



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0104535-06.2022.8.19.0001

APELANTE: PRÓ-EURO INDÚSTRIA, IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA

APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECURSO ESPECIAL Nº 0104535-06.2022.8.19.0001

RECORRENTE: PRÓ-EURO INDÚSTRIA, IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUÍZO DE ORIGEM: 17ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

RELATOR: DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS

ACÓRDÃO

EMENTA: JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS (DIFAL). EXERCÍCIO DE 2022. AÇÃO JUDICIAL AJUIZADA ANTES DE 29.11.2023. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. TEMA 1.266/STF. INEXIGIBILIDADE DO DIFAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação cível em mandado de segurança submetida a juízo de retratação para verificar a conformidade do acórdão com a orientação firmada pelo STF no Tema 1.266 da repercussão geral.
2. O mandado de segurança foi impetrado em 29.04.2022 e questionou a cobrança do DIFAL relativa ao exercício de 2022.
3. O acórdão recorrido é submetido a novo exame em razão da superveniência de entendimento vinculante do STF acerca da modulação dos efeitos da cobrança do DIFAL nas operações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. A questão em discussão consiste em saber se é exigível o DIFAL relativo ao exercício de 2022 quando o contribuinte ajuizou ação judicial questionando a cobrança antes de 29.11.2023 e não recolheu o tributo naquele exercício.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. O STF, no julgamento do RE 1.426.271/CE, Tema 1.266, estabeleceu que, exclusivamente quanto ao exercício de 2022, não se admite a exigência do DIFAL dos contribuintes que ajuizaram ação judicial questionando a cobrança até 29.11.2023 e deixaram de recolher o tributo naquele exercício.

6. Os embargos de declaração no RE 1.426.271/CE esclareceram que a modulação alcança os contribuintes que simplesmente ajuizaram ação judicial até 29.11.2023, sendo irrelevante a existência de decisão provisória favorável ou a realização de depósito judicial.

7. No caso, o mandado de segurança foi impetrado em 29.04.2022 e abrangeu a cobrança do DIFAL referente ao exercício de 2022. Não consta dos autos o recolhimento do tributo no período.

8. Preenchidos, portanto, os requisitos definidos na modulação do Tema 1.266/STF.

IV. DISPOSITIVO

9. Em juízo de retratação, recurso provido para conceder a segurança e afastar a exigibilidade do DIFAL-ICMS em relação ao impetrante no exercício de 2022.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 150, III, “c”; EC nº 87/2015; Lei Complementar nº 190/2022, art. 3º.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE 1.287.019/DF, Tema 1.093; STF, ADI 5.469; STF, RE 1.426.271/CE, Tema 1.266.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº **0104535-06.2022.8.19.0001**, em que figura como apelante: **PRÓ-EURO INDÚSTRIA, IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA** e apelado: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

ACORDAM os Desembargadores que integram a 26ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **no sentido do julgamento do presente recurso, nos termos da certidão de julgamento a ser lavrada pela Secretaria.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS

Relator

I – RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível com interposição de Recurso Especial por **PRÓ-EURO INDÚSTRIA, IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA**, tendo sido desprovido o apelo mantendo a sentença que indeferiu a inicial, com fulcro no artigo 10, da Lei nº 12.016/2009, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

Retornaram os autos a este Colegiado para eventual exercício do juízo de retratação, em razão da tese firmada no Tema 1.266 do STF, conforme adiante se transcreve:

“I - É Constitucional o art. 3º da Lei Complementar 190/2022, o qual estabelece vacatio legai no prazo correspondente à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, ‘c’, da Constituição Federal.

II - As leis estaduais editadas após a EC 87/2015 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 190/2022, com o propósito de instituir a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 190/2022.

III - Contribuintes que ajuizaram ação judicial (modulação dos efeitos) - 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”.

De modo a contextualizar a dinâmica dos autos, tem-se que foi proferida sentença nos termos seguintes:

“INDEFIRO A INICIAL, com fulcro no artigo 10, da Lei nº 12.016/2009, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil. Custas pela impetrante. Sem honorários, na forma do artigo 25 da Lei nº

12.016/09. Cientifique-se o Ministério Público. Com o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se. P.I.””.

Ao apreciar o recurso de apelação interposto pela parte impetrante, entendeu por negar provimento ao recurso interposto, como se verifica da ementa adiante transcrita:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/DIFAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. O mandado de segurança tem como fim precípua proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade. 2. O STF, por ocasião do julgamento do tema 1093, fixou a seguinte tese: “a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”. 3. ADI 5469, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade formal de cláusulas do Convênio Confaz nº 93/2015, bem como Leis Estaduais e do DF, que permitiam a exigência da diferença de alíquota de ICMS interna e interestadual - DIFAL, disciplinada pela EC 87/2015. 4. Determinação pela Suprema Corte que a referida decisão produza efeitos a partir do exercício financeiro seguinte ao da conclusão do julgamento (2022), ressaltando as ações judiciais em curso modulação que, entretanto, não se aplica ao impetrante. 5. Superveniência da Lei Complementar nº 190/2022, publicada em 05 de janeiro de 2022, alterando o art. 2º da LC nº 87/96, para instituir o ICMS-DIFAL. 6. Direito líquido e certo não configurado. 7. Sentença que se mantém. 8. Recurso ao qual se nega provimento”.

A parte apelante interpôs Recurso Especial (index. 239).1266

Por força da decisão da eg. 3ª Vice-Presidência deste TJRJ, os autos retornaram ao órgão fracionário para eventual exercício do juízo de retratação à luz do Tema nº 1.266 do STF.

Petição da impetrante (indexador 440 e 474) postulando a concessão da segurança, para o reconhecimento do seu direito de não se submeter à cobrança do DIFAL/ICMS durante o ano-calendário de 2022, em atenção ao fixado no Tema n.º 1266 do Supremo Tribunal Federal.

Parecer da procuradoria de Justiça (indexador 495) manifestando sua ciência da intimação de index 493 e, em atendimento ao seu teor, oficia pela reiteração dos fundamentos da manifestação juntada no index 490.

É o Relatório.

II – VOTO

A controvérsia recursal limita-se a verificar se o acórdão, ora hostilizado, deve ser mantido ou ajustado à orientação vinculante firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, no Tema nº 1.266, de repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal julgou o RE 1.287.019/DF e fixou a tese do Tema 1.093/STF:

“A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar, veiculando normas gerais”.

Confira-se o inteiro teor das ementas relativas ao julgado de repercussão geral do Tema 1093/STF e da ADI 5469:

“O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a invalidade “da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora”, vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015,

pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais", vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)".

Os efeitos do respectivo julgamento foram modulados, com expressa ressalva das ações judiciais em curso, vejamos:

"O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a invalidade "da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora", vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015,

pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021”.

Por fim, foi julgado o RE 1.426.271/CE, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, com nova modulação de efeitos, consolidando Tema 1.266:

“I - É Constitucional o art. 3º da Lei Complementar 190/2022, o qual estabelece vacatio legai no prazo correspondente à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, ‘c’, da Constituição Federal.

II - As leis estaduais editadas após a EC 87/2015 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 190/2022, com o propósito de instituir a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 190/2022.

III - Contribuintes que ajuizaram ação judicial (modulação dos efeitos) - 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”.

Durante a tramitação da presente apelação, foram julgados os embargos de declaração no RE 1.426.271/CE, reafirmando a modulação inclusive para aqueles contribuintes que não apresentaram garantias ao crédito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO.

ALEGADA OBSCURIDADE QUANTO AOS TERMOS DA MODULAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

- 1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do recurso que lhe foi submetido.*
- 2. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo.*
- 3. A modulação dos efeitos do precedente deu-se nos seguintes termos: “III. Contribuintes que ajuizaram ação judicial (modulação dos efeitos) - 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”.*
- 4. O embargante alega haver obscuridade quanto ao trecho “tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício”. Sustenta existir indefinição quanto (a) aos que propuseram ação e nada pagaram e (b) aos que obtiveram medida liminar mediante depósito. Postula seja esclarecido que a modulação não se aplica aos que não tiveram decisão favorável na ação proposta, bem como aos que só a receberam mediante o depósito do valor questionado.*
- 5. Não há qualquer obscuridade a sanar, mas apenas o propósito do embargante de estreitar o âmbito de aplicação da modulação. Estão por ela abarcados os contribuintes que simplesmente tenham ajuizado ação judicial questionando a cobrança até a data de julgamento da ADI 7066 (29/11/2023), sendo irrelevante que hajam recebido decisão provisória favorável, ou que a tenham obtido mediante o depósito.*
- 6. Embargos de declaração rejeitados.*

No caso em tela, verifica-se que o mandado de segurança foi impetrado em 29/04/2022 (index. 02), abrangendo especificamente a cobrança do DIFAL relativa ao exercício de 2022, bem como não consta dos autos o recolhimento do tributo no período em questão.

Diante desse contexto, impõe-se a aplicação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1266, segundo a qual, para os contribuintes que ajuizaram ação judicial até 29/11/2023 e deixaram de recolher o tributo em 2022, não se admite a exigência do DIFAL relativamente ao exercício de 2022.

Por tais fundamentos, voto no sentido de **exercer o juízo de retratação, dando provimento ao recurso, concedendo-se a segurança para afastar a exigibilidade da cobrança do DIFAL-ICMS relativo ao impetrante no exercício de 2022, em observância ao entendimento consolidado no Tema 1.266/STF.**

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS

Relator