



APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0271532-47.2020.8.19.0001

APELANTE 1: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**APELANTES 2: TECNOPAR TECNOLOGIA EM AUTOMAÇÕES LTDA. E
OUTRAS**

APELADOS: OS MESMOS

(Classificação: 03)

**APELAÇÕES CÍVEIS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.
DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.
ICMS-DIFAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS
DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO
CONTRIBUINTES. LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022.
TEMA Nº 1.266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
PRAZO DE NOVENTA DIAS. ACÓRDÃO ANTERIOR
INTEGRADO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
CONVERGÊNCIA MATERIAL COM O PRECEDENTE
VINCULANTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AUSÊNCIA
DE COMPROVAÇÃO DO NÃO RECOLHIMENTO DO
TRIBUTO EM 2022. MANUTENÇÃO DO JULGADO.
JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO.**

**1. Retorno dos autos ao órgão julgador, na forma do art.
1.030, II, do Código de Processo Civil, para eventual
juízo de retratação à luz do Tema nº 1.266 da
repercussão geral.**

**2. O Tema nº 1.093 do Supremo Tribunal Federal afastou
a cobrança do ICMS-DIFAL antes da edição da
complementar nacional exigida pela Constituição**





Tema nº 1.266 disciplinou a produção de efeitos da Lei Complementar nº 190/2022. Precedentes sucessivos e complementares.

3. A Corte Suprema reconheceu a constitucionalidade do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, que estabeleceu prazo de noventa dias para a produção de efeitos da norma, e validou as leis estaduais editadas após a Emenda Constitucional nº 87/2015, com eficácia condicionada à vigência da lei complementar.

4. O acórdão anteriormente proferido, após integração em segundos embargos de declaração, preservou a inexigibilidade do ICMS-DIFAL durante o prazo de noventa dias previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022. Resultado materialmente compatível com os itens I e II da tese vinculante, embora o julgado tenha empregado a expressão anterioridade nonagesimal.

5. A modulação prevista no item III do Tema nº 1.266 exige, cumulativamente, o ajuizamento de ação judicial até 29/11/2023 e o efetivo não recolhimento do tributo no exercício de 2022.

6. Impetrantes que ajuizaram a ação em 25/11/2020, mas não demonstraram ter deixado de recolher o DIFAL em 2022, apesar de intimadas especificamente para se manifestar sobre o enquadramento na modulação. A existência de tutela suspensiva não comprova, por si só, o comportamento tributário efetivamente adotado.

7. Inexistência de desconformidade entre o resultado





juízo de retratação não exercido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos das apelações cíveis em referência, acordam os Desembargadores desta Quarta Câmara de Direito Público (antiga 7ª Câmara Cível), na forma do voto do Relator e da certidão de julgamento.

RELATÓRIO

Trata-se de retorno dos autos a esta Câmara, por determinação da Terceira Vice-Presidência, para eventual exercício do juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, em razão da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.266 da repercussão geral.

Tecnopar Tecnologia em Automações Ltda. e outras impetraram mandado de segurança contra ato do Subsecretário Adjunto de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, questionando a exigência do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes localizados neste Estado.

A sentença concedeu parcialmente a ordem para exoneração dos impetrantes do recolhimento do ICMS-DIFAL até a edição de





complementar nacional que regulamentasse a Emenda Constitucional nº 87/2015, respeitados os princípios da irretroatividade e das anterioridades anual e nonagesimal. Declarou, ainda, o direito à compensação, restituição ou creditamento dos valores pagos a maior no quinquênio anterior à impetração e no curso do processo, com atualização pela taxa SELIC, e concedeu tutela para suspender a exigibilidade dos créditos tributários até o trânsito em julgado.

O Estado do Rio de Janeiro apelou, sustentando, em síntese, a possibilidade de cobrança a partir da publicação da Lei Complementar nº 190/2022, sem incidência das regras de anterioridade, e impugnando o reconhecimento do direito à restituição, compensação ou creditamento. As impetrantes também apelaram, pretendendo estender a inexigibilidade até a edição de nova lei estadual adaptada à lei complementar e afastar a cobrança durante todo o exercício de 2022.

O acórdão de id 596 deu parcial provimento ao recurso do Estado para limitar a inexigibilidade à edição da Lei Complementar nº 190/2022, em 04/01/2022, afastando as anterioridades anual e nonagesimal, e negou provimento ao recurso das impetrantes.

Os primeiros embargos de declaração opostos pelas impetrantes foram desprovidos pelo acórdão de id 698. Novos embargos foram acolhidos, com efeitos infringentes, pelo acórdão de id 757, para reduzir a amplitude do provimento do recurso estatal e determinar a observância do prazo nonagesimal previsto no art. 3º da Lei Complemente nº 190/2022, à luz do julgamento conjunto das ADIs 7.066/DF, 7.070/A





7.078/CE.

O Estado interpôs recurso extraordinário, alegando violação aos arts. 150, III, alíneas "b" e "c", e 155, § 2º, VII, da Constituição Federal. O recurso foi sobrestado até a conclusão do julgamento do RE 1.426.271/CE, paradigma do Tema nº 1.266.

Após o trânsito em julgado do precedente, a Terceira Vice-Presidência determinou o retorno dos autos para reexame da controvérsia em consonância com as teses vinculantes.

Após o retorno, o Estado manifestou-se no id 883, afirmando que a demanda estaria submetida ao Tema nº 1.093, e não ao Tema nº 1.266. As impetrantes foram intimadas especificamente para se pronunciar sobre o eventual juízo de retratação, a alegação do Estado e o enquadramento do caso no item III da tese do Tema nº 1.266, mas deixaram transcorrer o prazo sem resposta, conforme certidão de id 896. A Procuradoria de Justiça declinou de intervir no feito, por não identificar interesse público ou social que justificasse sua atuação.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos para o exame do juízo de retratação.

As partes tiveram oportunidade de se pronunciar, e o reexa





decorre da aplicação obrigatória do precedente qualificado, na forma dos arts. 1.030, II, e 1.040, II, do Código de Processo Civil.

I – Delimitação da controvérsia

A controvérsia limita-se à verificação da compatibilidade dos acórdãos anteriormente proferidos com a orientação vinculante firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.266 da repercussão geral, inclusive quanto à modulação estabelecida no item III da tese.

Não se reabrem, neste momento, os demais capítulos dos recursos de apelação, que não guardam relação com o precedente indicado pela Terceira Vice-Presidência.

II – Temas nº 1.093 e nº 1.266 do Supremo Tribunal Federal

No julgamento do RE 1.287.019/DF, o Supremo Tribunal Federal fixou, no Tema nº 1.093, a tese de que a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015 pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais. A modulação ressalvou as ações judiciais em curso, situação em que se encontra a presente demanda, ajuizada em 25/11/2020.

A superveniência da Lei Complementar nº 190/2022 inaugurou questão subsequente: a definição do momento em que a disciplina nacional passou a produzir efeitos e tornou eficazes as leis estaduais anteriormente editadas. Essa controvérsia foi solucionada no RE 1.426.271/CE, Tema





1.266, com a fixação das seguintes teses:

I – É constitucional o art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022, o qual estabelece vacatio legis no prazo correspondente à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, III, alínea "c", da Constituição Federal.

II – As leis estaduais editadas após a Emenda Constitucional nº 87/2015 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 190/2022, com o propósito de instituir a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS 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 Lei Complementar nº 190/2022.

III – 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 do julgamento da ADI 7.066, em 29/11/2023, e tenham deixado de recolher o tributo naquele exercício.

Os Temas nº 1.093 e nº 1.266 não são excludentes. O primeiro disciplina a impossibilidade de cobrança antes da edição da lei complementar nacional; o segundo define a produção de efeitos da norma superveniente e das leis estaduais que dela dependiam. A controvérsia originária foi solucionada sob o Tema nº 1.093, enquanto a discussão surgida após a edição da Lei Complementar nº 190/2022 se submete diretamente ao Tema nº 1.266.





III – Compatibilidade do julgamento anterior

O acórdão de id 596 havia limitado a inexigibilidade do ICMS-DIFAL à edição da Lei Complementar nº 190/2022 e afastado tanto a anterioridade anual quanto a nonagesimal. Contudo, o julgamento foi integrado pelo acórdão de id 757, que acolheu os segundos embargos de declaração e preservou o prazo de noventa dias estabelecido no art. 3º da lei complementar.

Embora o acórdão integrado tenha empregado a expressão anterioridade nonagesimal, o comando dele resultante coincide materialmente com o item I do Tema nº 1.266: a Lei Complementar nº 190/2022 entrou em vigor na data da publicação, mas somente produziu efeitos após o prazo de noventa dias previsto em seu art. 3º. Não houve reconhecimento da anterioridade anual, afastada no julgamento anterior e também rejeitada pela orientação do Supremo Tribunal Federal.

O item II da tese tampouco impõe alteração. O acórdão reconheceu que a legislação estadual existente não precisava ser substituída por nova lei posterior à Lei Complementar nº 190/2022 e admitiu a cobrança após a implementação da condição temporal estabelecida pela norma nacional.

Não procede, assim, a alegação do Estado de que o Tema nº 1.266 seria estranho ao caso. O recurso extraordinário por ele interposto questiona exatamente a necessidade de observância do prazo de noventa dias após a publicação da Lei Complementar nº 190/2022, mat



submetida ao precedente que motivou o retorno dos autos.

IV – Modulação dos efeitos

A modulação prevista no item III do Tema nº 1.266 impede a exigência do DIFAL durante todo o exercício de 2022 somente quando presentes dois requisitos cumulativos: o ajuizamento de ação judicial até 29/11/2023 e o efetivo não recolhimento do tributo naquele exercício.

O primeiro requisito está satisfeito, pois o mandado de segurança foi impetrado em 25/11/2020. Não há, porém, comprovação de que as impetrantes tenham deixado de recolher o DIFAL em 2022.

A tutela concedida na sentença suspendeu a exigibilidade dos créditos durante a tramitação do processo, mas a existência da ordem judicial não demonstra, por si só, o comportamento tributário efetivamente adotado pelas contribuintes. A modulação exige fato objetivo, ausência de recolhimento em 2022, que não pode ser presumido.

A parte foi intimada especificamente para se pronunciar sobre o enquadramento no item III da tese e permaneceu silente. Ausente a demonstração do segundo requisito, não se aplica a ressalva excepcional, permanecendo a solução já adotada quanto ao prazo de noventa dias.

V – Dispositivo

Ante o exposto, **voto no sentido de não exercer o juízo**





retratação, mantendo os acórdãos anteriormente proferidos por estarem materialmente em conformidade com as teses firmadas no Tema nº 1.266 do Supremo Tribunal Federal.

Devolvam-se os autos à Terceira Vice-Presidência.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO
Desembargador Relator

