



Apelante : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
Apeladas: **MEDPRO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI E OUTRAS**
Relator : **DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA**

ACÓRDÃO

JUÍZO DE RETRATAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Direito Tributário. ICMS-DIFAL. Mandado de Segurança. Sentença que indeferiu a inicial do *Mandamus*. Acórdão que deu provimento ao recurso da Impetrante, concedendo a ordem pela mesma postulada, para que a mesma não tenha exação do DIFAL-ICMS, no ano de 2022, período fixado no pedido autoral. Interposição de Aclaratórios pela Impetrante, ao argumento de existência de vícios no julgado. Acolhimento dos embargos interpostos pela Impetrante, para suprir a omissão questionada, sem atribuição de efeitos infringentes, mantendo o acórdão e-doc. 000170, em seus exatos termos. Interposto novo recurso de Aclaratórios pela Impetrante, os mesmos foram acolhidos, parcialmente, sanando a omissão contida no julgado ora hostilizado, de modo a esclarecer que a concessão de ordem, para que a Impetrante não tenha exação do DIFAL-ICMS, no período em que a lei estatal foi julgada inconstitucional, diante da inexistência de Lei Complementar, regulamentando a matéria, antes de decorridos 90 (noventa) dias da publicação da LC nº 190/2022 (anterioridade nonagesimal), ou seja, no período de 01.01.2022 até 05.04.2022, como constou do seu pleito subsidiário e, decidido pelo E. STF. Retorno dos autos à este Órgão Julgador para, em sintonia com o Art. 1.030, II, do CPC, eventual juízo de retratação nos acórdãos vergastados à luz do Tema nº 1.266, da Repercussão Geral, que afastou a exigência do DIFAL durante todo o exercício de 2022, em prol dos contribuintes que atendam aos requisitos específicos. Ao julgar o Tema em comento, o E. STF ratificou a





constitucionalidade do art. 3º, da LC nº 190/2022, que estabeleceu a anterioridade nonagesimal para o início da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS. A Corte Suprema modulou os efeitos da decisão para estabelecer que, *“exclusivamente quanto ao exercício de 2022, não se admite a exigência do DIFAL em relação aos contribuintes que tenham ajuizado ação judicial questionando a cobrança até a data de julgamento da ADI 7066 (29.11.2023), e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício”*. Considerando que a modulação beneficia os contribuintes que, cumulativamente, tenham ajuizado ação judicial até 20.05.2022, e deixado de recolher o DIFAL no exercício de 2022, impõe-se sua aplicação ao caso vertente, para impedir a cobrança do tributo durante todo o exercício de 2022. Hipóteses em que se enquadram as Impetrantes. **EXERCÍCIO POSITIVO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº0021793-21.2022.8.19.0001, em que são Embargantes **MEDPRO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRRLI E OUTRAS** e Embargado **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em exercer o Juízo de Retratação previsto no artigo 1.030, II, do CPC, nos termos do voto do Relator

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
RELATOR





RELATÓRIO:

Trata-se de recursos de embargos de declaração interpostos pelas Impetrantes **MEDPRO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI E OUTRAS**, contra os Embargos Declaratórios pela mesma interpostos contra os acórdãos prolatados no Mandado de Segurança pelas mesmas interposto contra ato, supostamente, ilegal de **AUTORIDADE FAZENDÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, ao argumento de existência de omissão, contradição e erro material nos ditos julgados.

Culminaram, postulando o provimento do recurso, de modo que sejam sanados os vícios nos mesmos apontados, inclusive, com efeito infringente.

Interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, pela Impetrante, nos índices 336 e 351.

Decisão do Exmo. Desembargador 3º Vice Presidente, no índice 526, determinando a devolução dos autos a este Órgão Julgador, para reexame da controvérsia, em consonância com as teses firmadas no Tema nº 1.266, do E. STF, em estrita observância ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do CPC.

É o relatório.

VOTO:

Como constou do relatório acima, foi determinado o retorno dos autos à esta Câmara, com fundamento no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, para eventual exercício do juízo de retratação à luz do Tema nº 1266, do E. STF, com o seguinte teor:

“(…)

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, ENCAMINHO OS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR para reexame da controvérsia em consonância com as teses firmadas no Tema 1.266 do STF, nos termos da fundamentação supra.

Intime-se.” (sic)

In casu, após o exame das razões recursais, observa-se que as Impetrantes, ora embargantes, pretenderam modificar os julgados, sem que tenha ocorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, revelando-se que o intuito das mesmas é, tão somente, a modificação do acórdão alvejado.





Com efeito, o suso aludido Tema nº 1.093/STF, julgado no RE nº 1.287.019, firmou a tese, no sentido de que a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela EC nº 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais, ou seja, a discussão dizia respeito à possibilidade de exigência do DIFAL, antes da existência de lei complementar nacional que disciplinasse a matéria.

Já o Tema nº 1.266/STF tem objeto diverso, isto é, nele se examinou a incidência das regras de anterioridade anual e nonagesimal na cobrança do ICMS-DIFAL, após a entrada em vigor da LC nº 190/2022, isto é, em momento posterior à superação do vício reconhecido no Tema nº 1.093.

No caso em exame, o mandado de segurança foi impetrado em 2020, quando a exigência do DIFAL ainda se apoiava na Lei Estadual nº 7.071/2015, e no Convênio ICMS nº 93/2015, sem a existência da lei complementar nacional, a qual foi, posteriormente, editada.

Com efeito, a própria delimitação feita pelas Impetrantes/embargantes aponta que a pretensão se volta à inexigibilidade do tributo nos exercícios de 2021 e anteriores, período abrangido pelo Tema nº 1.093, ao passo que o Estado Impetrado/embargado também reconhece que a discussão dos autos se restringe ao Tema nº 1.093/STF, não havendo, no caso concreto, controvérsia a ser resolvida, diretamente, pelo Tema nº 1.266.

Resta, pois, evidente, que no Tema nº 1.093, o E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de cobrança do DIFAL, sem lei complementar nacional disciplinadora das normas gerais, sendo que, no mesmo julgamento, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo-os produzir a partir do exercício financeiro de 2022, mas ressaltou, expressamente, as ações judiciais já em curso na data do julgamento de mérito do paradigma, ocorrido em 24.02.2021, sendo que a presente demanda fora ajuizada no ano de 2020, enquadrando-se nessa ressalva.

Destarte, conclui-se que, quanto ao período anterior à produção de efeitos da Lei Complementar nº 190/2022, não subsiste a exigência do DIFAL/ICMS, tampouco do respectivo adicional FECPC incidente sobre a mesma base de cobrança.

É certo, ainda, que o Tema nº 1.266, por sua vez, não autoriza conclusão diversa para os exercícios anteriores a 2022, sendo que a sua tese disciplina a validade das leis estaduais editadas após a EC nº 87/2015, e antes da LC nº 190/2022, estabelecendo que produzem efeitos somente a partir da vigência desta, além de tratar da anterioridade aplicável ao exercício de 2022.

Em sendo assim, a aplicação do Tema nº 1.266, deve ficar reservada às hipóteses, efetivamente, relacionadas ao exercício de 2022 e ao regime inaugurado pela LC nº 190/2022, não se prestando, entretanto, a legitimar cobrança anterior,





realizada em período em que ausente a lei complementar nacional exigida pelo E. Supremo Tribunal Federal, no Tema nº 1.093.

Insta ser ressaltado, ao ensejo, que a distinção dos temas em comento se apresenta relevante, tendo em vista que o Tema nº 1.093, cuida da exigência constitucional prévia de lei complementar para instituição válida do DIFAL nas operações destinadas a consumidor final não contribuinte, ao passo que o Tema nº 1.266, trata dos efeitos da LC nº 190/2022, e da anterioridade tributária a partir de sua entrada em vigor.

Nesse cenário, o acórdão, anteriormente, proferido deve ser adequado à tese vinculante que, efetivamente, rege a controvérsia dos autos.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que a consequência é reconhecer a inexigibilidade do DIFAL/ICMS e do adicional FECPP, em relação às operações discutidas no mandado de segurança, relativamente aos exercícios de 2021 e anteriores, por se tratar de ação ajuizada antes do julgamento do Tema nº 1.093 e, portanto, inserida na ressalva da modulação estabelecida pela Suprema Corte.

Ressalte-se, por fim, que a presente conclusão não afasta, em tese, a disciplina própria do Tema nº 1.266, para fatos geradores ocorridos no exercício de 2022, caso, efetivamente, abrangidos por relação jurídico-tributária diversa e submetidos às condições ali fixadas, mas os efeitos de sua modulação atinge as Impetrantes/embargantes, ao passo que, estão presentes os pressupostos na mesma estabelecidos.

Pelo exposto, voto por exercer o juízo de retratação positivo, nos termos do art. 1.030, II, do CPC, para reformar os acórdãos, anteriormente, proferidos, a fim de dar provimento ao recurso de apelação e conceder a segurança para obstar a cobrança do DIFAL /ICMS em relação à Impetrante durante todo o exercício de 2022, com a inversão do ônus sucumbencial, nos termos da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

**DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
RELATOR**

