



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

introduzido pela Emenda Constitucional n.º 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”, e que a Lei Complementar nº 190/2022, editada para suprir a lacuna normativa apontada pelo E. Supremo Tribunal Federal, foi publicada somente no dia 05/01/2022, de maneira que a produção dos seus efeitos ainda no exercício de 2022 configura clara ofensa ao artigo 150, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal. Sustenta o perigo na demora na prestação judicial ao obrigar a continuar recolhendo os valores ora discutidos aos cofres públicos e, posteriormente, requerer a repetição do indébito tributário, aguardando o longo trâmite dos pedidos administrativos de compensação/restituição, tornando mais difícil e demorado o adimplemento de suas obrigações e, conseqüentemente, o equilíbrio da saúde financeira da empresa. Cita decisões favoráveis. Requer, em tais termos, a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

Relatado, decido.

Com efeito, o C.STF, por maioria, apreciando o **tema 1.093 da repercussão geral**, deu provimento ao RE 1287019/DF, **que entendeu pela falta de validade “da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora”**, sendo fixada, por maioria, a seguinte tese: **“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”**.

Referida **Lei Complementar Federal 190/2022** somente foi publicada em janeiro de 2022, razão pela qual, tem-se que a exigência do tributo antes do início de 2023 viola o Princípio da Anterioridade Anual, prevista no artigo 150, III, alínea “b”, da Constituição Federal.

Ademais, o princípio da anterioridade nonagesimal não exclui a incidência da anterioridade anual, determinando o art. 150, III, “c”, que ambos sejam aplicados cumulativamente, de modo que, em regra, **os tributos somente poderão ser**



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cobrados no próximo exercício financeiro de sua instituição ou majoração, e, no mínimo, após 90 dias da data em que haja sido publicada a lei, evitando-se, assim, desagradáveis surpresas ao contribuinte nos últimos dias do ano e prestigiando a segurança jurídica em matéria tributária.

Conforme entendimento exarado pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2325/DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 23/09/2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 06-10-2006, segundo o qual:

“O preceito constitucional não especifica o modo de implementar-se o aumento. Vale dizer que **toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita**”.

Mais recentemente, o **STF** ratificou esse entendimento no julgamento do **RE 564.225/RS**, no sentido de que **o afastamento da aplicação de decretos estaduais que teriam reduzido benefício fiscal – norma que diminuiu a base de cálculo do ICMS – implica, conseqüentemente, aumento indireto de tributo.**

Vale dizer, a redução de benefício fiscal vigente equipara-se a “aumento indireto de tributo”, avocando-se o princípio da anterioridade tributária, em homenagem ao **conteúdo teleológico da garantia que proíbe os aumentos súbitos de encargo fiscal e privilegia o planejamento.**

Confira-se, a propósito, a sua ementa:

RE 564225 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 02/09/2014

Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO ELETRÔNICO

DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014

Ementa:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – **ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal**, constante das alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150, da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

-grifo meu

Com efeito, os princípios da anterioridade anual e nonagesimal têm como base o axioma da segurança jurídica e encerram limitação ao poder de tributar, consubstanciando, assim, garantia do contribuinte. Assim, há de se emprestar eficácia ao seu conteúdo, **independentemente da forma utilizada para majorar-se determinado tributo, uma vez que não há como se furtrar da conclusão de que o contribuinte suporta um agravamento do tributo.**

Nesse mesmo sentido, merece menção a eloquência e jurídicas razões da excelente decisão liminar concedida em MANDADO DE SEGURANÇA de objeto análogo de suspensão da cobrança de ICMS-DIFAL, pela não observância dos princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, proferida pela 16ª Vara da Fazenda Pública, (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1001443-38.2022.8.26.0053/SP).



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Confira-se, a propósito, o teor da decisão, destacando-se nela fragmentos da fundamentação utilizada, os quais ficam adotados como razão de decidir:

Analisando-se a redação da LC 190/2022, tenho que a forma de cálculo do ICMS nas operações interestaduais quando da remessa ao não contribuinte do imposto **equivale a aumento do tributo**.

Explico:

Com a edição da EC 87/2015, possibilitou-se a cobrança do DIFAL nas operações entre o remetente do produto e o estado de destino das operações sujeitas ao ICMS quando adquiridos por consumidor final não contribuinte do imposto.

Sucedem que a EC 87/2015 não possui efeitos automáticos, impondo-se sua regulamentação por lei complementar.

E essa regulamentação ocorreu apenas com a LC 190/2022, uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do Convênio ICMS 93/15.

Assim, apenas com a Lei Complementar 190/2022 é que o diferencial de alíquotas pôde ser, constitucionalmente, exigido.

E não há dúvida de que para aquele contribuinte que, antes dessa lei complementar, recolhia apenas o tributo em seu estado de origem, a obrigação de recolher a diferença para o estado de destino quando a alíquota deste é superior à daquele, implica em majoração do imposto.

Não bastasse, ao definir uma nova categoria de contribuintes do imposto (art. 4º, § 2º, da LC 190/2022), a nova lei criou uma nova relação jurídico-tributária, de modo que para essa nova categoria de contribuintes, o imposto, **que antes da edição da LC 190/2022 não era constitucionalmente exigível**, além de aumento da carga tributária, a LC 190/2022 também implica na criação de um novo tributo.

E as inovações da lei que possuem a natureza de criação e aumento de tributo também estão presentes no art. 12, incisos XIV, XV e XVI (quanto definem novos fatos geradores) e no art. 13, inciso IX e X e §§



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3º, 6º e 7º (definição da base de cálculo).

Logo, **imperioso o respeito à anterioridade anual.**

Registre-se, outrossim, que embora já existisse Lei Estadual prevendo a exigência do DIFAL nestas hipóteses, somente com o advento da Lei Federal acima referida é que a legislação estadual passa a surtir efeitos, razão pela qual, para fins de aplicação do Princípio da Anualidade, deve ser considerado o exercício em que publicada a Lei Complementar Federal, no caso 2022.

Entendimento diverso implicaria em burla ao Princípio Constitucional da Anterioridade Anual, pela possibilidade de que o prazo tivesse a contagem iniciada a partir da publicação de Lei Estadual pretérita, de modo a permitir que o imposto pudesse incidir no dia seguinte ao advento da legislação federal.

Diante do exposto, **DEFIRO A LIMINAR PLEITEADA, para o fim de determinar à impetrada que se abstenha de exigir da impetrante o ICMS – DIFAL, até 31.12.2022.**

Intime-se a parte agravada para que, querendo, apresente contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Comunique-se imediatamente ao Juízo de origem.

Abra-se vista à D. Procuradoria Geral de Justiça.

Após, tornem conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

LEONEL COSTA
Relator