



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Vitória - Comarca da Capital - 3ª Vara da Fazenda Pública

Estadual e Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde

Rua Tenente Mário Francisco Brito, 420, Edifício Vértice - Sala 1901, Enseada do Suá, VITÓRIA - ES - CEP:
29050-555

Telefone:(27) 33574526 (tel:(27) 33574526)

PROCESSO Nº

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

IMPETRANTE:

IMPETRADO: GERENTE FISCAL DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESPÍRITO SANTO

Advogado do(a) IMPETRANTE: ADLER VAN GRISBACH WOCZIKOSKY - PR37978

DECISÃO

Trata-se de **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO** impetrado por em face do **GERENTE FISCAL DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESPÍRITO SANTO**.

Do que se infere da exordial, a impetrante aduz que, no exercício de suas atividades, realiza operações interestaduais envolvendo mercadorias destinadas a consumidores finais localizados neste Estado, as quais estão sujeitas ao recolhimento do chamado Diferencial de Alíquota de ICMS (DIFAL), que consiste na diferença obtida entre a alíquota interna da unidade da federação destinatária e a alíquota interestadual.

Argumenta, todavia, que o Supremo Tribunal Federal considerou ser inconstitucional a exigência do DIFAL, na forma prevista pelo Convênio n.º 93/2015 do CONFAZ, ante a ausência de prévia lei complementar federal veiculando normas gerais sobre o imposto.

Ocorre que, com o objetivo de corrigir tal inconstitucionalidade, disciplinando as normas gerais da incidência do DIFAL nas operações em questão, foi publicada a Lei Complementar n.º 190/2022 em 05/01/2022, além do Convênio n.º 236/2021 do CONFAZ, regulamentando a base de cálculo, a aplicação da alíquota, a repartição do imposto entre os sujeitos ativos e a forma de recolhimento do DIFAL pelos estados da federação.

No entanto, apesar de revogar o Convênio n.º 93/2015, o Convênio n.º 236/2021 determinou a sua produção de efeitos a partir de 01/01/2022, em notória contraposição ao princípio constitucional da anterioridade, bem como ao que dispõe a própria LC n.º 190/2022, que determinou expressamente em seu art. 3º a necessidade de observância ao princípio da anterioridade quanto à produção de efeitos da norma.

Sendo assim, impetra o presente mandado de segurança preventivo, requerendo, liminarmente, que seja afastada a sua obrigação de recolhimento do DIFAL incidente nas operações de vendas interestaduais para não contribuintes do ICMS da forma como está previsto no Convênio CONFAZ n.º 236/2021, especificamente nas seguintes hipóteses: (i) nos meses de janeiro a abril de 2022, em observância ao princípio da anterioridade nonagesimal; (ii) por todo o ano-calendário de 2022, em obediência ao princípio da anterioridade anual; e (iii) antes da edição de nova lei ordinária estadual do Espírito Santo.

Ademais, requer seja determinado à autoridade coatora que se abstenha de praticar quaisquer atos constritivos pelo não pagamento do tributo em questão, tais como o impedimento do trânsito de mercadorias ou a sua apreensão pela fiscalização (“barreira Fiscal”), o bloqueio de mercadorias nos postos fiscais, a lavratura de auto de infração e imposição de multa, a inscrição dos valores em Dívida Ativa, a negativa de emissão de Certidão Negativa de Débitos ou equivalente, suspendendo-se, nos termos do artigo 151, IV do CTN, a exigibilidade dos tributos não recolhidos.

Emenda a inicial no id. 11378643.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, acolho a emenda da exordial de id. 11378643, na forma do art. 329, I do CPC, da qual passa a fazer parte integrante.

Pois bem. Nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.016/09 e do artigo 5º, LXIX, da CF/88, *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

Especificamente no caso do mandado de segurança preventivo, sua natureza decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente.

Daí se vê que o mandado de segurança preventivo há de ser embasado em justo receio de violação a direito líquido e certo, consubstanciado em uma ameaça concreta e objetiva de que o ato ilegal ou abusivo tem fortes riscos de vir a ser realizado pela autoridade coatora.

Ora, no caso vertente a impetrante comprovou a realizações de operações sujeitas à incidência do DIFAL, bem como o recolhimento do montante devido ao Fisco Estadual, nos últimos dias do ano anterior (2021), como se verifica no id. 11364432.

No entanto, tal obrigação tributária que tinha por fundamento a nova redação dada pela EC nº 87/2015 ao artigo 155, §2º, VII da Constituição Federal, com a regulamentação inserida no art. 3º, XVI e §12 do RICMS e no Convênio CONFAZ nº 93/2015 ratificado pelo Decreto nº 3.867-R de 02/10/2015, não pode subsistir no corrente ano.

Afinal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.287.019, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, fixou a seguinte tese:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, **assentando a invalidade "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"**, vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, por maioria, foi fixada 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"**, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, **o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, 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 julgamento (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 proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada

por videoconferência - Resolução 672/2020/STF, destaque não original)".

Como se vê, o Pretório Excelso assentou a invalidade da cobrança do DIFAL sem a edição em lei complementar, modulando os efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade das normas do Convênio CONFAZ n.º 93/2015, as quais definem o fato gerador, contribuinte, alíquota e base de cálculo do tributo, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, justamente o do corrente ano.

Nesse sentido, ainda que os efeitos do Convênio CONFAZ n.º 236/2021 pudessem retroagir ao dia 01/01/2022, como previsto em sua cláusula décima primeira, o diploma não tem o condão de, por si só, lastrear a cobrança do DIFAL, pois, repita-se, imperiosa a edição de Lei Complementar para tanto.

Tal Lei Complementar até foi editada sob o n.º 190/2022, acrescentando o §2º e incisos ao art. 4º da Emenda Constitucional n.º 87, *in verbis*:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 2º É ainda contribuinte do imposto nas operações ou prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final domiciliado ou estabelecido em outro Estado, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:

I - o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, na hipótese de

contribuinte do imposto;

II - o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto.

Inobstante o teor dos dispositivos supramencionados, certo é que a produção de seus efeitos não pode se dar antes de noventa dias da publicação da lei, tampouco no mesmo exercício financeiro desta, qual seja, o do ano de 2022, senão vejamos:

LC n.º 190/2022. Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.

Constituição. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Por outro lado, cumpre ressaltar que o Convênio CONFAZ n.º 236/2021, em sua cláusula décima, revogou o Convênio CONFAZ n.º 93/2015, afastando, assim, a disposição na legislação estadual que obrigava o recolhimento do DIFAL pela impetrante:

Art. 534-Z-Z-Z-F. Na remessa de bem ou prestação de serviço por contribuinte de outra unidade da Federação destinada a consumidor final não contribuinte do imposto, localizado neste Estado, o remetente **deverá observar, no que couber, as disposições contidas no Convênio ICMS 93/15**, e o seguinte: (destaque não original).

Diante desse cenário, afigura-se o direito líquido e certo da impetrante a não recolher o DIFAL decorrente de operações interestaduais envolvendo mercadorias remetidas a consumidores finais situados neste Estado no exercício financeiro de 2022 e até que seja editada lei que regule tal obrigação no âmbito do Estado do Espírito Santo.

Pelo exposto, **DEFIRO O PEDIDO LIMINAR** para afastar a exigência da impetrante recolher o DIFAL incidente nas operações de vendas interestaduais para não contribuintes do ICMS por todo o exercício financeiro de 2022 e antes da edição de lei estadual regulamentando tal obrigação no âmbito do Estado do Espírito Santo.

Com efeito, apenas em relação ao tributo em questão no período supramencionado, a autoridade coatora deverá se abster de praticar quaisquer atos constritivos, tais como o impedimento do trânsito de mercadorias ou a sua apreensão pela fiscalização ("barreira fiscal"), o bloqueio de mercadorias nos postos fiscais, a lavratura de auto de infração e imposição de multa, a inscrição dos valores em Dívida Ativa e a negativa de emissão de Certidão Negativa de Débitos ou equivalente.

Notifique-se a autoridade coatora também para os fins do artigo 7º, inciso I da Lei 12.016/2009, devendo prestar as informações necessárias no prazo de 10 (dez) dias.

Dê-se ciência do presente feito ao órgão de representação da pessoa jurídica interessada, para os fins do art. 7º, inciso II da Lei 12.016/2009, para que, querendo, ingresse no feito.

Findo o prazo para as informações solicitadas, com ou sem a remessa das mesmas, abra-se vistas ao digno Ministério Público para promoção.

Intime-se a impetrante por seu advogado.

Diligencie-se.

VITÓRIA-ES, 14 de janeiro de 2022.

Juiz(a) de Direito

Assinado eletronicamente por: **MARIO DA SILVA NUNES NETO**

17/01/2022 12:59:46

<https://sistemas.tjes.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento:



22011712594640300000C

IMPRIMIR

GERAR PDF