



Embargos de Declaração na Apelação Cível **0156166-57.2020.8.19.0001**

Embargante: **SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. E OUTRO**

Embargado: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Juízo de Origem: **11ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital.**

Relatora: **Desembargadora LÍDIA MARIA SODRÉ DE MORAES**

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO ENTE ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E ERRO MATERIAL. JULGADO QUE REJEITOU OS ACLARATÓRIOS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO DA EGRÉGIA TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DETERMINANDO O RETORNO À CÂMARA DE ORIGEM PARA REAPRECIÇÃO DO RECURSO. RETRATAÇÃO QUE SE IMPÕE. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS DO IMPETRANTE PARA CORRIGIR O ERRO MATERIAL COM EFEITOS INFRINGENTES. NECESSIDADE DE EXAME DE QUESTÃO ESSENCIAL AO DESATE DA CONTROVÉRSIA. INCIDÊNCIA DO TEMA 1093 DO STF. AÇÃO PROPOSTA EM 10/08/2020. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE PRODUZ EFEITO IMEDIATO. RECURSO CONHECIDO E ACOLHIDO PARA RECONHECER A ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS.



ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração em apelação cível nº **0156166-57.2020.8.19.0001** em que são partes as epigrafadas.

ACORDAM, por **unanimidade** de votos, os Desembargadores que compõem esta Egrégia **Sexta Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **exercer juízo de retratação** para **conhecer** e **acolher** os embargos de declaração, nos termos do voto da Relatora.

Rio de Janeiro, datado e assinado digitalmente.

Lidia Maria Sodré de Moraes
Desembargadora Relatora



RELATÓRIO

Embargos de Declaração opostos por SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. e outro (id 595) em face do acórdão de id 575, que deu provimento ao recurso de Apelação interposto pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ora embargado, em Mandado de Segurança, por ausência de direito líquido e certo dos impetrantes de não se submeterem às exigências do ICMS-DIFAL no curso do ano calendário de 2022 ou antes de 04/04/2022.

Em suas razões recursais o embargante alega erro material e omissão na aplicação do tema 1093/STF.

Requer o embargante que o presente recurso seja conhecido e provido para que os vícios sejam sanados, de forma a integrar o acórdão

Contrarrazões de id 607 pela manutenção do acórdão.

Acórdão que rejeitou os embargos de declaração no id 575.

Ofertado Recurso Extraordinário no índice 625 e Recurso Especial no índice 640.

Decisão da Terceira Vice-Presidência, no id 722, inadmitindo o Recurso Especial e Extraordinário interpostos.

Decisão do STJ, no id 797, não conhecendo do Agravo em Recurso Especial.

Decisão do STF, no id 820, determinando o retorno do feito para adoção dos procedimentos previstos nos incisos I a III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

Decisão da Terceira Vice-Presidência, determinando o retorno dos autos a este órgão Julgador para eventual exercício do juízo de retratação, considerando que o acórdão recorrido concluiu no sentido da ausência de direito líquido e certo, em dissonância com a jurisprudência revisada do STF.

É o relatório. Passo a votar.



VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, imprescindíveis à interposição dos recursos.

Os embargos declaratórios destinam-se a sanar obscuridade, contradição ou omissão no decisum, além de corrigir erro material, estando seu cabimento restrito as hipóteses legais previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado em face do Estado do Rio de Janeiro objetivando a declaração da ilegalidade da cobrança da alíquota de ICMS-DIFAL antes de sua regulamentação por via de lei complementar, nos termos do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.287.019/DF.

O acórdão embargado reformou a sentença, que concedeu a segurança para reconhecer o direito líquido e certo das Impetrantes de não serem compelidas ao pagamento do DIFAL e do Adicional do FECP de que tratam a Lei Estadual nº 7.071/2015 e a 4.056/2002 até a edição da LC 109/2022.

Cabe ressaltar que, com o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015, adotou-se a alíquota interestadual, em operações que envolvam a venda não presencial de mercadoria (comércio eletrônico) à pessoa não contribuinte do ICMS e situada em outro Estado da federação, cabendo ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Inicialmente, a matéria fora regulamentada pelo Convênio ICMS nº 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, estabelecendo os procedimentos a serem observados nessas operações.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 5469 e do recurso extraordinário nº 1.287.019, sob o regime de repercussão geral, consolidou o entendimento de que a cobrança do DIFAL do ICMS consistia em matéria reservada à lei complementar, declarando, portanto, a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93/2015 do CONFAZ, havendo a modulação dos efeitos da referida decisão,





no sentido de que somente produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, ou seja, a partir de 01/01/2022, ressaltando da modulação as ações já ajuizadas.

Confira-se a tese firmada no Tema nº 1093:

A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de Lei Complementar, por estar veiculando normas gerais.

Desse modo, nos casos em que houvesse ação judicial em curso, a declaração de inconstitucionalidade produziria efeito imediato, estando os Estados e o Distrito Federal, desde já, impedidos de cobrar o DIFAL.

Com efeito, no presente caso, a embargante ajuizou a ação em 10/08/2020, de forma que a ela incide o julgamento do Tema 1093.

Pelo exposto, **voto** por **conhecer** e **acolher** os embargos para **corrigir** o erro material e **reconhecer** a ilegitimidade da cobrança do Diferencial de Alíquota do ICMS.

Rio de Janeiro, datado e assinado digitalmente.

Lídia Maria Sodré de Moraes
Desembargadora Relatora

