



Órgão : 3ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO CÍVEL
N. Processo : **20160110917937APC**
(0032332-38.2016.8.07.0018)
Apelante(s) : ACQUA ROSE BIJUTERIAS E ACESSORIOS
LTDA - EPP
Apelado(s) : DISTRITO FEDERAL
Relator : Desembargador ALVARO CIARLINI
Acórdão N. : 1054023

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS ANTECIPADA. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. CONVÊNIO CONFAZ Nº 93/2015. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE OPTOU PELO SIMPLES NACIONAL. ADI 5464 EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER A VALIDADE DA CLÁUSULA NONA DO CONVÊNIO. DEPÓSITO DOS VALORES DEVIDOS. EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO SUSPENSA. SENTENÇA REFORMADA.

1. A atribuição para que os Estados e o Distrito Federal instituíam o ICMS encontra-se no art. 155, inc. II, da Constituição Federal. De acordo com a referida norma, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e também sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
2. A Emenda Constitucional nº 87/2015 alterou o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e incluiu o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do ICMS, aplicável sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a

consumidor final, contribuinte do imposto ou não, localizado em outro Estado.

3. Em face da alteração levada a efeito pela EC nº 87/2015, o Conselho Nacional de Política Fazendária celebrou o Convênio ICMS nº 93/2015 que, dentre outras atribuições, estabeleceu em sua cláusula nona que as disposições do convênio supracitado seriam aplicáveis aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

4. A Lei Distrital nº 5.558/2015, que alterou a Lei Distrital nº 1.254/1996 também em atenção à EC nº 87/2015, acrescentou o art. 20-A para estabelecer que "é devido ao Distrito Federal o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas operações com mercadoria proveniente de outra unidade federada destinada a contribuinte do imposto estabelecido no Distrito Federal optante pelo Simples Nacional".

5. Na ADI nº 5.464-DF, o Eminentíssimo Ministro Relator Dias Toffoli concedeu tutela cautelar para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio CONFAZ nº 93/2015 em relação às sociedades empresárias (micro-empresas e empresas de pequeno porte) optantes pelo Simples Nacional, até o julgamento final da demanda.

6. Uma vez que a sociedade empresária apelante é optante do regime do Simples Nacional, em princípio, a cobrança de ICMS na forma descrita no Convênio CONFAZ nº 93/2015 não pode ser-lhe exigida até decisão final a ser proferida na ADI 5464.

7. Em razão da impossibilidade de compensação desse crédito, é importante aguardar o julgamento final da ADI nº 5.464-DF, especialmente à vista da peculiaridade de que a apelante ofereceu depósito judicial dos valores a serem recolhidos.

8. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **3ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **ALVARO CIARLINI** - Relator, **FLAVIO ROSTIROLA** - 1º Vogal, **FÁTIMA RAFAEL** - 2º Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora **FÁTIMA RAFAEL**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER E DAR PROVIMENTO, UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 11 de Outubro de 2017.

Documento Assinado Eletronicamente

ALVARO CIARLINI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela sociedade empresária **Aqua Rose Bijuterias e Acessórios Ltda** (fls. 238-270) contra a sentença (fls. 213-216v) prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que julgou o pedido inicial improcedente.

Na origem, a autora, sociedade empresária **Acqua Rose Bijuterias e Acessórios Ltda**, ajuizou ação declaratória de nulidade de relação jurídica tributária, com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, contra o Distrito Federal.

O Juízo de origem indeferiu o requerimento de antecipação dos feitos da tutela. Em sede de agravo de instrumento, a Egrégia 3ª Turma Cível reformou a referida decisão, para suspender a exigibilidade do ICMS correspondente ao diferencial de alíquota previsto no art. 20-A, § 2º, da Lei Distrital nº 1.254/1996, mediante o depósito, em Juízo, do valor do diferencial da alíquota, até o julgamento final da ADI nº 5.464-DF.

Decorrida a marcha processual, foi prolatada sentença, tendo sido o pedido inicial julgado improcedente. Na ocasião, a sentença concluiu que “as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, é constitucional e legal, porquanto calcada no artigo 13, § 1º, inciso XII, alínea “g”, da Lei Complementar Federal nº 123/06” e considerou que “pelos notas fiscais que acompanham a inicial, cuida-se de operações interestaduais entre contribuintes do ICMS”.

Em suas razões recursais (fls. 238-270), a apelante relata que o Convênio ICMS nº 93/2015 regulamentou o pagamento do diferencial de alíquota sobre as operações referentes aos bens e serviços ao consumidor final, não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade da federação.

Assevera que a cláusula nona do referido Convênio impõe a aplicação de suas disposições também às sociedades empresárias optantes do Simples Nacional e que a Lei Distrital nº 5.558/2015 foi elaborada para permitir a cobrança do imposto correspondente à diferença entre alíquota interna e a interestadual de ICMS às entidades optantes do Simples Nacional.

Sustenta que ambos os dispositivos citados derivam de “interpretações equivocadas” do art. 155, da Constituição Federal, cujo texto não poderia ter sido aplicado em relação às empresas enquadradas no Simples Nacional.

Argumenta que o Simples Nacional é fundamentado no necessário

incentivo a microempresas e empresas de pequeno porte, ressaltando que “a Lei Distrital não pode imputar obrigação tributária diversa às empresas optantes por esse regime”. Afirma haver recebido cobranças dos valores do diferencial de alíquota sobre a circulação de seus produtos, conforme determina a Lei Distrital nº 5.558/2015, que ensejou o aumento aproximado de 20% (vinte por cento) em sua carga tributária.

Alega que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema nº 517, que trata da aplicação do diferencial de alíquota do ICMS às entidades empresariais que optaram pelo Simples Nacional.

Aduz também que o Distrito Federal não pode romper garantias constitucionais conferidas à apelante por sua condição de optante do Simples Nacional.

Informa que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (autos nº 5.494-DF), com requerimento liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, que inclui o pagamento do diferencial das alíquotas entre os Estados, por afetar as sociedades empresárias vinculadas ao Simples Nacional.

Notícia que o Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade supracitada concedeu tutela cautelar para suspender a eficácia da Cláusula 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, até o julgamento final da ação.

Argumenta que a ADI nº 5.494-DF tem o mesmo fundamento e objetivo da presente ação, qual seja, o pagamento do diferencial de alíquota interestadual entre os Estados adotada pelas empresas que apuram seu faturamento pelo programa do Simples Nacional.

Requer, portanto, o provimento da apelação para que o Distrito Federal se abstenha de cobrar o diferencial de alíquota de ICMS entre os Estados até o final do julgamento da ADI nº 5.494-DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Preparo regular (fls. 271-272).

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 274-276v), pugnando pelo desprovimento do recurso, bem como pela condenação do apelante ao pagamento de honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

É o relatório.

V O T O S

O Senhor Desembargador ALVARO CIARLINI - Relator

O recurso interposto merece ser conhecido, pois estão preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, sendo tempestivo e adequado à espécie.

Inicialmente, verifica-se que o apelante requereu a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para que o Distrito Federal se abstenha de cobrar o diferencial de alíquota de ICMS entre os Estados até o final do julgamento da ADI nº 5.494-DF, ou que seja deferido o depósito, em Juízo, do valor do diferencial de alíquota.

Ocorre que esse requerimento já foi deferido em sede de agravo de instrumento, sendo que a prolação de sentença, ainda que tendo sido julgado improcedente o pedido inicial, não revoga os efeitos da referida decisão. Por uma questão lógica, referente ao princípio da hierarquia da jurisdição, esses efeitos só cessariam no caso da sentença transitar em julgado, continuando a vigorar no aguardo de eventual recurso, até que o próprio Tribunal decida a questão.

Por essa razão, passo a apreciar o mérito da apelação.

Insurge-se a apelante contra a sentença (fls. 213-216v) prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que julgou improcedente o pedido inicial por considerar que "as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, é constitucional e legal, porquanto calcada no artigo 13, § 1º, inciso XII, alínea "g", da Lei Complementar Federal nº 123/06". Quanto ao mais, a referida sentença afirmou que "pelos notas fiscais que acompanham a inicial, cuida-se de operações interestaduais entre contribuintes do ICMS".

Requer a apelante o provimento do presente recurso para que o Distrito Federal se abstenha de cobrar o diferencial de alíquota de ICMS entre os Estados até o final do julgamento da ADI nº 5.494-DF.

Registre-se que a atribuição para que os Estados e o Distrito Federal instituíam o ICMS encontra-se no art. 155, inc. II, da Constituição Federal. De acordo com a referida norma, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e também sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Observe-se também que a Emenda Constitucional nº 87/2015

alterou o § 2º do art. 155 da Constituição Federal, tendo incluído o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do ICMS, aplicável sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.

Em razão da alteração levada a efeito pela EC nº 87/2015, o Conselho Nacional de Política Fazendária celebrou o Convênio ICMS nº 93/2015 que, dentre outras atribuições, estabeleceu, em sua cláusula nona, a aplicação das disposições do convênio supracitado aos contribuintes que optaram pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e sociedades empresárias de pequeno porte.

A Lei Distrital nº 5.558/2015 acrescentou o art. 20-A no texto da Lei Distrital nº 1.254/1996, também em atenção à EC nº 87/2015, para estabelecer que:

"(...) é devido ao Distrito Federal o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas operações com mercadoria proveniente de outra unidade federada destinada a contribuinte do imposto estabelecido no Distrito Federal optante pelo Simples Nacional".

No caso em exame, muito embora existam precedentes jurisprudenciais no sentido de que o recolhimento do diferencial de alíquota da Sistemática do Simples Nacional é permitido pelo art. 13, § 1º, inc. XIII, alíneas a e g, da Lei Complementar nº 123/2006, que criou o Simples Nacional, não é possível deixar de observar a decisão proferida na ADI nº 5.464-DF.

No julgamento da aludida ação direta, o ministro Relator Dias Toffoli concedeu tutela cautelar para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio CONFAZ nº 93/2015 em relação às sociedades empresárias (micro-empresas e empresas de pequeno porte) optantes pelo Simples Nacional, até o julgamento final da demanda.

A sociedade empresária apelante optou pelo regime do Simples Nacional, razão pela qual, a princípio, a cobrança de ICMS na forma descrita no Convênio CONFAZ nº 93/2015 não pode ser-lhe exigida até decisão final a ser proferida na ADI nº 5464.

Feitas essas considerações e em razão da impossibilidade de

compensação do referido crédito, é importante aguardar o julgamento final da ADI nº 5.464-DF, especialmente à vista da peculiaridade de que a apelante ofereceu depósito judicial dos valores a serem recolhidos (fls. 205-208). Ressalte-se, inclusive, que a supracitada decisão que concedeu tutela cautelar sequer exigiu depósito como condição para a suspensão, tendo a apelante atendido a decisão proferida em agravo de instrumento.

Nesse contexto, deve ser suspensa a exigibilidade do ICMS correspondente ao diferencial de alíquota de ICMS previsto no art. 20-A, § 2º, da Lei Distrital nº 1.254/1996 até o julgamento final da ADI nº 5.464-DF.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida a fim de suspender a exigibilidade do ICMS correspondente ao diferencial de alíquota previsto no art. 20-A, § 2º, da Lei Distrital nº 1.254/1996, até o julgamento final da ADI nº 5.464-DF.

É como voto.

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECER E DAR PROVIMENTO, UNÂNIME