

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

Órgão 8ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0710697-86.2018.8.07.0018

APELANTE(S) MAGAZINE LUIZA S/A, MAGAZINE LUIZA S/A e MAGAZINE LUIZA S/A

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO

Acórdão N° 1161565

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PROTOCOLO 21/2011 (CONFAZ) E DECRETO DISTRITAL 32.933/2011. *OPERAÇÕES INTERESTADUAIS* NA MODALIDADE E-COMMERCE. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015. COMPATIBILIDADE. DIFAL. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Presente pressuposto de lesão a suposto direito subjetivo próprio, líquido resta caracterizado ato individualizado e não um ato normativo

2. A Emenda Constitucional número 87/2015 conferiu significativa alteração na sistemática de recolhimento de ICMS quando a operação envolve duas unidades da federação e o destinatário da mercadoria ou do serviço é consumidor final não contribuinte do tributo. Anteriormente ao seu advento, somente o Estado de origem (produtor) recolhia o imposto, com base em alíquota interna, nada cabendo à unidade de federação destinatária. De acordo com a nova ordem constitucional, o contribuinte passou a recolher no Estado de origem a alíquota interestadual, fixada pelo Senado Federal, e o Estado de destino passou a fazer jus à diferença entre a tarifa interestadual e a interna da unidade de federação destinatária, o chamado DIFAL.

3. Contudo, a nova ordem constitucional não obsta a aplicação dos convênios celebrados anteriormente no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ que concedem isenções, incentivos e benefícios fiscais em relação ao ICMS.

4. Recurso desprovido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, EUSTAQUIO DE CASTRO - Relator, MARIO-ZAM BELMIRO - 1º Vogal e NÍDIA CORRÊA LIMA - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO, em proferir a seguinte decisão: RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 28 de Março de 2019

Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO

Relator

RELATÓRIO

MAGAZINE LUIZA S.A., impetrou Mandado de Segurança em vista do suposto ato ilegal do Senhor Secretário de Estado da Fazenda do Distrito Federal, consubstanciado na aplicação do disposto no Protocolo ICMS nº 21/2011, do CONFAZ, de 1º de Abril de 2011, o qual estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente.

Assevera o Impetrante, em síntese, que o Confaz, ao criar novo fato gerador de incidência do ICMS através do Protocolo n. 21/11, e os Estados deste signatário, ao efetuarem suas cobranças, provocam dupla incidência de impostos a uma mesma operação e sobre a mesma base de cálculo, em ofensa a Constituição Federal.

O Distrito Federal requereu a sua inclusão no feito, ao argumento de que teria sido apontado como autoridade coatora pelo impetrante.

Aduz, preliminarmente, inadequação da via eleita. E no mérito, em síntese, a desnecessidade de nova Lei Complementar não havendo invasão de competências tributárias entre os Entes Federados, visto que o objetivo do protocolo é proporcionar a justiça tributária, sobretudo ante o crescimento do comércio virtual. Sustenta que a venda por meio eletrônico aperfeiçoa-se no Distrito Federal e, portanto, aqui pode ser tributada, razão pela qual não há ofensa ao artigo 155, Parágrafo 2º VII e VIII da Constituição Federal.

VOTOS

O Senhor Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO - Relator

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **MAGAZINE LUIZA S/A** em face do Senhor Secretário de Estado da Fazenda do Distrito Federal, consubstanciado na aplicação do disposto no Protocolo ICMS nº 21/2011, do CONFAZ, de 1º de Abril de 2011, o qual estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente.

De início, aprecio a preliminar de inadequação da via eleita suscitada pela autoridade impetrada e registro que, ao contrário do que se sustenta, a ação mandamental mostra-se adequada, porquanto não se trata de controle abstrato de lei em tese.

O que se pretende através da ação mandamental é afastar os efeitos concretos do Protocolo 21/2011 que, segundo se alega, atingiriam diretamente as atividades das associadas da Impetrante, que, por já recolherem o ICMS no Estado de procedência da mercadoria nas operações não presenciais estariam na iminência de sofrer a exigência da dupla cobrança, agora, com a entrada da mercadoria no Distrito Federal por força dos atos normativos mencionados,.

Assim, a situação, por trazer os alegados impactos nos negócios das associadas da Impetrante, conduz ao raciocínio de que não se trata de substituição do remédio específico da apreciação da lei em tese pela especialíssima ação do mandado de segurança. No caso, mostra-se presente pressuposto de lesão a suposto direito subjetivo próprio, líquido e certo da Impetrante, o que caracteriza ato individualizado e não um ato normativo.

Rejeito, pois, a preliminar de inadequação da via eleita.

Passo a análise do mérito.

A questão delineada no presente feito consiste em verificar a legalidade da cobrança da diferença de alíquota de ICMS (DIFAL) apurada pela Fazenda Pública do Distrito Federal em operações interestaduais de compra e venda de mercadorias não-presenciais.

Pois bem.

Conforme realçou o Distrito Federal, em suas razões, a Emenda Constitucional nº 87/2015, de fato, conferiu significativa alteração na sistemática de recolhimento de ICMS quando a operação envolve duas unidades da federação e o destinatário da mercadoria ou do serviço é consumidor final e não contribuinte. Anteriormente ao seu advento, somente o Estado de origem (produtor) contribuinte do tributo recolhia o imposto, com base em alíquota interna, nada cabendo à unidade de federação destinatária.

De acordo com a nova ordem constitucional, o contribuinte passou a recolher no Estado de origem a alíquota interestadual, fixada pelo Senado Federal, e o Estado de destino passou a fazer jus à diferença entre a tarifa interestadual e a interna da unidade de federação destinatária, o chamado DIFAL.

Eis, pois, a atual redação do artigo 155, Parágrafo 2º, VII, VIII, da Constituição Federal:

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

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

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

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

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

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

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;”

Para melhor compreensão, registra-se a doutrina do professor Ricardo Alexandre, em sua obra “Direito Tributário” (12ª edição; Editora Jus Podivm; 2018; págs. 722/823):

“Antes da EC 87/2015, a regra existente para o caso consistia na aplicação da alíquota interna do Estado de origem, negando ao Estado de destino qualquer proveito sobre a arrecadação do ICMS. Entendia-se inexistir motivo para e estabelecer tratamento tributário diferenciado entre uma pessoa domiciliada em Pernambuco que, não sendo contribuinte do ICMS e estando de passagem por São Paulo, adquire determinada mercadoria e a leva consigo para Pernambuco; e uma pessoa que adquire a mesma mercadoria do mesmo estabelecimento em São Paulo de maneira não presencial (via telemarketing, internet ou showroom).”

Na verdade, a única diferença entre as operações seria a logística utilizada para fazer a mercadoria sair de um Estado e chegar a outro, o que não justificaria qualquer diferenciação na apuração e recolhimento do ICMS.

Ocorre que, com o fenômeno da internet, houve um significativo crescimento das compras não presenciais. Hoje, é bastante comum que consumidores visitem lojas físicas apenas para ter contato com a mercadoria desejada, preferindo adquiri-la de forma não presencial do estabelecimento virtual que a ofereça por menor preço. Não raro, o estabelecimento escolhido tem seus depósitos localizados nos Estados do Sudeste, principalmente em São Paulo. Nesse contexto, a regra que determinava o recolhimento do ICMS somente em favor do Estado de origem fazia com que o aumento das compras virtuais tivesse como inevitável efeito colateral o decréscimo na arrecadação de ICMS dos Estados menos desenvolvidos da Federação, em muito contribuindo para o agravamento das desigualdades regionais.

Assim, promulgada em 16 de abril de 2015, a Emenda Constitucional 87/2015 atende aos anseios dos Estados consumidores, implementando da forma correta o diferencial de alíquotas previsto no Protocolo ICMS 21/2011.

Na verdade, o legislador constituinte foi além, modificando a sistemática de cobrança do ICMS não apenas nas operações indicadas no protocolo, mas em todas as operações interestaduais destinadas a consumidores não contribuintes. Portanto, embora popularmente conhecida como “Emenda do Comércio eletrônico”, as alterações implementadas pela Emenda Constitucional 87/2015 não se restringem às operações de *e-commerce* e telemarketing.

Assim, a Emenda Constitucional 87/2015 põe fim à distinção entre ‘contribuinte consumidor’ e consumidor não contribuinte’, no que diz respeito à arrecadação do ICMS. Dito de outro modo, independentemente de o consumidor final ser ou não contribuinte do imposto, o tributo devido será o mesmo e haverá a divisão do valor arrecadado entre o Estado de origem e o Estado de destino da mercadoria ou serviço. Deixa de existir a possibilidade de operação ou prestação interestadual em que o recolhimento de ICMS beneficie exclusivamente o Estado de origem.

Demais, a nova ordem constitucional não obsta a aplicação dos convênios celebrados anteriormente no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, uma vez que esses não possuem o condão de inovar o ordenamento jurídico, mas apenas regulamentar o procedimento.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso para manter íntegra a Sentença impugnada.

É como voto.

O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - 1º Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. UNÂNIME.