



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Processo nº 2018751-35.2022.8.26.0000

Relator(a): **JAYME DE OLIVEIRA**

Órgão Julgador: **4ª Câmara de Direito Público**

Vistos.

I - A r. decisão indeferiu o pedido de concessão de tutela antecipada, nos autos da ação declaratória ajuizada pela ora agravante, Onivino Comércio e Distribuição de Vinhos Ltda., em face do Estado de São Paulo, objetivando afastar a cobrança do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL no exercício de 2022, nos seguintes termos (fl. 52/54 da origem):

VISTOS.

I - Indefiro a tutela de urgência, eis que não vislumbro a probabilidade do direito perseguido.

De início, cumpre ressaltar que deixo de aplicar a tese relativa ao tema 1.093 inaugurada na ADI nº 5.469 do E.STF, haja vista que o Convênio ICMS nº 93/2015 apenas alterou o RICMS/2000 para se adaptar à nova redação da Constituição, inexistindo ilegalidade. Com efeito, a competência concorrente da União para estabelecer normas gerais de direito tributário não suprime ou impede o exercício da competência legislativa própria dos Estados e Municípios. Diante disso, não importa se a Lei Estadual é precedida ou não de Lei Complementar.

Ademais, a EC 87/2015 apenas equiparou a situação de destinatários não contribuintes a prevista aos contribuintes, não inovando em relação ao imposto em si.

II – Cite(m)-se, por meio do portal eletrônico, para oferecimento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de contestação no prazo de 15 dias, nos termos dos artigos 335, c.c. 231, ambos do CPC, ou, no caso dos entes públicos e de assistidos pela Defensoria Pública, em 30 dias (art. 186 e 188, do CPC) (...).

Inconformada, a autora interpõe agravo de instrumento sustentando, em síntese, que possui como objeto social a comercialização de vinhos por meio do seu sítio eletrônico para os consumidores finais, não contribuintes de ICMS, localizados em todo o território nacional e, ao realizar a venda a clientes localizados fora do Estado do Espírito Santo, onde está sua sede, é impelida a pagar o Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL, correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual do ICMS, cuja hipótese constitucional de incidência está prevista no art. 155, §2º, VII e VIII, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015 e regulamentada pelo Convênio Confaz ICMS nº 93/2015. Contudo, segundo a agravante, o STF recentemente julgou inconstitucional, no âmbito da ADI nº 5.469, a cobrança do DIFAL sem a respectiva regulamentação por meio de lei complementar federal, modulando os efeitos para considerar válida a cobrança até 31 de dezembro de 2021. E, em resposta à determinação judicial, houve a edição e publicação da Lei Complementar nº 190/2022, com o objetivo de suprir esse requisito constitucional e possibilitar a cobrança do imposto para os exercícios financeiros seguintes. Todavia, a mencionada lei somente foi sancionada no ano de 2022 e por consequência só pode produzir efeitos plenos a partir do exercício de 2023, em respeito aos princípios constitucionais da anterioridade de exercício e nonagesimal. Sustenta, assim, haver justo receio de ser impelida a efetuar o recolhimento do DIFAL antes de passado o período de vacância previsto no art. 150, III, “b” e “c”, da CF, sendo várias as sinalizações do Fisco estadual nesse sentido, com destaque à edição da Lei Estadual paulista 17.470/2021 e ao Convênio Confaz 236/21, ambos autorizativos da cobrança do DIFAL ao arrepio dos mandamentos constitucionais. Visando, pois, evitar a cobrança indevida do DIFAL pelo Estado de São Paulo, passível de ensejar risco concreto e iminente de graves danos financeiros e comerciais a ela, a agravante ajuizou a ação principal e pleiteou a concessão da tutela antecipada, indeferida pela decisão agravada. Pleiteia a reforma da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

decisão, pois entende que ela se encontra em evidente discordância com a tese fixada na ADI nº 5.469, pelo E. STF e com os arts. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal.

Pugna pela antecipação de tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão recorrida para que o agravado se abstenha de exigir quaisquer valores referentes ao DIFAL do ICMS durante o exercício de 2022, na esfera administrativa e judicial, e a consequente declaração de inexigibilidade do crédito tributário exigido pelo Estado de São Paulo.

II - Recurso tempestivo.

A controvérsia gira em torno da potencial cobrança de Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL, durante o exercício de 2022, com base no Convênios CONFAZ ICMS 93/2015 e 236/2021, bem como na Lei Estadual 17.470/2021 e na Lei Complementar 190/2022, à luz da modulação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 1093, Recurso Extraordinário 1.287.019/DF, que dispôs o seguinte: *A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.*

A Corte Suprema modulou os efeitos da decisão, como dito, nos seguintes termos:

(...) Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado [Convênio CONFAZ ICMS 93/2015] para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona [aplicação aos optantes pelo Simples Nacional], desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF [12 de fevereiro de 2016] e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta [cobrança do DIFAL], a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso. (RE nº 1.287.019, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 24.02.2021)

Em cognição sumária, se o contribuinte não é optante pelo Simples Nacional e se não havia ação judicial em curso em 24 de fevereiro de 2021 – como não se tem notícia de ser o caso dos autos, ajuizada a demanda de origem em 26 de janeiro de 2022 – então decorre da modulação a validade, sob a ótica constitucional, das cobranças do diferencial de alíquota realizadas até o fim do exercício de 2021, com base no Convênio CONFAZ ICMS 93/2015 (*Mutatis mutandis*, pois a exação naquela oportunidade referia-se ao exercício de 2021 aparentemente, confira-se a Apelação Cível 1012565-82.2021.8.26.0053, Rel. Antonio Celso Faria, 8ª Câmara de Direito Público, j. 08/02/2022).

Conseqüentemente, ressalvado sempre o oportuno exame pelo Colegiado, para os exercícios seguintes, impõe-se o atendimento à exigência de lei complementar veiculando normas gerais. Como referido nas razões de agravo, editou-se em atendimento a essa exigência a Lei Complementar 190 de 4 de janeiro de 2022, sujeita, em linha de princípio, à anterioridade anual e nonagesimal, na forma do art. 155, III, *b* e *c*, da Constituição Federal, afinal dela depende a incidência da exação. Logo, em tese, não se admite cobrança de DIFAL no exercício de 2022, mesmo porque a lei paulista, publicada em dezembro, somente pode produzir efeitos depois de publicada a lei complementar e esta somente veio ao mundo jurídico em janeiro de 2022, com expressa determinação de observação do art. 150, III, "c", que por sua vez faz expressa referência à letra "b", cuidando-se de tributo que deve observar anterioridade anual em relação ao exercício financeiro.

Nesse sentido, mesmo antes de ser editada a Lei Complementar 190/2022, este Tribunal já reconheceu o seguinte:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...) *de rigor a concessão da segurança para reconhecer o direito líquido e certo da Apelante para não ser obrigada ao recolhimento do DIFAL exigido pelo Estado de São Paulo nas operações interestaduais de remessa de mercadorias a consumidor final não contribuinte do imposto situado no Estado, enquanto não editadas lei complementar nacional regulamentando a cobrança do DIFAL, previsto na EC 87/2015 e, posteriormente, lei estadual que institua esse imposto, respeitados os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal (Apelação Cível 1012076-45.2021.8.26.0053, Rel. Carlos Eduardo Pachi, 9ª Câmara de Direito Público, j. 15/09/2021) (g. n.)*

Assim, e também porque a medida se alinha com o resguardo do direito reclamado até o oportuno exame da controvérsia, presentes os requisitos legais, defiro a antecipação de tutela, para sobrestar a exigibilidade de qualquer crédito tributário constituído em desfavor da agravante, correspondente a DIFAL com fato gerador ocorrido no exercício de 2022, até o julgamento deste agravo.

III - Oficie-se ao MM. Juízo *a quo*, informando-o do teor da presente decisão, valendo esta como ofício, a ser transmitida por e-mail à Vara de Origem, com a devida comprovação do seu envio e do seu recebimento.

IV - Após, dispensadas as informações, intime-se o agravado, na forma prevista pelo inciso II, *in fine*, do art. 1.019, do CPC, para o oferecimento de contraminuta no prazo legal, sendo-lhe facultado juntar os documentos que entender convenientes.

Int.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

JAYME DE OLIVEIRA
Relator