial de vigência, em razão de veto do Governador no ponto. Tais circunstâncias permitem inferir que o REA/ICMS resta revogado desde 30.12.11.

Sobre a observância do princípio constitucional da anterioridade, diante da informação de que o regime Proatacadista acarreta aumento de carga tributária de ICMS em substituição ao REA, entende o procurador que ao caso se aplica a jurisprudência do STF no sentido de que a anterioridade pode ser afastada quando o

aumento da carga tributária resulta da revisão ou revogação de benefício fiscal, uma vez que não se trata de nova obrigação, mas do redimensionamento na constituição do crédito tributário em decorrência de uma política econômica.

Com efeito, é notório que a Lei nº 4.731/11 visa a estabelecer um mecanismo fiscal de fomento a atividades interestaduais antes contempladas pelo REA, porém, autorizado por um meio legal mais adequado ao ordenamento jurídico nacional. Também não se pode olvidar a informação técnica da SEF de que os benefícios conferidos pelo Proatacadista são menos acentuados que aqueles permitidos pelo REA, o que implica admitir que, ainda beneficiados em relação ao regime normal de apuração de ICMS, os contribuintes optantes pelo REA passarão a arcar com mais impostos sob o regime da Lei 4.731/11.

Essa premissa até possibilitaria o raciocínio adotado pelo parecerista no sentido de que o Proatacadista não se submete ao princípio da anterioridade por trazer em si uma sobreposição de normas que regulam uma política econômica. Entendo, entretanto, que essa consideração merece reparo.

Isso porque a sobreposição de regimes não foi automática. Como bem defende o colega, o REA fora extinto em 30.12.11 e o Proatacadista passou a vigorar em 14.02.12. Tem-se, assim, que sobre os fatos geradores ocorridos entre esses marcos temporais incidiu o ICMS nos moldes regulares de apuração, sem qualquer benesse, porquanto a revogação do REA pela Lei 4.732/11 se operou por mecanismo que não reviu, mas simplesmente extinguiu o regime especial e, somente, o início da vigência da Lei 4.731/11 (Proatacadista) conferiu novos incentivos.

Destarte, sem aderir às razões indicadas, tenho por correto o entendimento de que o regime Proatacadista não está amarrado à anterioridade nonagesimal, não por se tratar de revisão de benefício, mas por inovar no sistema jurídico vigente ao proporcionar nova redução de tributo.

Tal conclusão, no entanto, não afasta, como bem orienta o parecerista, o dever de cumprimento da medida liminar deferida no Mandado de Segurança nº 2012.01.1.018316-8 após a formulação desta consulta, que abstém o Distrito Federal de cumprir as Leis nº 4.731/11 e 4.732/11 antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias. Isso, enquanto perdurarem os efeitos da decisão, porquanto, em caso de reforma, efeito suspensivo ou decisão definitiva em sentido contrário, subsistem as conclusões do opinativo em apreço.

Folha n.: 136
Processo n.: 040-000098/2012
Matrícula: 176584-1
Rubrica:

Quanto à medida cautelar que prorrogou para 01.02.12 o disposto no Decreto nº 33.296/11, entende o parecerista que seus efeitos não subsistem, uma vez que regula a aplicação de decreto sem substrato legal, uma vez regulamentador de lei expressamente revogada. O que significa dizer que houve perda de objeto da referida decisão.

Diante disso, conclui que o REA/ICMS foi revogado pela vigência da Lei nº 4.732/11, não podendo ser aplicado desde 30.12.11; que a medida cautelar incidental que altera a vigência do Decreto nº 33.296/11 não tem efeito sobre as Leis nº 4.731/11 e 4.732/11; e que, entre o período de out/2011 a jan/2012 deve ser aplicado o REA sem incidência do Decreto nº 33.296/11 e, com a entrada em vigor da Lei nº 4.732/11, deve ser aplicado o sistema normal de apuração de ICMS até que cumprida a *vacatio legis* da Lei nº 4.731/11, de 45 (quarenta e cinco) dias, após o que incide o novo regime Proatacadista.

Ocorre que os substanciosos fundamentos apresentados pelo parecerista são impactados, na prática, pela anterioridade imposta à vigência das Leis nº 4.731/11 e 4.732/11 por decisão judicial. Em face disso, acrescento ao parecer as seguintes orientações, que se sustentam enquanto aplicável a decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 2012.01.1.018316-8:

(i) a sistemática do REA/ICMS não pode ser aplicada a partir do termo inicial de vigência da Lei nº 4.732/11, por força de revogação expressa da Lei 4.160/11, respeitada a anterioridade nonagesimal conforme medida liminar proferida;

(ii) a decisão judicial sobre a vigência Decreto nº 33.296/11 se impõe até o início da vigência das Leis nº 4.731/11 e 4.732/11, e só com a revogação efetiva da Lei 4.160/08 perde sua razão de ser;

(iii) aos contribuintes optantes pelo REA/ICMS deve ser aplicado o regime especial, até sua revogação, com os efeitos do Decreto nº 33.296/11 após 90 (noventa) dias de sua publicação; e

(iv) diante da decisão judicial que aplica a observância da anterioridade nonagesimal às leis nº 4.731/11 e 4.732/11, ao mesmo tempo em que se opera a revogação do REA/ICMS, passa a vigorar o regime Proatacadista (Lei nº 4.731/11).

Folha n.: 137
Processo n.: 040-000098/2012
Matrícula: 176584-1
Rubrica:

Assim, tenho por correta a orientação jurídica contida no opinativo e, com os acréscimos aqui apontados, APROVO o Parecer nº 121/2012-PROFIS/PGDF, submetendo-o à análise de Vossa Excelência.

Brasília, 09 de maio de 2012.

BRUNO PAIVA DA FONSECA
Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

Folha n.: 138
Processo n.: 040-000098/2012
Matrícula: 176584-1
Rubrica:

Folha: 139
Processo Nº: 040-000098/2012
Rubrica: 1768841

As folhas 137 a 139 foram renumeradas p/ conter erro.
1768841

RECEBIMENTO DE CONCLUSÃO
Aos 10 05 12 [illegible] entregues
[illegible] Assessoria
e, em 10/05/12 [illegible] (o)
GAB / DIGAB
[illegible] 233[illegible]

MS 08.05.12

PROCESSO n.: 040-000.098/2012
INTERESSADO: AJL/GAB/SEF
ASSUNTO: PROCEDIMENTO NORMA

Folha n.: 270
Processo n.: 040-000098/2012
Matrícula: 176584-1
Rubrica:

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral,

Apresento à consideração de Vossa Excelência o Parecer nº 199/2012–PROFIS/PGDF, emitido pelo ilustre Procurador Dr. **Eduardo Muniz Machado Cavalcanti**, às fls. 259-269, em complementação às conclusões adotadas no Parecer nº 121/2012-PROFIS/PGDF, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da Lei n 4.160/2008 (REA/ICMS) proferida no julgamento da ADI nº 2008.00.21.013383-1 e a edição da Lei nº 4.808/2012, que altera a Lei nº 4.731/2011.

Aduz o nobre parecerista que a decisão do TJDFT, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, esvaziou a validade e a vigência da Lei nº 4.160, de 13.06.08, por todo o tempo em que vigorou, eliminando-a do mundo jurídico.

Desse modo, entende que "não pode qualquer lei distrital valer-se de comandos normativos contidos na referida lei inconstitucional" e, mesmo não compondo o objeto da referida ação direta de inconstitucionalidade e em plena vigência, as Leis nº 4.391/2011, 4.372/2011 e 4.808/2012 não repercutem juridicamente quanto à revogação da Lei nº 4.160/2008.

Por entender correta a orientação jurídica esposada, **APROVO** o parecer em referência, submetendo-o à análise de Vossa Excelência.

Cumpre consignar que as conclusões ora adotadas visam ao arremate da consulta de que tratam esses autos, bem como àquela, também formulada pela Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, nos autos do processo administrativo nº 040-001.774/2012. Registre-se ainda que, naquele feito, a consulente requer a outorga de efeito normativo ao opinativo.

Brasília, 31 de agosto de 2012.

BRUNO PAIVA DA FONSECA
Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

MS 14.08.12

DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

GDF

PROCESSO Nº: 040.000.098/2012
INTERESSADO: AJL/GAB/SEF
ASSUNTO: Procedimento Norma

Folha nº 271
Processo nº 040.000098/2012
Rubrica 43182-6

APROVO O PARECER Nº 0121/2012 – PROFIS/PGDF E O PARECER Nº 0199/2012 – PROFIS/PGDF, ambos de autoria do ilustre Procurador do Distrito Federal **EDUARDO MUNIZ MACHADO CAVALCANTI**, com os acréscimos da cota de fls. 135/139, bem como a cota de fl. 270, subscritas pelo eminente Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal – PROFIS, **BRUNO PAIVA DA FONSECA**.

Diante do caráter complementar do segundo opinativo em relação ao primeiro, o Centro de Estudos desta Procuradoria-Geral deve proceder às devidas anotações no sistema de consulta de pareceres.

Extraia-se cópia do **PARECER Nº 0199/2012 – PROFIS/PGDF**, bem como das respectivas cotas de aprovação, e junte-se aos autos do Processo Administrativo nº 040.001.774/2002, nos quais foram formulados os questionamentos que sintetizaram o objeto remanescente da consulta.

MS

Quanto à solicitação para concessão de efeito normativo à orientação firmada por esta Casa, entendo que se mostra desnecessário. Isso porque a conclusão alcançada nada mais é do que aplicação direta do efeito *ex tunc* da decisão proferida pelo Judiciário em controle abstrato de normas.

Por fim, restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal para conhecimento e adoção das providências cabíveis.

Em 11 / 10 /2012.

ROBSON VIEIRA TEIXEIRA DE FREITAS
Procurador-Geral Adjunto do Distrito Federal

Folha nº 272
Processo nº 040.000098/2012
Rubrica 43182-6