



APELAÇÃO CÍVEL N. 0062229-85.2023.8.19.0001

APELANTE: MINUSA TRATORPEÇAS LTDA

APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DES. FERNANDO CABRAL FILHO

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por **MINUSA TRATORPEÇAS LTDA**, com requerimento de antecipação da tutela recursal, em face da sentença prolatada pelo MM. Juízo da 11ª Vara de Fazenda Pública, que denegou a segurança, julgando extinto o *writ*, nos seguintes termos (id. 000273):

"(...) Assim, o raciocínio é o seguinte:

1) O STF modulou os efeitos do julgamento na ADI 5469-DF, corroborando a aplicabilidade das cláusulas do Convênio ICMS nº 93/2015 e das respectivas Leis Estaduais que tratam do DIFAL/ICMS;

2) A edição da LC nº 190 de 04.01.2022 (publicada em 05.01.2022), veio a alterar a "Lei Kandir" (para REGULAMENTAR o ICMS/DIFAL) e, assim, trouxe plena eficácia à Lei Estadual RJ nº 7.071/2015, a qual dispõe sobre o DIFAL/ICMS no RJ.

3) Não foi necessária a edição de "nova" lei do RJ sobre o tema, podendo o DIFAL/ICMS ser exigido imediatamente com o implemento da LC 190.

Nesse contexto, eventual discussão sobre a anterioridade tributária (anual ou nonagesimal) somente faria sentido para os Estados Federados que, eventualmente, ainda não haviam INSTITUÍDO a cobrança desse Diferencial de Alíquotas por lei estadual própria há pelo menos 90 dias antes de 05.01.2022, dado que nesse caso se observaria a anterioridade geral e a nonagesimal exigida no art. 3 da LC 190/22, o que não é o caso do Estado do Rio de Janeiro, como acima esclarecido.

Pelo exposto, DENEGO A SEGURANÇA por inexistir direito líquido e certo a amparar a pretensão. Consequentemente, julgo extinto o feito com resolução do mérito, na forma do art. 487, I do CPC. Despesas processuais pelos impetrantes. Sem honorários advocatícios, na forma do art. 25 da Lei 12.016/09."



Em suas razões recursais (id. 000330), o apelante alega que, enquanto não houver previsão de hipótese de incidência do DIFAL na Lei Complementar n. 84/1996, não se sustenta a cobrança da diferença de alíquota, sob pena de violação à reserva da lei complementar. Destaca que a omissão do legislador, ao editar a Lei Complementar n. 190/22, acabaria por impedir a incidência do DIFAL, uma vez que tal norma não possui uma hipótese de incidência equivalente à prevista na EC n. 87/15.

Discorre que, com a declaração de inconstitucionalidade da cobrança do DIFAL por falta de lei complementar, no RE 1287019 (Tema 1093), a Suprema Corte modulou os efeitos do julgado para 2022, ou seja, manteve em vigor as normas até 31/12/2021. Sustenta que a superveniência da Lei Complementar n. 190, em 5 de janeiro de 2022, após os efeitos da inconstitucionalidade sobrevirem sobre o Convênio n. 93/15 e respectivas leis dos Estados e Distrito Federal, não torna as normas constitucionais, sendo necessário editar novas leis estaduais para atender à determinação do STF.

Acrescenta que as leis estaduais violam o pacto federativo, ao prever elementos da regra matriz de incidência extraterritorial do tributo. Pontua que a Lei Estadual n. 7.071/2015, que introduziu o DIFAL no Estado do Rio de Janeiro, violou o princípio da tipicidade e da legalidade, devendo ser afastada a cobrança do diferencial de alíquota com base em tal norma, de forma retroativa.

Ressalta que a cobrança do diferencial no Estado se sustenta também no Convênio ICMS n. 236, de 27 de dezembro de 2021, que estabelece efeitos a partir de 1º de janeiro de 2022, com publicação em 6 de janeiro de 2022. Defende que embasar a cobrança do diferencial de alíquota em convênio é temerário, pois tal instrumento não tem competência para criar, instituir ou aumentar tributo.



Aduz que a cobrança do DIFAL no Estado do Rio de Janeiro só pode iniciar no exercício subsequente à edição da legislação local, a partir da publicação da LC 190/22, ou pelo menos no exercício de 2023 em razão da publicação desta lei ter ocorrido em 5 de janeiro de 2022, também se aplicando a noventena, seja a partir da publicação das normas locais, seja a partir da LC 190/22, seja a partir do PORTAL DO DIFAL estar em pleno funcionamento, de forma a permitir ao contribuinte informação e conectividade com as obrigações principal e acessória.

Requer, assim, seja concedida a antecipação da tutela recursal, ante a probabilidade do seu direito e o risco de dano grave.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, concedendo-se o *mandamus*, para ordenar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir da impetrante o recolhimento do DIFAL ICMS na esfera administrativa e judicial, bem como declarar o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos, atualizados pela taxa Selic desde a data do pagamento indevido.

Relatado o essencial, **decido**.

De início, cumpre destacar que, nos termos do art. 14, caput, da Lei n. 12.016/2009, da sentença que denega ou concede a segurança cabe recurso de apelação, dispondo o § 3º do referido dispositivo que a sentença concessiva poderá ser executada provisoriamente, ressalvadas as hipóteses em que vedada a concessão da medida liminar, *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

No caso em apreço, contudo, tendo sido denegada a segurança, o recorrente não pretende propriamente suspender os efeitos da sentença, embora tenha fundamentado seu requerimento invocando o art. 1.012, § 4º do CPC, mas sim obter a antecipação de tutela recursal.

Nesse contexto, o art. 932, II, do CPC, atribui ao Relator competência para apreciar a tutela de urgência formulada em sede recursal:

Art. 932. Incumbe ao relator:

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

Dessa forma, tratando-se, na origem, de mandado de segurança, a concessão da medida deve observar os requisitos previstos no art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver **fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida**, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Assim, o deferimento da tutela provisória está condicionado à demonstração, não só da probabilidade do direito, o chamado *fumus boni juris*, mas, também, do risco de lesão grave ou de difícil reparação, que é o *periculum in mora*, aptos a legitimarem a concessão desta modalidade de tutela provisória

In casu, o pleito do recorrente não reveste, *prima facie*, a probabilidade do direito invocado, porquanto a sentença possui fundamentação firme, coerente e, principalmente, atenta ao entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.



Destaca-se, no ponto, a tese firmada no julgamento da ADI n. 5.469/DF e do Recurso Extraordinário n. 1.287.019/DF (Repercussão Geral – Tema 1093), no sentido de que “*são válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que preveem a cobrança do DIFAL nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto. No entanto, não produzem efeitos enquanto não editada lei complementar dispondo sobre o assunto*”.

Para além disso, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.426.271/CE, pela sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal consolidou o seu entendimento, no sentido de que é **válida a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS em operações interestaduais de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto a partir de 04 de abril de 2022, conforme art. 3º da Lei Complementar 190/2022** (Tema de Repercussão Geral n. 1.266).

Assim é que, ao menos neste momento processual, não se verifica a plausibilidade jurídica da tese formulada pelo apelante.

Ante o exposto, **INDEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL.**

Intimem-se.

Após, voltem os autos conclusos.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

DES. FERNANDO CABRAL FILHO
RELATOR

