

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS AUTOS DA APELAÇÃO
CÍVEL - PROCESSO Nº 0148291-36.2020.8.19.0001**

17ª VARA FAZENDA DA FAZENDA PÚBLICA

**EMBARGANTES: ESTADO DO RIO DE JANEIRO E AZ
COMÉRCIO DE ACESSÓRIOS DE AUTOPEÇAS EIRELI**

EMBARGADOS: OS MESMOS

RELATORA: DES. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CORREÇÃO
DE ERRO MATERIAL.**

1. Discussão recursal que se limita à exigibilidade do imposto no período entre 05/01/2022 e 05/04/2022, período da *vacatio legis* da LC nº 190/2022.
2. Dispositivo do julgado que deve observar tal limitação, merecendo correção.
3. Desnecessidade da comprovação requerida pelo 1º recorrente, já que o não recolhimento do tributo gera a impossibilidade da cobrança e o seu pagamento impossibilita o pleito de repetição de indébito.
4. Desprovimento do 1º recurso e provimento parcial do 2º recurso.

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Cível, Acordam os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgar o presente recurso na forma da certidão de julgamento e voto a serem publicados.

¶

Cuida-se de dois Embargos de Declaração opostos ao acórdão proferido no julgamento de Apelação Cível, em juízo de retratação, que por unanimidade de votos deu provimento parcial ao recurso interposto pela ora 2ª embargante.

Alega o 1º embargante às fls. 1093 ejud que há omissão no julgado, eis que deixou de se manifestar acerca da comprovação do não recolhimento do tributo, na forma do Tema nº 1266, do STF.

Afirma a 2ª embargante às fls. 1098 ejud que há erro material no julgado, já que houve julgamento *ultra petita*, na medida em que o objeto

da demanda é o afastamento da cobrança do DIFAL sobre as operações interestaduais de vendas de mercadorias realizadas por elas a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados nesta Unidade Federativa, no período em que não havia lei complementar nacional definindo as normas gerais do tributo, e, após a edição, até a data de início da sua produção de efeitos. Sustenta que interpôs os Recursos Especial e Extraordinário unicamente para estender a segurança até 05/04/2022, mas ao retornarem os autos para retratação (em razão do Tema 1.266), o acórdão ora embargado acabou extrapolando os limites do pedido contido na exordial, concedendo a segurança para afastar a exigibilidade do DIFAL após 05 de abril de 2022.

Contrarrazões às fls. 1109 e 1116 ejud.

É o relatório. Passo ao voto.

Inicialmente, analisa-se o 2º recurso, da impetrante.

O presente *mandamus* foi impetrado em 29/07/2020, com fundamento na discussão tratada no Tema nº 1093, do STF, sustentando a inexigibilidade do DIFAL (e FECP) antes da instituição das correspondentes Lei Complementar e Estadual.

Da análise da exordial, se extrai que o pedido se restringe ao afastamento da cobrança até que fossem editadas a lei complementar e a estadual, observados, ainda, os princípios da irretroatividade e da anterioridade (anual e nonagesimal) ou, ao menos, até quando a lei complementar começasse a produzir seus efeitos.

O Tema nº 1093, do STF, ficou assentado no seguinte sentido: *“Necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015.”*

Na modulação dos efeitos, restou consignada a aplicação do entendimento a partir do exercício de 2022, exceto para aqueles que já tivessem ingressado com ação judicial (até 24/02/2021), como no caso em questão.

A Lei Complementar nº 190/2022, publicada em 05/01/2022, regulamentou a cobrança do imposto.

A sentença de fls. 747 ejud concedeu a segurança, reconhecendo que deveriam ser observados os princípios da anterioridade anual e nonagesimal e que o imposto não poderia ser exigido *“enquanto a Lei Complementar n.º 190/2022 não estiver produzindo seus efeitos, bem como seja editada a lei estadual que institua esse imposto em conformidade com a aludida lei complementar;”*.

Note-se que na apelação do Estado (fls. 815 ejud) há reconhecimento que, no caso concreto, o imposto é inexigível até o advento da LC n.º 190/2022, havendo, pois, discussão tão somente quanto à aplicação ou não dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal e da necessidade de se aguardar a edição de lei estadual posterior.

Por sua vez, o Acórdão de fls. 891 ejud deu provimento à apelação, ao fundamento de que a superveniência da LC n.º 190/2022 supriu a lacuna reconhecida pelo STF, sendo regular a cobrança a partir de sua publicação, sem necessidade de edição de nova lei estadual.

Então, ao contrário do que alega a 2ª embargante, o Tema n.º 1266, do STF, sim, se aplica ao caso em contenda, uma vez que seu pleito inicial foi no sentido de se ver desobrigada do pagamento do imposto até que a lei complementar e a lei estadual produzissem efeitos sobre a cobrança, ainda que os recursos (especial e extraordinários) por ela interpostos se limitassem ao período relativo à anterioridade nonagesimal, ou seja, de 05/01/2022 a 05/04/2022.

Contudo, estando a discussão limitada ao referido período e tendo a apelação sido interposta pelo Estado, merece correção o dispositivo do Acórdão de fls. 1075 ejud para que seja reconhecida a inexigibilidade da cobrança somente até 05/04/2022.

Quanto aos embargos do Estado, não merece reparo o julgado.

Conforme se pode observar, a matéria foi devidamente apreciada pelo acórdão embargado, cabendo ressaltar, como dito no referido julgado, que as teses estabelecidas pelo STF, no julgamento do Tema n.º 1266 da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário n.º 1.426.271), foram transcritas e em decorrência da modulação dos efeitos é assegurada à recorrente a inexigência do DIFAL, posto que interposto o presente *mandamus* em 29/07/2020.

Cumprе esclarecer que o supramencionado tema estabeleceu que o DIFAL seria exigível a partir do término da *vacatio legis* de 90 dias. Contudo, somente naquele exercício (2022), a cobrança não poderia ser realizada em face dos contribuintes que tivessem ajuizado ação judicial até 29/11/2023 e deixado de recolher o tributo naquele exercício.

Ora, é evidente que o não recolhimento do tributo gera a impossibilidade da cobrança, sendo certo que o seu pagamento impossibilita o pleito de repetição de indébito, e só, sendo desnecessária a comprovação arguida pelo embargante.

Cumprе observar que, *in casu*, o Estado, em suas razões recursais admite a inexigibilidade do tributo em momento anterior ao exercício de 2022, podendo ser os valores eventualmente pagos antes do período da *vacatio legis* buscados em ação própria, já que esta via é inadequada para tanto.

No que toca aos valores posteriores ao da *vacatio legis* (no exercício de 2022), o que se vê é que a impetrante promoveu o depósito judicial do tributo e não o seu recolhimento, pelo que faz jus ao levantamento dos valores consignados.

Ante e exposto, voto no sentido de negar provimento aos Embargos do Estado e dar parcial provimento aos embargos da impetrante para alterar o dispositivo do Acórdão de fls. 1075 ejud, na forma da fundamentação, para *“reformular o Acórdão de fls. 891 ejud para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, CONCEDENDO PARCIALMENTE a segurança para reconhecer a inexigibilidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS amparado pela LC nº 190/2022, incidente em operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto neste Estado, até 05/04/2022, sendo possível o levantamento dos valores consignados, na forma da fundamentação. Diante da sucumbência recíproca, custas rateadas.”*.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desembargadora Relatora