

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

Órgão 8ª Turma Cível

Processo N. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0720350-35.2019.8.07.0000

AGRAVANTE(S) MAIS LINDA COMERCIO DE CALCADOS EIRELI

AGRAVADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO

Acórdão N° 1226458

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES NACIONAL. ART.20-A REVOGADO PELA LEI DISTRICTAL 6.296/2019. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE ICMS – DIFAL. REPERCUSSÃO GERAL COM EFEITO SUSPENSIVO.

1. O DIFAL visa garantir ao Estado de destino a parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais. Trata-se, de fato, de uma complementação do ICMS resultante da diferença entre os valores cobrados do referido imposto entre os Estados-Membros que participaram da transação comercial.
2. O tema sobre a adoção de diferencial de alíquota na exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS por contribuinte (micro e pequenas empresas) optante do Simples Nacional teve a repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 632.783/RO, cujo recurso paradigma posteriormente foi alterado para RE nº 970.821/RS (Tema 517).
3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 22 de Janeiro de 2020

Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento (ID 11533733) interposto por MAIS LINDA COMÉRCIO DE CALÇADOS EIRELI em face da r. decisão (ID 45778037 – processo de referência) proferida pelo douto Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública do DF que, nos autos do mandado de segurança preventivo impetrado pela agravante contra ato administrativo do Subsecretário da Receita do Distrito Federal, indeferiu a liminar que pedia a suspensão da exigibilidade da alíquota diferencial interestadual referente ao ICMS (DIFAL), até o julgamento do mérito.

Inconformado, sustenta o agravante, ser contribuinte do ICMS e optante do Simples Nacional, e que a partir de janeiro de 2016, por força do disposto na Lei Distrital 5.558/2015, todas as suas compras de estoque passaram a sofrer a incidência do diferencial entre a alíquota interestadual e a alíquota interna de ICMS/DF (DIFAL), o que causou o aumento da carga tributária sobre suas operações em uma média de 22,58% (vinte e dois por cento e cinquenta e oito centavos) durante o ano de 2018.

Aduz que o recolhimento de R\$ 21.148,73 (vinte e um mil, cento e quanta e oito reais e setenta e três centavos) é inviável para a empresa, além do risco que corre de ser excluída do Regime do Simples Nacional.

Argumenta, ainda, que o STF reconheceu a repercussão geral do Tema de nº 517 (RE 970.821/RS), no qual se discute a aplicação de diferencial de alíquota de ICMS à empresa optante pelo Simples Nacional.

Requer o provimento do recurso, para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente ao diferencial de alíquotas do ICMS (DIFAL).

O pedido liminar de antecipação da tutela recursal foi indeferido (ID 11350477).

Regularmente intimado, o agravado apresentou contrarrazões (ID 11965430), pugnando pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - Relator

Conheço do recurso, presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade.

Na oportunidade da análise do pedido liminar, externei o seguinte raciocínio (ID 11591979):

Inicialmente, analisando o pedido de conexão dos autos com o processo 0720597-50.2018.8.07.0000, verifico que o pleito não merece prosperar.

Sobre a conexão, o art. 55 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

Em consulta ao sistema processual eletrônico, observa-se que o processo 0720597-50.2018.8.07.0000, que tramitou na 2ª Turma Cível, de relatoria do Desembargador João Egmont, transitou em julgado em 2 de setembro de 2019 (ID 11021071 daqueles autos), não havendo, portanto, de se falar na reunião deste agravo de instrumento com aquele.

No mesmo sentido, é a Súmula 235 do colendo Superior Tribunal de Justiça, não sendo possível a reunião de processos quando um deles já houver sido sentenciado:

SÚMULA 235:

A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

Superada essa questão, passo a analisar o pedido de efeito suspensivo.

Estabelece o inciso I do art. 1.019 do Código de Processo Civil, que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

Para que seja concedido o efeito suspensivo, segundo a inteligência do parágrafo único do art. 995 do Diploma Processual, o relator deve verificar se, da imediata produção dos efeitos da decisão recorrida, há risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar evidenciada a probabilidade de provimento do recurso.

Feita a análise da pretensão antecipatória, tenho que não se acham presentes os requisitos necessários ao deferimento da medida judicial de urgência.

De fato, à luz da legislação de regência, não se verifica óbice à cobrança do diferencial de alíquota para as empresas optantes do simples nacional.

Com efeito, nos termos da Lei Complementar 123/2006, disciplinada no âmbito do Distrito Federal pela Lei 1.254/96, art. 20-A, com a redação dada pela Lei Distrital 5.558/2015, as empresas enquadradas no Simples Nacional sujeitam-se ao recolhimento do diferencial de alíquotas de ICMS devido nas aquisições de bens ou mercadorias em outros Estados.

Desse modo, não há que se falar, em princípio, em ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS e do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

Sobre o assunto, trilha a jurisprudência dominante neste egrégio Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA DE OUTRO ESTADO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DE ICMS. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu a tutela provisória vindicada, consubstanciada na suspensão da exigibilidade do diferencial de

alíquotas interestadual de ICMS-DIFAL, relativa às mercadorias adquiridas em outra unidade da federação por empresa optante pelo sistema diferenciado de arrecadação denominado "Simples Nacional".

2. A concessão da tutela de urgência de natureza antecipada deve estar baseada na plausibilidade do direito substancial invocado, desde que presentes elementos que evidenciem a verossimilhança do alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

3. Não obstante a simplificação do procedimento de arrecadação da maior parte dos tributos, o legislador optou por incluir no sistema do SIMPLES NACIONAL a possibilidade de os Estados-Membros cobrarem o Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL), para os casos de comércio interestadual, conforme se verifica no artigo 155, §2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal.

4. O DIFAL visa garantir ao Estado de destino a parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais. Trata-se, de fato, de uma complementação do ICMS resultante da diferença entre os valores cobrados do referido imposto entre os Estados-Membros que participaram da transação comercial. Todavia, o ICMS principal continuará a ser recolhido de forma unificada pela empresa que optou pelo "Simples Nacional". Portanto, não se trata de bitributação ou de previsão de novo fato gerador para o mesmo tributo para operações comerciais interestaduais de empresas que optaram pelo SIMPLES, como afirmado pela parte autora, mas se refere, em verdade, na complementação do imposto.

5. O Superior Tribunal de Justiça, bem como esta Corte, têm entendimento consolidado no sentido que a cobrança do Diferencial de Alíquota de ICMS não viola o tratamento privilegiado conferido às empresas optantes do regime de arrecadação do Simples Nacional. Precedentes.

6. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão 1150855, 07167426320188070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª Turma Cível, data de julgamento: 13/2/2019, publicado no DJE: 20/2/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.);

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECOLHIMENTO DE ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE ICMS - DIFAL. LEGISLAÇÃO DISTRITAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para que se acolha o pedido de tutela antecipada, faz-se imprescindível o preenchimento dos requisitos legais exigidos, de forma inequívoca, quais sejam, demonstração da probabilidade de provimento do recurso e risco de dano grave ou de difícil ou impossível reparação.

2. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de norma criada pelo Confaz, mas não foi essa norma quem alterou o regime de recolhimento objeto deste agravo de instrumento por não ser o agravante consumidor final.

3. Tendo em vista o agravante não ocupar a condição de consumidor final, não há se falar em aplicação ao caso da disposição elastecida aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional em relação ao imposto devido à unidade federada de destino e suspensão por medida cautelar ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.464/2016.

4. Não se verifica violação da Lei Distrital nº 5.558/2015. Isso porque não houve alteração do sistema instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, tampouco criação de nova modalidade de cobrança tributária, mas sim a limitação do percentual de cobrança sobre o valor da operação.

(*Acórdão n.1014912*, 07004434520178070000, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/05/2017, Publicado no DJE: 09/06/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DIFERENCIAL DE ALIQUOTA DE ICMS. OPTANTE DO REGIME TRIBUTARIO SIMPLES NACIONAL. LEI COMPLEMENTAR 123/2006 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 128/2008. DISCIPLINA DADA PELA LEI DISTRITAL 5558/2015. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS E DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. AUSENCIA DE VIOLAÇÃO.

1 A exigência de 'recolhimento do diferencial de alíquotas interna e interestadual, conforme previsto no art. 13, inciso XIII, alínea "h", da Lei Complementar 123/2006, disciplinada no Distrito Federal pela Lei nº 5.558, de 18/11/2015" não ofende o princípio da não cumulatividade do ICMS e do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

2. A suspensão da eficácia da cláusula nona do Convênio CONFAZ 93/2015 pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de medida cautelar concedida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.464, não obsta o recolhimento do diferencial de alíquotas do ICMS previsto na Lei 5.558/15. Hipóteses de incidência tributária do ICMS distintas.

3. 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. A cobrança do diferencial de alíquota não onera a operação subsequente promovida pela empresa optante do Simples, mas apenas equaliza a anterior, de maneira a viabilizar o recolhimento da diferença entre a alíquota interna e interestadual. Essas diretrizes minoram, ainda, os efeitos da chamada "guerra fiscal." Precedentes da Casa e do C. STJ.

4. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(*Acórdão n.1030274*, 20160110148427APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/07/2017, Publicado no DJE: 11/07/2017. Pág.: 406-415)

Ressalte-se que a determinação de suspensão dos feitos cujo tema tenha repercussão geral reconhecida não impede a análise das medidas urgentes que se fizerem necessárias, bastando que sejam satisfeitos os requisitos contidos no Código de Processo Civil.

A título de esclarecimento, a suspensão da eficácia da cláusula nona do Convênio 93/105 CONFAZ pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 5.464, não impede o recolhimento do diferencial de alíquotas do ICMS previsto na referida Lei Distrital 5.558/2015, porquanto se tratam de hipóteses distintas de incidência tributária.

Ademais, a medida cautelar deferida nos autos da ADI 5.464/DF é dotada de eficácia contra todos, sendo defeso exigir da agravante, até o final do julgamento da referida ação constitucional, eventual cobrança de ICMS com fundamento na cláusula nona do Convênio 93/2015 CONFAZ, cobrança esta que, no caso concreto, se revela em mero temor genérico.

Por tais fundamentos, indefiro a liminar.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta ao recurso (art. 1.019, inc. II, do CPC).

De uma análise mais detida dos autos eletrônicos, agora em cognição exauriente, identifico que a cobrança por parte Fazenda Distrital da diferença de alíquota do ICMS (DIFAL), no valor de R\$ 21.148,73 (vinte e um mil, cento e quarenta e oito reais e setenta e três centavos), sob o risco de ser

excluída do Sistema do Simples Nacional, pode causar dano irreparável ou de difícil reparação.

Isso porque o tema tratado no agravo de instrumento quanto à adoção de diferencial de alíquota na exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS por contribuinte (micro e pequenas empresas) optante do Simples Nacional, teve a repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 632.783/RO, cujo recurso paradigma posteriormente foi alterado para RE nº 970.821/RS (Tema 517).

Consigne-se que em 21/10/2016, o Ministro Edson Fachin determinou a suspensão de todos os processos pendentes no território nacional que versem sobre a mesma questão: *“Reconhecida a repercussão geral, impende a suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a presente questão e tramitem no território nacional, por força do art. 1.035, §5º, do CPC.”*

Assim, a repercussão geral reconhecida pelo STF evidencia a ocorrência de reiterada discussão acerca da matéria em análise, e possibilita extrair a plausibilidade do pedido do agravante, já que não se sabe qual tese irá prevalecer.

Ademais, mesmo de forma colateral, importante consignar que o sistema tributário brasileiro tem como uma de suas balizas o princípio da legalidade, segundo o qual o tributo só pode ser criado, com a definição de fato gerador, e a previsão de suas hipóteses nos termos da lei.

Com efeito, a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS para as empresas optantes do Simples Nacional era amparada no art. 20-A da Lei Distrital n.1.254/96. No entanto, o referido artigo foi revogado em 30/4/2019 pela Lei Distrital n. 6.296/2019, perecendo, assim, o amparo legal para sua cobrança.

Desse modo, considerando que a suspensão alcança todas as instâncias judiciais e vigorará até que o plenário do STF decida a matéria (art. 1.035, §5º, do CPC), permitir ao Distrito Federal exigir o recolhimento da diferença nas alíquotas do ICMS e excluir a parte agravante do Regime do Simples Nacional, em caso de ausência de pagamento, antes do julgamento da repercussão geral, pode causar à agravada dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência desta Casa de Justiça:

AGRAVO INTERNO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR INCIDENTAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. PROCESSO SUSPENSO POR FORÇA DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. O relator poderá conceder o efeito suspensivo à apelação quando estiverem presentes os requisitos relativos ao perigo de dano grave, de difícil ou de impossível reparação, bem como a demonstração da probabilidade do provimento do recurso, nos termos do art. 1.012, § 4º do CPC.

2. O tema sobre a adoção de diferencial de alíquota na exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS por contribuinte (micro e pequenas empresas) optante do Simples Nacional teve a repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 632.783/RO, cujo recurso paradigma posteriormente foi alterado para RE nº 970.821/RS (Tema 517).

3. Deve-se atribuir efeito suspensivo à apelação ante a demonstração de que a exigência de recolhimento da diferença nas alíquotas do ICMS e a consequente exclusão da agravada do Regime do Simples Nacional, antes do julgamento da repercussão geral, poderá causar-lhe dano irreparável ou de difícil reparação.

4. Agravo interno conhecido e desprovido.

*(Acórdão n. 1048601, 07053489320178070000, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO
8ª Turma Cível, Data de Julgamento: 31/08/2017, Publicado no DJE: 29/09/2017)*

Por tais fundamentos, **dou provimento ao recurso**, para suspender a exigibilidade do crédito tributário referente ao diferencial de alíquotas do ICMS (DIFAL), até o julgamento de mérito do RE nº 970.821/RS (Tema 517).

É o meu voto.

O Senhor Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. UNÂNIME.