



Apelação nº 0105245-26.2022.8.19.0001

Apelante: Babadoshop Comércio de Produtos de Moda e Cuidados Pessoais Ltda

Apelado: Estado do Rio de Janeiro

Relator: Des. Adolpho Andrade Mello

**DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
APELAÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. DIFAL.
FECF. TEMA Nº 1.266 DA REPERCUSSÃO GERAL.
MODULAÇÃO DE EFEITOS. MANDADO DE
SEGURANÇA IMPETRADO EM 2022. INEXIGIBILIDADE
DA COBRANÇA RELATIVA AO EXERCÍCIO DE 2022.
RECURSO PROVIDO.**

I. CASO EM EXAME

1. Apelação submetida a juízo de retratação, por determinação da Terceira Vice-Presidência, em razão do julgamento do Tema nº 1.266 da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, para reexame de acórdão que versava sobre a exigibilidade do DIFAL e do FECF nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto. Busca-se a adequação do julgamento ao precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, diante de mandado de segurança impetrado em 29 de abril de 2022 visando afastar a cobrança do tributo no exercício financeiro de 2022.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se o caso concreto se enquadra na modulação de efeitos fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.266 da repercussão geral; e (ii) estabelecer se é devida a retratação do acórdão anteriormente proferido para reconhecer a inexigibilidade do DIFAL e do FECF relativamente ao exercício financeiro de 2022.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento vinculante no Tema nº 1.266, reconhecendo a constitucionalidade do art. 3º da Lei Complementar nº 190/2022 e estabelecendo que a cobrança do DIFAL se submete apenas ao princípio da anterioridade nonagesimal.

4. A modulação dos efeitos assegura, exclusivamente em relação ao exercício de 2022, a inexigibilidade do tributo aos contribuintes que ajuizaram ação judicial até 29 de novembro de 2023 e não efetuaram o recolhimento do DIFAL naquele exercício.



Apelação nº 0105245-26.2022.8.19.0001

5. O caso concreto preenche os requisitos definidos pelo Supremo Tribunal Federal, pois o mandado de segurança foi impetrado em 29 de abril de 2022 e consta dos autos a afirmação de ausência de recolhimento do DIFAL no exercício de 2022.

6. Compete à Fazenda Pública demonstrar eventual recolhimento do tributo, por constituir fato impeditivo da incidência da modulação, não sendo exigível do contribuinte a prova de fato negativo, sobretudo quando os registros arrecadatórios permanecem sob a administração do ente fazendário.

7. A alegação de ausência de comprovação do não recolhimento do tributo não pode ser suscitada apenas na fase de juízo de retratação, por configurar inovação processual, inexistindo demonstração idônea apta a afastar a incidência da tese vinculante.

8. A eficácia obrigatória do Tema nº 1.266 impõe a retratação do acórdão anterior para adequá-lo ao precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos dos artigos 927, I e III, e 1.040, II, do Código de Processo Civil.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Recurso provido, em juízo de retratação. Segurança concedida.

Tese de julgamento:

1. A modulação de efeitos fixada no Tema nº 1.266 da repercussão geral alcança o contribuinte que ajuizou ação judicial até 29 de novembro de 2023 e não recolheu o DIFAL no exercício financeiro de 2022.

2. Incumbe à Fazenda Pública comprovar o recolhimento do tributo quando invoca fato impeditivo da incidência da modulação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

3. É inadmissível suscitar, apenas no juízo de retratação, inovação processual destinada a afastar a aplicação da tese vinculante.

4. O juízo de retratação deve adequar o acórdão recorrido ao precedente obrigatório firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando presentes os pressupostos fáticos definidos no Tema nº 1.266 da repercussão geral.

RELATÓRIO

Cuida-se de procedimento instaurado em razão da devolução dos autos ao órgão julgador, por determinação da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, após o levantamento do sobrestamento anteriormente imposto



Apelação nº 0105245-26.2022.8.19.0001

aos recursos especial e extraordinário em virtude da afetação da controvérsia ao Tema nº 1.266 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Consta da decisão que a controvérsia submetida aos recursos envolve a incidência dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal na cobrança do diferencial de alíquota do ICMS (DIFAL) nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 190/22, matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.426.271, paradigma do Tema nº 1.266.

Ao apreciar o mérito da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou teses vinculantes reconhecendo a constitucionalidade do artigo 3º da Lei Complementar nº 190/22, a validade das leis estaduais editadas após a Emenda Constitucional nº 87/15, com produção de efeitos apenas a partir da vigência da referida Lei Complementar, bem como estabelecendo modulação específica para os contribuintes que ajuizaram ação judicial até 29 de novembro 2023 relativamente ao exercício de 2022.

Diante da definição da matéria pela Corte Suprema, a Terceira Vice-Presidência concluiu pela necessidade de remessa dos autos a este Órgão, prolator do acórdão recorrido, para realização de juízo de retratação, nos termos do artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil, a fim de que o julgamento seja reexaminado em conformidade com as teses firmadas no Tema nº 1.266 do Supremo Tribunal Federal.

Oportunizado às partes a se manifestarem sobre o decidido em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, apresentaram as petições de fls. 312/314 e 316/320, cada qual em abono as suas teses.

VOTO

A controvérsia diz respeito à incidência do entendimento vinculante firmado pela Suprema Corte acerca da exigibilidade do Diferencial de Alíquota do ICMS - DIFAL e do Fundo Estadual de Combate à Pobreza - FECF nas operações destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, relativamente ao exercício financeiro de 2022.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema nº 1.266 da repercussão geral, consolidou entendimento no sentido de que o artigo 3º da Lei Complementar nº 190/22 é constitucional, reconhecendo que a cobrança do DIFAL está sujeita apenas ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Além disso, modulou os efeitos da decisão para assegurar, exclusivamente em relação ao exercício de 2022, a inexigibilidade do tributo aos contribuintes que tenham ajuizado ação judicial questionando a cobrança até a data do julgamento da ADI



Apelação nº 0105245-26.2022.8.19.0001

nº 7.066 (29/11/2023) e que não tenham efetuado o recolhimento do DIFAL naquele exercício.

No caso concreto, verifica-se que tais requisitos estão integralmente presentes. Conforme se extrai dos autos, o mandado de segurança foi impetrado ainda em 29 de abril de 2022, muito antes do marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo igualmente afirmado que as impetrantes deixaram de recolher o DIFAL relativamente ao exercício de 2022.

Cumprе destacar que eventual alegação de recolhimento do tributo constitui fato impeditivo à incidência da modulação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, incumbindo à Fazenda Pública o respectivo ônus probatório, nos termos do artigo 373, II, do Código de Processo Civil. Não se mostra razoável impor ao contribuinte a demonstração de fato negativo, consistente na inexistência de pagamento do tributo, sobretudo quando os registros arrecadatários se encontram sob a exclusiva administração do ente fazendário.

Além disso, a discussão acerca da ausência de comprovação do não recolhimento não foi oportunamente suscitada ao longo da tramitação processual, revelando-se inadmissível sua inovação apenas nesta fase procedimental. Assim, ausente demonstração idônea de fato capaz de afastar a incidência da modulação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer a presunção de enquadramento da impetrante na hipótese excepcional expressamente contemplada pela tese vinculante.

Nesse contexto, impõe-se a adequação do acórdão anteriormente proferido ao entendimento vinculante firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em observância ao disposto nos artigos 927, I e III, e 1.040, II, ambos do Código de Processo Civil. A tese firmada no Tema nº 1.266 possui eficácia obrigatória e deve ser aplicada aos processos submetidos ao juízo de retratação, sempre que verificada identidade entre a situação fática dos autos e os pressupostos definidos pela Suprema Corte.

Diante desse cenário, verifica-se que o acórdão anteriormente proferido não mais subsiste integralmente, impondo-se sua retratação para adequá-lo ao precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal.

À conta do acima, em juízo de retratação, voto no sentido de retratar o acórdão anteriormente proferido, dando provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença e conceder a segurança, reconhecendo a inexigibilidade da cobrança do DIFAL/ICMS e do FECP relativamente ao exercício financeiro de 2022, em conformidade com a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.266 da repercussão geral, observados os limites da modulação de efeitos estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Quarta Câmara de Direito Privado

Apelação nº 0105245-26.2022.8.19.0001



Rio de Janeiro, na data da Sessão de Julgamento.

Desembargador **ADOLPHO ANDRADE MELLO**
Relator

