

**PET no RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.285 - RS (2017/0039337-5)**

REQUERENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORA : MARCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266  
REQUERIDO : ANA ISABEL BALADAO VIDAL - EPP  
ADVOGADO : FRANCESCO COLOMBO FILHO - RS048371

**DECISÃO**

O presente feito decorre de mandado de segurança impetrado por Ana Isabel Baladão Vidal - EPP contra ato do Secretário da Receita Pública Estadual do Rio Grande do Sul, objetivando a abstenção de exigência de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS sobre operações interestaduais praticadas pelos contribuintes sujeitos a tributação simples. À causa foi arbitrado o valor de R\$ 1.377,50 (mil, trezentos e setenta e sete reais, cinquenta centavos). Na sentença, denegou-se a segurança. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a sentença foi mantida, nos termos assim ementados:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR SUBSEQUENTE. SIMPLES NACIONAL. NÃO- CUMULATIVIDADE. NÃO DISCRIMINAÇÃO.

1. Nas aquisições efetuadas em outras unidades da federação, não é dado ao Estado cobrar o diferencial de alíquotas previsto no art. 155, § 2º, VIII, da CF, por ocasião da entrada da mercadoria no seu território. O diferencial só pode ser exigido por ocasião do fato gerador subsequente.

Impossibilidade de instituição de substituição tributária (com nome de "exigência antecipada") sem autorização em Convênio Interestadual. Inteligência do art. 9º da LC 87/96.

Fato gerador definido em lei complementar, conforme estabelece a CF (art. 146, III, a), no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, e não na entrada de mercadoria no território gaúcho. Inteligência do art. 12, I, da LC 87/96.

Ademais, em se tratando de empresa de pequeno porte, a exigência antecipada viola também a sistemática da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF), do tratamento diferenciado e favorecido às pequenas empresas (art. 146, III, "d" da CF), da proibição de discriminação em razão da origem (art. 152 da CF) e do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF).

2. O Estado está isento do pagamento das custas processuais, no caso, tendo em vista a incidência do instituto da confusão.

**RECURSO PROVIDO.**

Interposto recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, por violação aos arts. 942, 948 e 949, todos do CPC/2015, bem como dos arts. 13, §1º, XXX, *g* e *h* e 23 da LC 123/2006.

Em relação aos arts. 942, 948 e 949, II, todos do CPC/2015, afirmou, em suma, que o Tribunal *a quo* não teria adotado o procedimento descrito nos referidos regramentos, situação que caracteriza violação.

No mérito, alegou violação ao art. 13, §1º, XIII, *g e h* e art. 23 da Lei Complementar n. 123/2006. Aduziu, em resumo, que o tratamento diferenciado previsto no referido diploma legal não implica em desoneração tributária.

Indicou, ainda, a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

Negou-se seguimento ao recurso na origem. Sobreveio agravo.

Recebidos os autos no STJ, foi proferida decisão com o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, I, do RI/STJ, não conheço do recurso especial".

Interposto agravo interno, foi julgado pela E. Segunda Turma, conforme a seguinte ementa do acórdão:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONTRIBUINTES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO SIMPLES, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

I - Quanto à matéria constante do art. 942, 948 e 949, todos do CPC/2015, o Tribunal *a quo*, em nenhum momento, abordou as questões constantes dos dispositivos legais, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide na hipótese o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, que assim dispõe: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*."

II - No tocante à regra tributária em questão, a matéria foi decidida sob fundamento de cunho constitucional, transbordando os lindes específicos de cabimento do recurso especial.

III - Ao concluir que o acórdão recorrido, na análise da matéria, cingiu-se à interpretação de regramentos e princípios constitucionais, afasta-se, *ipso facto*, a apreciação da questão por este Tribunal, cuja competência está jungida à Excelsa Corte, *ex vi* do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

IV - No tocante à parcela recursal referente ao art. 105, III, *c*, da Constituição Federal, o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

V - Conforme a previsão do art. 255 do RI/STJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se, por analogia, o constante o enunciado n. 284 da Súmula do STF.

VI - Agravo interno improvido.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para sanar a omissão apontada, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONTRIBUINTES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO SIMPLES, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

I - Embargos de declaração opostos contra acórdão que manteve julgamento monocrático de não conhecimento do recurso especial diante da ausência de prequestionamento da matéria e pelo fundamento exclusivamente constitucional do acórdão regional recorrido.

II - Recurso especial foi interposto contra acórdão publicado sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, cujos requisitos de admissibilidade recursal são exigidos na forma do novo CPC, nos termos do enunciado administrativo n. 3 do STJ.

III - Diante do fundamento constitucional do acórdão regional recorrido – quanto à antecipação do fato gerador do ICMS, por empresa de pequeno porte, decorrente da aquisição de mercadoria fora do Estado do Rio Grande do Sul –, determino a intimação da parte recorrente para que, no prazo de 15 (quinze) dias, demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, conforme prevê o art. 1.032 do CPC/2015. Após, intime-se a parte recorrida para que apresente contrarrazões no mesmo prazo, e remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

IV - Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão, declarando a nulidade da decisão proferida às fls. 376-379 e do acórdão embargado.

O Estado do Rio Grande do Sul manifestou-se com o fito de demonstrar a existência de repercussão geral.

É o relatório. Decido.

Verifico que a matéria versada nos autos – Aplicação de diferencial de alíquota de ICMS à empresa optante pelo Simples Nacional – teve sua repercussão geral admitida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 970821 (Tema 517).

Consoante a jurisprudência desta Corte, o reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, nos termos do art. 543-B do CPC/1973 (art. 1.036 do CPC/2015), justifica o sobrestamento dos recursos especiais, na instância ordinária, que tragam em seu bojo a mesma questão jurídica a ser definida pelo STF. Assim, a Corte de origem pode declarar prejudicados os recursos que se oponham a acórdão que se conforma com o decidido pelo STF ou se retratar. Nesse sentido: Ag Rg no REsp 1.186.403/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma; REsp 1.486.671/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/11/2014; AgRg no REsp 1.467.551/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014.

Pelo exposto, torno sem efeito a decisão recorrida, julgo

prejudicado este recurso interposto e determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa, para que, em observância aos arts. 543-B, § 3º, e 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC e 1.040 e seguintes do CPC/2015 e após a publicação do acórdão do respectivo recurso excepcional representativo da controvérsia: a) denegue seguimento ao recurso se a decisão recorrida coincidir com a orientação emanada pelos Tribunais Superiores; ou b) proceda ao juízo de retratação na hipótese de o acórdão vergastado divergir da decisão sobre o tema repetitivo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

