



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000340706

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1024458-41.2019.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante OKULOS COMERCIO VAREJISTA DE PRODUTOS OPTICOS LTDA - ME, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO (PROCURADOR GERAL DO ESTADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

KLEBER LEYSER DE AQUINO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 19.359

Embargos de Declaração nº 1024458-41.2019.8.26.0053/50000

Embargante: **OKULOS COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS ÓPTICOS LTDA. - ME**

Embargada: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FPESP**

Interessado: **SUBSECRETÁRIO ADJUNTO DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS-DIFAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

I. Caso em Exame

1. Embargos de declaração opostos por Okulos Comércio Varejista de Produtos Ópticos Ltda. - ME contra acórdão que negou provimento à apelação em mandado de segurança, impetrado contra ato do Subsecretário Adjunto de Fiscalização do Estado de São Paulo, visando o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS "DIFAL".

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em verificar a omissão no acórdão quanto à aplicação do TEMA nº 1.284, de 21/11/2.023, do STF, que condiciona a cobrança do ICMS "DIFAL" à existência de lei estadual específica.

III. Razões de Decidir

3. Verificou-se omissão no acórdão ao não considerar a tese do TEMA nº 1.284, de 21/11/2.023, do STF, que exige lei estadual para a cobrança do ICMS "DIFAL" de empresas do Simples Nacional. 4. A Lei Est. nº 17.470, de 13/12/2.021, que regula a cobrança do ICMS "DIFAL" de empresas do Simples Nacional, só produziu efeitos a partir de 13/03/2.022, conforme os princípios da anterioridade anual e nonagesimal.

IV. Dispositivo e Tese

5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS para sanar a omissão, dando provimento parcial à apelação e reconhecendo a inexigibilidade do ICMS "DIFAL" nas operações realizadas antes de 13/03/2.022. 6. Tese de julgamento: "1. A cobrança do ICMS "DIFAL" de empresas do Simples Nacional requer lei estadual específica. 2. A exigibilidade do

tributo deve observar o princípio da anterioridade”.

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por **Okulos Comércio Varejista de Produtos Ópticos Ltda. - ME** contra o v. **acórdão** (fls. 582/588 dos autos em apenso) prolatado na **apelação** interposta pela embargante contra a r. **sentença** (fls. 379/384 dos autos em apenso), proferida nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA**, impetrado por esta em face de ato do Subsecretário Adjunto de Fiscalização do Estado de São Paulo, que, por unanimidade de votos, **negou provimento à apelação**.

Alega a embargante no presente recurso (fls. 01/07), em síntese, que há omissões no julgado. Afirma que o v. acórdão incidiu em omissão ao não observar, no caso, a tese fixada no TEMA nº 1.284, de 21/11/2.023, do Supremo Tribunal Federal, destacando que, em razão do referido TEMA, o precedente citado no v. acórdão (Apelação nº 1021321-28.2020.8.26.0405) foi posteriormente objeto de juízo de retratação, bem como que não seria possível a cobrança do ICMS “DIFAL” antes da Lei Estadual nº 17.470, de 13/12/2.021. Pugna pelo prequestionamento da matéria envolvida.

Em contraminuta (fl. 14), alega a embargada, em síntese, que não há vícios no v. acórdão que justifiquem a oposição de embargos de declaração.

O recurso é tempestivo.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

De fato, **verifica-se haver omissão no julgado**, que

deixou de observar a tese fixada no TEMA nº 1.284, de 21/11/2.023, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "A cobrança do ICMS-DIFAL de empresas optantes do Simples Nacional deve ter fundamento em lei estadual em sentido estrito".

Assim, conforme já consignado no v. acórdão embargado, no TEMA nº 517, de 12/05/2.021, do Supremo Tribunal Federal, se estabeleceu que "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".

A cobrança do diferencial de alíquota do ICMS no caso em apreço é expressamente autorizada pelo artigo 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alíneas "g" e "h", e parágrafo 5º, da Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2.006¹, obedecendo à exigência prevista no artigo 146, inciso III,

¹ Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§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:

XIII. ICMS devido:

g. nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;
2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

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.

alínea “d”, da Constituição Federal².

Logo, a princípio, não há qualquer inconstitucionalidade na cobrança do diferencial de alíquota do ICMS pelo estado de destino, na entrada da mercadoria em seu território, exigido da sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, caso da embargante.

Isso não quer dizer, contudo, que a exigibilidade do tributo, no caso concreto, prescinda da análise da legislação estadual, conforme o entendimento do TEMA nº 1.284, de 21/11/2.023, do Supremo Tribunal Federal, supracitado.

No caso do Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 17.470, de 13/12/2.021, é a norma que passou a regular a cobrança do ICMS “DIFAL” de empresas optantes pelo Simples Nacional, motivo pelo qual somente após a sua entrada em vigor e a observância aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal, previstos no artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal, é que passou a ser válida a referida cobrança. “Verbis”:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

² Art. 146. Cabe à lei complementar:

III. estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d. definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

III. cobrar tributos:

b. no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c. antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

No mesmo sentido, o artigo 4º da Lei Estadual nº 17.470, de 13/12/2.021, determinou que o referido diploma legislativo entrou em vigor na data de sua publicação, mas somente produzirá efeitos após ser observado o princípio da anterioridade nonagesimal, nos termos do artigo 150, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, já citado acima:

Art. 4º. Esta lei entra em vigor em 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação, observado o disposto no art. 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal.

Considerando que a Lei Estadual nº 17.470, de 13/12/2.021, foi publicada na mesma data, o início da produção de seus efeitos, após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias, foi em **13/03/2.022**, o que atende tanto ao princípio da **anterioridade nonagesimal**, como ao **princípio da anterioridade anual**, vez que sua publicação se deu no exercício do ano de 2.021.

Assim, é o caso de se sanar a omissão apontada pela embargante no v. acórdão, reconhecendo a inexigibilidade do ICMS "DIFAL" nas operações de venda de mercadorias realizados pela embargante aos consumidores finais não contribuintes domiciliados ou sediados neste ente federado, no período anterior a 13/03/2.022.

Ante o exposto, **ACOLHO** os presentes **embargos de declaração**, para sanar a omissão apontada, integrando o v. acórdão nos

termos acima, e, conseqüentemente, **DAR PROVIMENTO EM PARTE** à **apelação**, reformando a r. sentença de 1ª instância, para **conceder parcialmente a segurança**, reconhecendo a inexigibilidade do ICMS "DIFAL" nas operações de venda de mercadorias realizados pela embargante aos consumidores finais não contribuintes domiciliados ou sediados neste ente federado, no período anterior a 13/03/2.022.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
DESEMBARGADOR - RELATOR
(Assinatura Eletrônica)