

**TJDFT**

Poder Judiciário da União  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS  
TERRITÓRIOS

**Órgão** 3ª Turma Cível

**Processo N.** AGRAVO DE INSTRUMENTO 0702964-26.2018.8.07.0000

**AGRAVANTE(S)** DISTRITO FEDERAL

**AGRAVADO(S)** J. ROQUE COMERCIO DE ARTIGOS PARA FESTAS LTDA - ME

**Relator** Desembargador ALVARO CIARLINI

**Acórdão N°** 1106605

## **EMENTA**

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO CONVENIO ICMS N° 93 DO CONFAZ. SIMPLES NACIONAL.**

1. Hipótese de agravo de instrumento contra decisão que deferiu a tutela de urgência para determinar a suspensão dos efeitos do Convênio ICMS n° 93 do CONFAZ e assegurar à agravada a emissão de nota fiscal eletrônica.
2. O Excelso Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da cláusula nona do Convênio ICMS n° 93 do CONFAZ, que é o único ponto do regulamento que seria aplicável à agravada, por se tratar de optante do regime do Simples Nacional.
3. Em respeito ao efeito vinculante produzido pela decisão da lavra do Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli (artigos 21 e 28, parágrafo único, ambos da Lei n° 9.868/1999), não é possível aqui revigorar os efeitos da mencionada disposição regulamentar.
4. Convém esclarecer que o referido Convênio tem por objetivo regulamentar as disposições incluídas pela Emenda Constitucional n° 87/2015. Dessa forma, a finalidade do Convênio é a de regulamentar o regime de tributação do consumidor final não contribuinte de ICMS que adquire bens ou serviços em outra unidade federada.
5. A cláusula nona do convênio estende o regime do contribuinte final não contribuinte de ICMS às pessoas jurídicas optantes do Simples Nacional. O Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli entendeu que essa extensão somente poderia ser feita por meio de Lei Complementar, mas não mediante Convênio do CONFAZ.
6. As disposições do art. 13, § 1º, inc. XIII, alínea “h”, e § 5º, da Lei Complementar n° 123/2006 continuam sendo plenamente aplicáveis à agravada. Isso porque a cláusula nona do Convênio não pode alterar o regime de tributação fixado pela mencionada Lei Complementar.
7. A diferença entre a alíquota do estado de origem e a alíquota do estado de destino continua sendo devida e deve ser recolhida pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que são optantes do Simples Nacional. No entanto, o recolhimento deve ser feito na forma da Lei Complementar n°

123/2006, e não do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ.

8. Na prática, o efeito da liminar proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal é o de que, ao invés de aplicar aos optantes do Simples Nacional o regime do consumidor final não contribuinte de ICMS (Convênio nº 93 do CONFAZ), remanesce a aplicabilidade do regime das pessoas jurídicas não optantes do Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006).

9. Apesar de se mostrar correta a diferenciação dos regimes exposta no recurso, inviável restabelecer os efeitos do Convênio nº 93 do CONFAZ, como pretende o ente agravante

10. Não é demais insistir que o deferimento da tutela de urgência na origem não importa em nenhuma espécie de benefício fiscal, pois não afasta o dever da agravada de recolher a diferença de alíquotas em questão.

11. Recurso conhecido e desprovido.

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ALVARO CIARLINI - Relator, FLAVIO ROSTIROLA - 1º Vogal e GILBERTO DE OLIVEIRA - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora MARIA DE LOURDES ABREU, em proferir a seguinte decisão: CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de Junho de 2018

**Desembargador ALVARO CIARLINI**

Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Distrito Federal** contra a decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, nos autos do processo nº 0700208-87.2018.8.07.0018, que deferiu a tutela de urgência para determinar a suspensão dos efeitos do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ e assegurar à agravada a emissão de nota fiscal eletrônica, nos seguintes termos:

Apetição inicial faz referência ao Código de Processo Civil revogado, mas será considerado como erro material, não obstante o atual código esteja em vigor há quase um ano.

Trata-se de pedido de tutela antecipada de urgência formulada em petição inicial integral em que a autora pretende a suspensão dos efeitos do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ até decisão final.

Verifico que pretensão se amolda ao conceito de tutela de urgência, sendo uma das modalidades da tutela provisória prevista no artigo 294 e seguintes do Código de Processo Civil vigente.

As tutelas provisórias (de urgência e de evidência) vieram sedimentar a teoria das tutelas diferenciadas, que romperam com o modelo neutro e único de processo ordinário de cognição plena. São provisórias porque as possibilidades de cognição do processo ainda não se esgotaram, o que apenas ocorrerá no provimento definitivo.

Os requisitos da tutela de urgência estão previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil vigente, sendo eles: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Nesse caso analisando detidamente os autos verifico que estão presentes os requisitos legais, pois há probabilidade de direito nas alegações formuladas pela autora. Vejamos.

Sustenta a autora que cabe à Lei Complementar regular a aplicação da Emenda Constitucional nº 87/2015 às empresas optantes do Simples Nacional e não ao CONFAZ, entendendo ser indevida a cobrança do diferencial de alíquota na forma estabelecida na referida norma porque é optante do simples nacional.

Não há impossibilidade de cobrança do diferencial de alíquota para as empresas optantes do simples nacional em razão da norma expressa no artigo 13, § 1º, XIII, "g" da Lei Complementar nº 123/2002 e nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão infra:

**“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO. LEGALIDADE. PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA, ESPECIFICAMENTE QUANTO AO ESTADO DE MINAS GERAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL E, NESSA QUALIDADE, IMPROVIDO.**

I. Evidenciado o escopo infringente dos Embargos de Declaração, é de ser recebido o recurso como Agravo Regimental, até em razão da existência de pedido expresso da parte, nesse sentido. Embargos de Declaração conhecidos como Agravo Regimental. II. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ, "a contribuinte é empresa optante pelo Simples Nacional que adquire mercadorias oriundas de outros Estados da Federação. Insurge-se contra a exigência, por lei de seu Estado, do diferencial entre a alíquota interestadual (menor) e a interna (maior). Apesar de reconhecer que o art. 13, § 1º, XIII, 'g', da LC 123/2002 determina o recolhimento do diferencial de alíquota, a Corte estadual entendeu que a legislação local deveria, necessariamente, prever a compensação posterior, o que não houve. Por conta da omissão da lei estadual em regular a matéria, a exigência do diferencial seria inválida. Inexiste debate a respeito da legislação local. É incontroverso que a lei mineira exige o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território e não permite compensação com o tributo posteriormente devido pela empresa optante pelo Simples Nacional. Tampouco há dissídio quanto à interpretação da Constituição Federal, que admite a sistemática simplificada e prevê, como regra, o princípio da não-cumulatividade. A demanda recursal refere-se exclusivamente à análise do art. 13, § 1º, XIII, 'g', da LC 123/2002, para aferir se a exigência do diferencial de alíquota é auto-aplicável. O diferencial de alíquota apenas garante ao Estado de destino a parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais. Caso não houvesse cobrança do diferencial, ocorreria grave distorção na sistemática nacional desse imposto. Isso porque a aquisição interestadual de mercadoria seria substancialmente menos onerosa do que a compra no próprio Estado, sujeita à alíquota interna 'cheia'. Sobre um insumo, por ex., do Rio de Janeiro destinado a Minas Gerais, incide a alíquota interestadual de 12%. Se o mesmo insumo for adquirido no próprio Estado, a alíquota interna é de 18%. A cobrança do diferencial de alíquota não onera a operação posterior, promovida pela empresa optante pelo Simples Nacional, apenas equaliza a anterior, realizada pelo fornecedor, de modo que o diferencial de 6%, nesse exemplo (= 18 - 12), seja recolhido aos cofres de Minas Gerais, minorando os efeitos da chamada 'guerra fiscal'. Isso não viola a sistemática do Simples Nacional, não apenas porque a cobrança do diferencial é prevista expressamente pelo art. 13, § 1º, XIII, 'g', da LC 123/2002, mas também porque a impossibilidade de creditamento e compensação com as operações subsequentes é vedada em qualquer hipótese, e não apenas no caso do diferencial. De fato, a legislação mineira não prevê a compensação do ICMS recolhido na entrada (diferencial de alíquota), o que é incontroverso, pela simples razão de que isso é expressamente obstado pelo art. 23, caput, da LC 123/2002. Ao negar

eficácia ao disposto no art. 13, § 1º, XIII, 'g', da LC 123/2002, o TJ-MG violou a lei federal, descaracterizando o próprio Simples Nacional, o que impõe a reforma do acórdão recorrido" (STJ, REsp 1.193.911/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/02/2011). III. Embargos de Declaração conhecidos como Agravo Regimental e, nessa qualidade, improvido. (EDcl no REsp 1453980/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016)

No mesmo sentido estabelece o artigo 20-A da Lei nº 5.558 de 18/11/2015 e o Convênio ICMS 93, de 17/9/2015, que na cláusula nona estendeu a disciplina para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optante do simples nacional.

No que tange exclusivamente ao simples nacional não se verifica nenhuma irregularidade na cobrança, contudo a situação é diversa quando se tratar de microempresa e empresas de pequeno porte, pois o Supremo Tribunal Federal tem entendido que apenas por lei complementar é possível disciplinar sobre o tratamento diferenciado a essas empresas em razão do disposto no artigo 146 da Constituição Federal, tanto que foi concedida liminar em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5464/DF (ID 1262800) para suspender a eficácia dessa cláusula nona do referido convênio e ainda não houve julgamento quanto ao mérito dessa ação.

Assim, está evidenciada a plausibilidade do direito invocado pela autora razão pela qual o pedido deve ser deferido.

Em face das considerações alinhadas **DEFIRO A TUTELA PROVISÓRIA** para determinar a suspensão dos efeitos do Convênio ICMS 93 do CONFAZ, devendo o réu disponibilizar a emissão de nota fiscal eletrônica no formato anterior até decisão final.

Considerando a indisponibilidade do direito pelo réu deixo de designar audiência de conciliação.”

Em suas razões recursais (fls. 1-25, ID 3496286), alega que a pessoa jurídica optante pelo regime tributário do Simples Nacional continua sujeita ao regime comum de recolhimento de ICMS em algumas situações descritas em lei, notadamente na hipótese de aquisição de mercadoria oriunda de outros estados da federação (art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006).

Sustenta também que a pessoa jurídica que adquire bem destinado à revenda, mesmo que tenha optado pelo Simples Nacional, deve recolher a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, promovendo assim o necessário equilíbrio na competitividade do mercado varejista.

A esse respeito, alega que as pessoas jurídicas em atividade no Distrito Federal sempre estiveram sujeitas ao recolhimento do ICMS, mas, por razões de fiscalização tributária, foi emitido comunicado para reiterar a necessidade do cumprimento dessa obrigação. Por essa razão, afirma que a Lei distrital nº 5.558/2015 apenas limitou a mencionada diferença de alíquotas ao patamar de 5% (cinco por cento) do valor da operação, o que não importa em instituir ou majorar tributo.

Também relata que a situação narrada não se confunde com a hipótese estabelecida pela Emenda Constitucional nº 87/2015, que se refere à partilha da diferença de alíquotas entre estado de origem e estado de destino no caso de bem ou serviço adquirido por consumidor final, que não é contribuinte de ICMS.

Verbera, portanto, que a suspensão da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ, nos moldes do que fora decidido na medida liminar proferida na ADI nº 5464/DF, diz respeito a essa última situação, o que não se aplica ao caso concreto.

Requeriu, ao final, a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, que seja reformada a decisão agravada para que a tutela de urgência requerida na origem seja indeferida.

O ente agravante é isento do recolhimento de custas, por força das disposições contidas nos art. 1º do Decreto-Lei nº 500/1969 e no art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.289/1996.

Requerimento de concessão de efeito suspensivo ao recurso foi indeferido, como demonstra a decisão de fls. 1-5 (ID 3544669).

Devidamente intimada, a agravada não apresentou contrarrazões (fl. 1, ID 4010699).

É o relatório.

## **VOTOS**

### **O Senhor Desembargador ALVARO CIARLINI - Relator**

A interposição do presente agravo de instrumento está prevista no art. 1015, inc. I, do CPC. No mais, o recurso é tempestivo e foi instruído com as peças exigidas pelo art. 1017, inc. I, do Código de Processo Civil.

Na hipótese, a agravante pretende impugnar a decisão proferida pelo Juízo de origem que deferiu tutela de urgência para suspender os efeitos do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ.

Inicialmente, é preciso ressaltar que, de fato, o Excelso Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ, que é o único ponto do regulamento possivelmente aplicável à agravada, por se tratar de optante do regime do Simples Nacional.

Dessa forma, não é possível aqui, em respeito ao efeito vinculante produzido pela decisão da lavra do Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli (artigos 21 e 28, parágrafo único, ambos da Lei nº 9.868/1999), revigorar os efeitos da mencionada disposição regulamentar.

Quanto ao ponto controvertido, convém esclarecer que o referido Convênio tem por objetivo regulamentar as disposições incluídas pela Emenda Constitucional nº 87/2015. Dessa forma, a finalidade do Convênio é a de regulamentar o regime de tributação do consumidor final não contribuinte de ICMS que adquire bens ou serviços em outra unidade federada.

Ocorre que a cláusula nona[1] do convênio estende o regime do contribuinte final não contribuinte de ICMS às pessoas jurídicas optantes do Simples Nacional. Dessa forma, o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli entendeu que essa extensão somente poderia ser procedida por meio de Lei Complementar, mas não mediante Convênio do CONFAZ.

Diante desse contexto, as disposições previstas no art. 13, § 1º, inc. XIII, alínea “h”, e § 5º, da Lei Complementar nº 123/2006[2] continuam plenamente aplicáveis à agravada. Isso porque a cláusula nona do Convênio não pode alterar o regime de tributação fixado pela mencionada Lei Complementar.

A diferença entre a alíquota do estado de origem e a alíquota do estado de destino continua a ser devida e deve ser recolhida pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que são optantes do Simples Nacional. No entanto, o recolhimento deve ser feito na forma da Lei Complementar nº 123/2006, e não do Convênio ICMS nº 93 do CONFAZ.

Vale repisar que a suspensão do regime de recolhimento estabelecido pelo Convênio não suspende, por arrastamento, o regime da Lei Complementar nº 123/2006.

Na prática, o efeito da liminar proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal é o de que, ao invés de aplicar aos optantes do Simples Nacional o regime do consumidor final não contribuinte de ICMS (Convênio nº 93 do CONFAZ), remanesce a aplicabilidade do regime das pessoas jurídicas não optantes do Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006).

Ocorre que, apesar de se mostrar correta a diferenciação dos regimes exposta no recurso, é inviável o restabelecimento dos efeitos do Convênio nº 93 do CONFAZ, como pretende o ente agravante.

Por fim, não é demais insistir que o deferimento da tutela de urgência na origem não importa em nenhuma espécie de benefício fiscal, pois não afasta o dever da agravada de recolher a diferença de alíquotas em questão.

Assim, a respeitável decisão não merece reparos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

---

[1] **Cláusula nona.**Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino

[2] Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

XIII - ICMS devido:

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

§5º- A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

**O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - 1º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador GILBERTO DE OLIVEIRA - 2º Vogal**

Com o relator

**DECISÃO**

CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME