

RECURSO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
RECORRENTE: BASICO&CO S.A.
RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE ORIGEM: CAPITAL 17 VARA DE FAZENDA PUBLICA
DES. RELATOR: RICARDO ALBERTO PEREIRA

QUESTÃO DE ORDEM. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, II, DO CPC. TEMA 1.266 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. ICMS-DIFAL. ANTERIORIDADE ANUAL NO EXERCÍCIO DE 2022. MODULAÇÃO DE EFEITOS. REQUISITOS PREENCHIDOS. ACÓRDÃO REFORMADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. Retorno dos autos determinado pela Terceira Vice-Presidência para fins de juízo de retratação, em mandado de segurança preventivo impetrado por empresa em 2022 visando afastar o recolhimento do ICMS-DIFAL e do FECP no referido exercício financeiro, à luz do Tema 1.266 do Supremo Tribunal Federal.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se o acórdão anterior deve ser reformado por juízo de conformidade com o Tema 1.266/STF, que fixou a incidência das anterioridades anual e nonagesimal na cobrança do DIFAL instituído pela Lei Complementar nº 190/2022.

III. Razões de decidir

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito do Tema 1.266 da Repercussão Geral, assentou a validade das leis estaduais editadas antes da LC nº 190/2022, mas condicionou a eficácia e a produção de efeitos dessas normas à observância da anterioridade do art. 150, III, "c", da CRFB/88.

4. Na modulação de efeitos fixada no paradigma, a Suprema Corte sedimentou que a cobrança do DIFAL é inexigível no exercício de 2022 em relação aos contribuintes que tenham ajuizado ação judicial questionando o tributo até 29/11/2023 e tenham deixado de recolhê-lo.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
Proc. nº 0108877-60.2022.8.19.0001

5. No caso sob exame, a impetrante ajuizou a demanda mandamental em 2022 para impugnar especificamente o faturamento fiscal daquele ano, enquadrando-se com precisão no critério temporal protetivo do precedente obrigatório.

6. Configurada a desconformidade do julgado colegiado original frente à tese vinculante do Tribunal Pleno do STF, impõe-se a retratação para conceder a ordem e afastar a multa processual aplicada nos embargos de declaração antecedentes.

IV. Dispositivo e tese

7. Em sede de juízo de retratação, recurso de apelação conhecido e provido para conceder a segurança, declarando a inexigibilidade do ICMS-DIFAL e do respectivo FECF no exercício de 2022. Custas na forma da lei, sem honorários (artigo 25 da Lei nº 12.016/09).

Tese de julgamento: Em observância ao Tema 1.266 do STF, é inexigível a cobrança do ICMS-DIFAL e do respectivo FECF no exercício financeiro de 2022 perante o contribuinte que ajuizou demanda judicial questionando a exação até o marco limite de 29/11/2023.

Dispositivos relevantes citados: CRFB/88, art. 150, III, "c"; Lei Complementar nº 190/2022, art. 3º; Lei nº 12.016/09, art. 25; CPC, art. 1.030, II.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE 1.426.271/DF (Tema 1.266), Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2023.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração na apelação cível 0108877-60.2022.8.19.0001, sendo recorrente **BASICO&CO S.A.** e recorrido o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do presente recurso nos termos da certidão a ser lavrada pela Secretaria da Câmara.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame da matéria com fulcro no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, em virtude do encaminhamento dos autos pela Terceira Vice-Presidência, para fins de eventual juízo de retratação face ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1.266 da Repercussão Geral.

Na origem, BASICO&CO S.A. impetrou Mandado de Segurança preventivo em face do SUBSECRETÁRIO ADJUNTO DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando o reconhecimento do seu direito líquido e certo de não se submeter ao recolhimento do Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL), bem como do respectivo FECF, no exercício financeiro de 2022, invocando a observância ao princípio da anterioridade anual.

O juízo de primeiro grau denegou a segurança (index 147). Interposta Apelação Cível pela empresa, esta Câmara, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que o imposto já havia sido instituído no Estado do Rio de Janeiro pela Lei Estadual nº 7.071/2015, restando sua eficácia apenas condicionada à superveniência da Lei Complementar Federal nº 190/2022, o que dispensaria a observância da anterioridade anual no exercício de 2022.

Opostos Embargos de Declaração, estes foram rejeitados com aplicação de multa. Inconformada, a empresa interpôs Recursos Especial e Extraordinário. Após período de sobrestamento, e certificado o trânsito em julgado do paradigma do Tema 1.266 do STF (RE 1.426.271), a Terceira Vice-Presidência determinou o retorno dos autos a este órgão julgador para o juízo de conformação.

É o relatório.

VOTO

Vieram estes autos à conclusão por força do despacho da Egrégia Terceira Vice-Presidência, a fim de que seja realizado o juízo de retratação ou de manutenção do julgado, considerando o julgamento de mérito proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1.266 da Repercussão Geral.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
Proc. nº 0108877-60.2022.8.19.0001

da Repercussão Geral (Leading Case RE 1.426.271/DF), que pacificou a "incidência da regra da anterioridade anual e nonagesimal na cobrança do ICMS com diferencial de alíquota (DIFAL)".

Ao fixar as teses jurídicas do referido tema, a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão nos seguintes termos:

"I - É Constitucional o art. 3º da Lei Complementar 190/2022, o qual estabelece vacatio legis no prazo correspondente à anterioridade de que trata o art. 150, III, 'c', da CF.

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."

Desta forma, constata-se que o acórdão originalmente proferido por esta Colenda Câmara divergiu do entendimento vinculante posteriormente exarado pela Suprema Corte no que tange à tese de modulação de efeitos (Tese III).

No caso concreto, verifica-se que a impetrante preenche com exatidão os requisitos estabelecidos no item III do precedente vinculante, porquanto:

1- Impetrou o presente Mandado de Segurança no ano de **2022** (conforme a numeração única do processo), data flagrantemente anterior ao marco limite fixado pelo STF (29/11/2023);

2- Questionou especificamente a ilegalidade da cobrança do DIFAL e do FECF correlato no ano de 2022, tendo pleiteado provimento preventivo para eximir-se do recolhimento forçado naquele exercício financeiro.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
Proc. nº 0108877-60.2022.8.19.0001

Destarte, imperioso alinhar o posicionamento deste Colegiado à orientação pacificada do Supremo Tribunal Federal, curvando-se ao efeito vinculante das teses fixadas sob o regime de repercussão geral. Por via de consequência, resta afastada a multa anteriormente aplicada em sede de embargos de declaração, haja vista o reconhecimento da procedência da tese recursal da empresa.

ANTE O EXPOSTO, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, VOTO POR DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA CONCEDER A SEGURANÇA, DECLARANDO A INEXIGIBILIDADE DO RECOLHIMENTO DO ICMS-DIFAL (E RESPECTIVO FECF) CONTRA A IMPETRANTE UNICAMENTE NO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2022. CUSTAS PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, OBSERVADA A ISENÇÃO LEGAL. SEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (ART. 25 DA LEI Nº 12.016/09).

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador RICARDO ALBERTO PEREIRA
Relator