



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

**APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE INSCRITAS NO SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA NA ENTRADA EM TERRITÓRIO DO ESTADO DE DESTINO. CONSTITUCIONALIDADE.**

**1. Orientação do STF em repercussão geral (RE 970821-RS). TEMA 517: *"É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos."***

**2. Imediata liberação dos depósitos judiciais em favor do Estado.**

**3. Por maioria, apelação desprovida.**

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

COMARCA DE PELOTAS

MARIANGELA CEBALLOS TRINDADE  
MADONO EPP

APELANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELADO



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, na forma do art. 942 do CPC, com a participação das Desembargadoras Denise Oliveira Cezar e Laura Louzada Jaccottet, por maioria, em desprover a apelação, com imediata liberação dos depósitos judiciais em favor do Estado, vencido o Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, que condicionou a conversão do depósito em renda ao trânsito em julgado.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL, DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO, DES.<sup>a</sup> DENISE OLIVEIRA CEZAR E DES.<sup>a</sup> LAURA LOUZADA JACCOTTET.**

Porto Alegre, 7 de dezembro de 2022.

DES. IRINEU MARIANI,  
PRESIDENTE E RELATOR.



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

## RELATÓRIO

### **DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE E RELATOR)**

Inicialmente, adoto o relatório de fls. 262v.-3, de minha lavra, o qual segue transcrito:

MARIÂNGELA CEBALLOS TRINDADE MADONO – EPP apela da sentença que denegou a segurança no *Writ* impetrado contra ato do SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, visando à declaração da inconstitucionalidade e ilegalidade da antecipação do recolhimento de ICMS quando as mercadorias forem adquiridas de outros Estados, bem como a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante ao recolhimento do referido tributo desde o início das suas atividades (24-7-14), e de cumprir a obrigação acessória relativa à entrega da GIS-SN. Custas pela impetrante. Sem honorários (fls. 210-2).

Nas razões (fls. 215-41), relata que a apelante é empresa optante do Simples Nacional e busca o reconhecimento da inexigibilidade do diferencial de alíquota do ICMS quando da entrada de mercadorias oriundas de outros Estados. Refere que o presente mandado de segurança é causa continente ao mandado de segurança nº 022/1140020592-0, anteriormente ajuizado, porém, diferentemente, no presente o objeto é apenas a declaração de inexigibilidade do pagamento de forma antecipada do diferencial de alíquota e, naquele, o objeto é o momento do pagamento da obrigação tributária questionada (de forma antecipada ou não), e do cumprimento da obrigação acessória, e não a inexigibilidade do tributo. Afirma que houve a prolação de sentença anterior indeferindo de plano a inicial e



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

julgando extinto o mandado de segurança, sobrevindo acórdão que deu provimento à apelação para cassar a sentença, ordenando o regular prosseguimento do feito. Alega, preliminarmente, a nulidade da sentença agora proferida, por ausência de fundamentação, pois deixou de se manifestar acerca de diversos dispositivos legais e constitucionais. Sustenta que não foi apreciada a tese de que com o advento da Lei Estadual 14.436/14, o art. 46, § 4º, do Livro I, alínea *b*, do RICMS, perdeu seu fundamento de validade, não mais cabendo a cobrança da antecipação do ICMS dos contribuintes submetidos ao Simples Nacional. Argumenta, igualmente, que a sentença não se manifestou acerca da violação do princípio da não cumulatividade, a qual se dá tendo em conta que a apelante, ante a vedação do art. 9º-A da Lei nº 10.045/93, não pode apropriar-se de crédito fiscal. Igualmente, refere que não houve manifestação quanto à violação ao princípio da legalidade tributária, além da caracterização da antecipação do fato gerador, o que apenas é permitido na hipótese de substituição tributária. No mérito, alega que o Juízo não se manifestou quanto ao pedido de que os depósitos judiciais que vêm sendo efetuado nos autos daquele mandado de segurança sejam transferidos para conta judicial vinculada ao presente processo a fim de que sejam, se for o caso, após o trânsito em julgado, liberados ao contribuinte, pois corre-se o risco de que sejam convertidos em renda a favor da autoridade impetrada antes do trânsito. Requer, seja, ao menos, determinado o bloqueio dos valores já depositados no Mandado de Segurança nº 022/1140020592-0 até o trânsito em julgado. Sustenta a ausência de fundamento legal de validade para a exigência do pagamento do diferencial de alíquota do ICMS antecipado nas



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

operações interestaduais praticadas pelos optantes do Simples Nacional.

Recurso respondido (fls. 243-51).

O MP opina pelo desprovimento.

É o relatório.

Acrescento que, em sessão de 23-9-2020, à unanimidade, suspenderam a tramitação do feito até o pronunciamento do STF a respeito do Tema 517 (fls. 262-4).

Levantada a suspensão do processo em razão do trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 970.821/RS (*leading case* do Tema 517 do STF), vêm os autos conclusos para julgamento (fl. 274).

É o relatório.

#### VOTOS

#### **DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE E RELATOR)**

Superado o período de sustação, para fins de aguardar pronunciamento do STF em repercussão geral (fls. 259-64), o processo retorna, agora para fins de julgamento.

Trata-se de matéria a respeito da qual a Câmara já se posicionou no sentido de se alinhar ao STF em repercussão geral – TEMA 517 –, por exemplo, em juízo de retratação, na Ap 70 077 418 937, da minha relatoria. Em síntese, a empresa inscrita no SIMPLES NACIONAL, que realiza operações



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

interestaduais, não fica dispensada de, **na entrada da mercadoria em território do Estado de destino**, pagar a Diferença de Alíquota de ICMS – DIFAL, independentemente da posição que ocupa na cadeia produtiva ou da compensação dos créditos.

Eis a tese afirmada pelo STF no TEMA 517: *"É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos."*

Eis o voto-ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ICMS. FEDERALISMO FISCAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. ASPECTO ESPACIAL DA REGRA MATRIZ. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES. SIMPLES NACIONAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. POSTULADO DE TRATAMENTO FAVORECIDO AO MICRO E PEQUENO EMPREENDEDOR. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. LEI ESTADUAL 8.820/1989. LEI ESTADUAL 10.043/1993.

1. Não há vício formal de inconstitucionalidade na hipótese em que lei complementar federal autoriza a cobrança de diferencial de alíquota. Art. 13, § 1º, XIII, 'g', 2, e 'h', da Lei Complementar 123/2006.



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

2. O diferencial de alíquota consiste em recolhimento pelo Estado de destino da diferença entre a alíquota interestadual e a interna, de maneira a equilibrar a partilha do ICMS em operações com diversos entes federativos. Trata-se de complemento do valor do ICMS devido na operação, logo ocorre a cobrança de um único imposto (ICMS) calculado de duas formas distintas, de modo a alcançar o '*quantum debeat*' devido na operação interestadual.

3. Não ofende a técnica da não cumulatividade a vedação à apropriação, transferência ou compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional, inclusive o diferencial de alíquota. Art. 23 da LC 123/2006. Precedentes.

4. Respeita o ideal regulatório do tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte a exigência do diferencial de alíquota, nos termos da legislação estadual gaúcha. É inviável adesão parcial ao regime simplificado, adimplindo-se a obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais. A opção pelo Simples Nacional é facultativa e tomada no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, devendo-se arcar com o bônus e o ônus dessa escolha empresarial. À luz da separação dos poderes, não é dado ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis de regimes tributários distintos, culminando em um modelo híbrido, sem o devido amparo legal.

5. Fixação de tese de julgamento para os fins da sistemática da repercussão geral: '*É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional,*



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

*independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos.'*

**6.** Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(STF, RE 970821-RS, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, em 12-5-21, DJe de 18-8-21).

Nesses termos, voto por desprover a apelação, com imediata liberação dos depósitos judiciais em favor do Estado.

#### **DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL**

Acompanho o eminente relator quanto à viabilidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS, na entrada da mercadoria no território do Estado, ainda que optante do SIMPLES NACIONAL, nos termos do tema 517 do STF.

Todavia, peço vênias para divergir quanto à liberação imediata dos depósitos ao Estado (conversão em renda), uma vez que sabidamente condicionada ao trânsito em julgado da demanda, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DEPÓSITOS JUDICIAIS. LEVANTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONVERSÃO EM RENDA. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

1. Na via do recurso especial, este Tribunal Superior não procede à análise de matérias que não foram prequestionadas, ainda que sejam de ordem pública, razão pela qual não é



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

adequada a apreciação de fato novo em favor da parte recorrente. Precedentes.

2. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

**3. A regra da conversão dos depósitos judiciais em renda da Fazenda Pública deve ser seguida quando não mais houver controvérsia judicial sobre a exigibilidade dos créditos tributários correlatos, daí porque se exige o trânsito em julgado para essa providência.** Na hipótese em que há extinção do processo, sem resolução do mérito, o depósito deve ser convertido em renda do ente federado, após o trânsito em julgado. Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no AREsp n. 1.658.162/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, **Primeira Turma**, julgado em 19/10/2021, DJe de 21/10/2021.) – grifou-se.

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO. CONDIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO QUE EXAMINA A LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO. PRECEDENTES.

**1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, nos termos do art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública sujeita-se ao trânsito em julgado da ação principal, que reconhece ou afasta a legitimidade da exação.**

2. Ademais, o Tribunal de origem consignou que, "na ocasião do proferimento da decisão em sede de Mandado de Segurança, não buscava o impetrante, ora agravante, a desconstituição do



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

débito, sendo a finalidade da parte a obtenção de certidão de regularidade fiscal.

Naquela ocasião, inclusive, esta Relatora proferiu decisão, em sede de Reexame Necessário (nº 2.009.009.01640), esclarecendo que o depósito do valor do débito servia como verdadeira antecipação da penhora, garantindo eventual execução".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 648.515/RJ, relator Ministro Humberto Martins, **Segunda Turma**, julgado em 15/12/2015, DJe de 2/2/2016.) – grifou-se.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEPÓSITO JUDICIAL (ART. 151, II, CTN). EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. CONVERSÃO EM RENDA PELO ENTE TRIBUTANTE. PRONUNCIAMENTO DA 1ª SEÇÃO.

1. Em exame embargos de divergência opostos pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO para se definir se seria possível o levantamento do depósito efetuado para os fins do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional no caso em que o processo é extinto sem julgamento de mérito. O aresto embargado, originário da 2ª Turma, Relator para acórdão o Min. Castro Meira (DJ 19/09/05), assim foi ementado: (...)

2. A questão em exame já foi enfrentada em diversas ocasiões nesta Corte, tendo a 1ª Seção, por ocasião do julgamento dos EREsp 479.725/BA, de minha relatoria, DJU 26/09/05, pronunciado-se na mesma linha dos arestos paradigmas, ou seja, de que o depósito judicial efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e **só pode ser levantado pelo depositante após sentença final transitada em julgado** em seu favor, nos termos do consignado no art. 32 da Lei 6.830/80.



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

3. O cumprimento da obrigação tributária só pode ser excluída por força de lei ou suspensão de acordo com o que determina o art. 151 do CTN. Fora desse contexto o contribuinte está obrigado a recolher o tributo. No caso de o devedor pretender discutir a obrigação tributária em juízo, permite a lei que faça o depósito integral da quantia devida para que seja suspensa a exigibilidade. Se a ação intentada, por qualquer motivo, resultar sem êxito, deve o depósito ser convertido em renda da Fazenda Pública. É essa a interpretação que deve prevalecer. O depósito é simples garantia impeditiva do fisco para agilizar a cobrança judicial da dívida, em face da instauração de litígio sobre a legalidade da sua exigência. Extinto o processo sem exame do mérito contra o contribuinte, têm-se uma decisão desfavorável. **O passo seguinte, após o trânsito em julgado, é o recolhimento do tributo.**

4. Precedentes: EREsp 479.725/BA, de minha relatoria, DJU 26/09/05; Resp 273.860/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13/03/06; Resp 490.641/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03/11/2003; Resp 258.752/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 25/02/2002; Resp 251.350/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 12/03/2001; Resp 227.958, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 7/2/2000; Resp 163.045/SP, Rel. Min. Hélio Mosiman, DJ de 09/11/98.

5. Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 215.589/RJ, relator Ministro José Delgado, **Primeira Seção**, julgado em 12/9/2007, DJ de 5/11/2007, p. 217.) – grifou-se e suprimiu-se.

**ISSO POSTO**, nego provimento ao recurso, condicionando a conversão do depósito em renda ao trânsito em julgado.



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

**DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.<sup>a</sup> DENISE OLIVEIRA CEZAR** - De acordo com o(a) Relator(a).

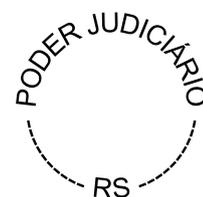
**DES.<sup>a</sup> LAURA LOUZADA JACCOTTET**

Com a vênua da respeitável divergência, acompanho integralmente o voto do Eminentíssimo Relator.

**DES. IRINEU MARIANI** - Presidente - Apelação Cível nº 70084013069, Comarca de Pelotas: "PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, NA FORMA DO ART. 942 DO CPC, VOTARAM AS DESEMBARGADORAS DENISE E LAURA, PASSANDO O RESULTADO A SER O SEGUINTE: POR MAIORIA, DESPROVERAM A APELAÇÃO, COM IMEDIATA LIBERAÇÃO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS EM FAVOR DO ESTADO, VENCIDO O DES. CANÍBAL, QUE CONDICIONOU A CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA AO TRÂNSITO EM JULGADO."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IM

Nº 70084013069 (Nº CNJ: 0039665-18.2020.8.21.7000)

2020/Cível

Julgador(a) de 1º Grau: LUIS ANTONIO SAUD TELES