

Publicações

Tribunal De Justiça Do Espírito Santo

Presidência

Corregedoria Geral Da Justiça

Secretaria Geral

Secretaria De Infraestrutura

Coordenadoria De Compras, Licitação

E Contratos

Secretaria De Gestão De Pessoas

Secretaria Judiciária

Tribunal Pleno

Decisões

Comunicados

Conselho Da Magistratura

Primeira Câmara Cível

Segunda Câmara Cível

Terceira Câmara Cível

Quarta Câmara Cível

Primeiro Grupo Câmaras Cíveis Reunidas

Primeira Câmara Criminal

Segunda Câmara Criminal

Colegiado Recursal Dos Juizados Especiais

Comarca Da Capital - Juízo Da Serra

Comarca Da Capital - Juízo De Cariacica

Comarca Da Capital - Juízo De Fundão

Comarca Da Capital - Juízo De Guarapari

Comarca Da Capital - Juízo De Viana

Comarca Da Capital - Juízo De Vila Velha

Comarca Da Capital - Juízo De Vitória

Comarca De Afonso Cláudio

Comarca De Aguiá Branca

Comarca De Alegre

Comarca De Alfredo Chaves

Comarca De Anchieta

Comarca De Aracruz

Comarca De Atilio Vivacqua

Comarca De Baixo Guandu

Comarca De Barra De São Francisco

Comarca De Bom Jesus Do Norte

Comarca De Cachoeiro De Itapemirim

Comarca De Castelo

Comarca De Colatina

Comarca De Conceição Da Barra

Comarca De Conceição Do Castelo

Comarca De Domingos Martins

Comarca De Dores Do Rio Preto

Comarca De Ecoporanga

Comarca De Guaçu

decisões/despachos

**TRIBUNAL PLENO
DECISÕES****1- Suspensão de Liminar e de Sentença Nº 0001127-08.2022.8.08.0000**

VITÓRIA - 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE

REQTE ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Advogado(a) JASSON HIBNER AMARAL 17189 - ES

Advogado(a) LIANA MOTA PASSOS PREZOTTI 12153 - ES

REQDO LOJAS RIACHUELO S/A

DES. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ES

SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 0001127-08.2022.8.08.0000**REQUERENTE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO****REQUERIDO: LOJAS RIACHUELO S/A****RELATOR: PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO****DECISÃO**

Cuida-se de incidente de suspensão de liminar apresentado pelo Estado do Espírito Santo (fls.02/43), por intermédio da Douta Procuradoria-Geral do Estado, no qual, com fundamento no art. 15, e § 5º, da Lei nº 12.016/2009 e, supletivamente, no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, pretende suspender os efeitos da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5002519-20.2022.8.08.0024, impetrado na origem por Lojas Riachuelo S/A e tramita perante o MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde da Comarca de Vitória/ES, que determinou a suspensão da exigibilidade de retenção e recolhimento do ICMS/DIFAL decorrente de operações interestaduais da impetrante envolvendo mercadorias remetidas a consumidores finais situados neste Estado, apenas a partir do presente exercício financeiro (ano de 2022), com efeitos até 01.01.2023, desde que o Estado do Espírito Santo edite lei ordinária tratando da matéria até o dia 31.12.2022, observado, ainda, o princípio da anterioridade nonagesimal.

Requer, também, em razão da identidade da matéria debatida, que os efeitos da decisão exarada no presente pedido de suspensão e sejam estendidos aos processos nº 5000602-63.2022.8.08.0024 (fls.75/81), 5000932-60.2022.8.08.0024 (fls.92/93-v), 5001603-83.2022.8.08.0024 (fls.124/127), 5002250-78.2022.8.08.0024 (fls.140/148), 5001289-40.2022.8.08.0024 (fls.162/166), 5000812-17.2022.8.08.0024 (fls.195/204), 5001421-97.2022.8.08.0024 (fls.229/232), 5001581-25.2022.8.08.0024 (fls.256/261), 5002273-24.2022.8.08.0024 (fls.285/294), 5001149-70.2022.8.08.0024 (fls.347/350), 5002357-25.2022.8.08.0024 (fls.375/381 e fls.454/460), 5002326-05.2022.8.08.0024 (fls.396/401), 5002179-76.2022.8.08.0024 (fls.425/430), 5000612-10.2022.8.08.0024 (fls.478/483), 5002327-87.2022.8.08.0024 (fls.572/575), 5001196-77.2022.8.08.0024 (fls.599/604), 5001958-93.2022.8.08.0024 (fls.628/632), 5002504-51.2022.8.08.0024 (fls.661/665), 5002452-55.2022.8.08.0024 (fls.691/694), 5002289-76.2022.8.08.0024 (fls.706/709), 5002320-95.2022.8.08.0024 (fls.727/742), 5002555-62.2022.8.08.0024 (fls.765/771), 5002753-02.2022.8.08.0024 (fls.797/802), 5002959-16.2022.8.08.0024 (fls.817/821), 5003007-72.2022.8.08.0024 (fls.833/835), 5002844-92.2022.8.08.0024 (fls.861/863), 5002493-22.2022.8.08.0024 (fls.878/891), 5002902-95.2022.8.08.0024 (fls.901/902), 5003557-67.2022.8.08.0024 (fls.933/947), 5003555-97.2022.8.08.0024 (fls.966/980), nos quais foram proferidas decisões liminares de igual teor.

Afirma que o ato decisório questionado causa lesão à ordem e à economia.

Atenta contra a ordem em razão de estimular concorrência desleal, tendo em vista a nítida vantagem dos beneficiários das decisões liminares, considerando que, após a venda de mercadoria, não haveria como retomar o tributo ou mesmo restabelecer a concorrência, além de promover violação a neutralidade dos Estados da Federação, bem como a isonomia entre estes, pois aqueles que são destinatários dos produtos ficariam com menores arrecadações, o que geraria desestímulo ao comércio local, principalmente pelo crescimento exponencial das vendas em formato **e-commerce**.

Aduz, ainda, que a decisão combatida atenta contra a economia, pois, no âmbito do Estado do Espírito Santo, no ano de 2020, houve uma arrecadação de aproximadamente 25 milhões (ICMS-DIFAL), e o efeito multiplicador de decisões liminares proporcionaria um cenário de descontrole na arrecadação dada a potencialidade lesiva da decisão em comento.

É o relatório.**Decido.**

O art. 15 da Lei nº 12.016/2009 disciplina a possibilidade de o Presidente do Tribunal, a cuober o conhecimento de eventual recurso, determinar a suspensão da execução de sentença

Comarca De Ibatiba
 Comarca De Ibitiraçu
 Comarca De Iconha
 Comarca De Itapemirim
 Comarca De Itarana
 Comarca De Iúna
 Comarca De Jaguaré
 Comarca De Jeronimo Monteiro
 Comarca De Joao Neiva
 Comarca De Laranja Da Terra
 Comarca De Linhares
 Comarca De Mantenopolis
 Comarca De Marataízes
 Comarca De Marechal Floriano
 Comarca De Mimoso Do Sul
 Comarca De Montanha
 Comarca De Mucurici
 Comarca De Muqui
 Comarca De Nova Venécia
 Comarca De Pancas
 Comarca De Pedro Canário
 Comarca De Piuma
 Comarca De Presidente Kennedy
 Comarca De Rio Bananal
 Comarca De Rio Novo Do Sul
 Comarca De Santa Leopoldina
 Comarca De Santa Maria De Jetiba
 Comarca De São Gabriel Da Palha
 Comarca De São José Do Calçado
 Comarca De São Mateus
 Comarca De Venda Nova Do Imigrante
 Núcleo Permanente De Métodos
 Consensuais De Solução De Conflitos (nupemec)
 Plantões Judiciários
 Informativos
 Plantões De Desembargadores

proferida em desfavor do Poder Público, notadamente para fins de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia, públicas.

Por sua vez, o § 5º do aludido permissivo legal dispõe que:

Art. 15. [...] § 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

No mesmo sentido, o art. 264 do RITJES assim determina:

Art. 264 – Nas causas de competência recursal do Tribunal, quando houver risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, o Presidente do Tribunal poderá suspender, em decisão fundamentada, a execução de liminar ou de sentença concessiva de mandado de segurança, proferida por Juiz de primeiro grau.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha lecionam que o incidente da suspensão funciona como “uma espécie de tutela provisória, voltada a subtrair da decisão sua eficácia antes do trânsito em julgado. No seu âmbito não se examina o mérito da controvérsia principal, aquililando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes”.

Não se impõe ou se autoriza, portanto, o exame aprofundado da demanda subjacente, nem se forma quanto a ela juízo definitivo ou vinculante sobre os fatos e fundamentos submetidos aos cuidados do Magistrado de primeiro grau, limitando-se a análise tão somente à existência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório, em face dos interesses públicos relevantes, assegurados em lei.

Todavia, não basta a mera alegação da ocorrência de cada uma daquelas situações lesivas, sendo necessária a efetiva comprovação do dano apontado, pois, para que haja a concessão desta medida excepcional, leva-se em consideração, na essência, a realidade invocada nos autos, concretamente comprovada, e não meras conjecturas acerca de possíveis efeitos em situações cuja ocorrência remanesce duvidosa.

É assente na doutrina e jurisprudência o entendimento da impossibilidade de utilização da medida de contracautela como sucedâneo recursal, já que os seus requisitos estão muito bem delineados na legislação e, ainda, se justifica pela excepcional necessidade de resguardar o interesse público, gravemente violado pelos efeitos da decisão proferida na instância primeva.

Os precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça proclamam essa linha de intelecção. Vejamos: AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CARÁTER DEFINITIVO DO PROCEDIMENTO. SÚMULA N. 317 DO STJ. **IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO.** INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS PARA INFIRMAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA. **1. A suspensão de segurança é medida excepcional de contracautela cuja finalidade é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (Leis n. 7.038/1990, 8.437/1992, 9.424/1997 e 12.016/2009), razão pela qual não se presta ao reexame de mérito de decisão liminar [...]** (STJ, AgInt na SLS n.º 2.355/RJ, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, J 26/02/2019, DJ 01/03/2019). [Destaquei].

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. PREFEITO. AFASTAMENTO TEMPORÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GRAVE LESÃO À ORDEM JURÍDICA, ADMINISTRATIVA E ECONÔMICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. **VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.** DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. **1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência. 2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia.** 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados. 4. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt na SLS n.º 2.425/SP, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, J 12/02/2019, DJ 15/02/2019). [Destaquei].

E a argumentação do Estado do Espírito Santo enseja o reconhecimento de grave lesão à ordem e à economia, públicas, especialmente por considerar que, se há lei válida, não restaria dúvidas sobre a instituição do tributo e, mesmo na hipótese de majoração, seria prescindível a observância da anterioridade de exercício e/ou nonagesimal por inexistir surpresa para o contribuinte, pois o diferencial de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre vendas de produtos e prestação de serviço ao consumidor final localizado em outro estado - DIFAL está presente desde o ano de 2015.

Acentua que o fundamento de validade das leis locais responsáveis pela instituição do ICMS está fixada no texto constitucional, e que, nos termos do art. 24-A da LC nº 87/1996 (Lei Kandir), existiria possível extrapolação dos limites constitucionais da competência legislativa federal para edição de normas gerais em matéria tributária (art. 146, inciso III, da CRFB/88), além de ofensa aos ditames dos arts. 99 e 113 da ADCT, seja pela ausência de estimativa do impacto orçamentário e financeiro da renúncia da receita de tributo arrecadado desde o exercício de 2015, seja porque a EC 87/2015 não condicionou a cobrança do ICMS-DIFAL à instituição de plataforma centralizada ou a qualquer prazo futuro.

Outrossim, que não há fundamento constitucional para que o Poder Legislativo Federal, no exercício da edição de normas gerais, possa limitar de forma temporal a eficácia das normas estaduais.

Culmina por manifestar por meio da presente via suspensiva sua irrisignação com a medida liminar concedida nos autos do mandado de segurança nº 5002519-20.2022.8.08.0024, apresentando elementos concretos que evidenciam risco de grave lesão à economia pública, e também a própria ordem, tal como exige a legislação pertinente (art. 15 da Lei nº 12.016/2009).

A decisão ora impugnada está escorada nos seguintes fundamentos:

“[...] De acordo com a legislação processual, com aplicação subsidiária ao Mandado de Segurança, as tutelas provisórias podem ser de urgência ou de evidência. Estas se justificam diante da clareza

quanto ao direito pretendido pela parte, enquanto as tutelas de urgência são fundadas no perigo ao direito a ser tutelado.

In casu, o pedido liminar formulado pela Impetrante diz respeito a suspensão da exigibilidade do ICMS/DIFAL incidente sobre as operações interestaduais de venda de mercadorias para não contribuintes do imposto estadual, o que, em parte, se enquadra na hipótese do disposto no art. 311, II, Código de Processo Civil, admitindo a concessão, independentemente da demonstração do perigo de dano ou de risco do resultado útil, pois as alegações de fato são comprovadas por documentos e há tese firmada em julgamento de caso repetitivo.

A questão jurídica posta encontra tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, tema 1.093, a qual determina que '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'.

Transcrevo parte da ementa do julgado:

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. **Matéria reservada a lei complementar** (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. 1. **A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS.** O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna. 2. *Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispondo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15.* 3. *A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da EC nº 87/2015 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, à luz do art. 146, inciso III, d, e parágrafo único, da Constituição Federal.* 4. *Tese fixada para o Tema nº 1.093: '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'.* 5. Recurso extraordinário provido, assentando-se a invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/1, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte. (...) (RE 1287019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021)

Feitas as considerações acima, verifico que os elementos fáticos e documentais existentes nos autos indicam a subsunção do caso à tese vinculante.

E isso porque os documentos contidos no ID nº 11681931 comprovam que, ao realizar operações de venda de mercadoria para consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente, a Autoridade Coatora lhe exige o recolhimento do ICMS/DIFAL.

Entretanto, apesar de assentar a invalidade da cobrança do DIFAL sem a edição em lei complementar, o Pretório Excelso modulou 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, somente a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (ou seja, o do corrente ano).

É o que se extrai do julgamento:

6. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo 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 **deverá produzir 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 93/15, cujos efeitos deverão retroagir 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 1287019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021)

Nesse contexto, em princípio, os Estados da Federação poderiam exigir o ICMS/DIFAL a partir de 1º de janeiro de 2022. Entretanto, diante da publicação da Lei Complementar nº 190/2022, aparentemente, a questão da incidência do ICMS/DIFAL previsto pela Emenda Constitucional nº 87/2015 ganhou novos aspectos jurídicos que devem ser observados, sob pena de violação ao texto constitucional.

O art. 150, III, 'b' da Constituição Federal impede que os entes federativos cobrem tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Trata-se do princípio da anterioridade tributária, consideração pelo Supremo Tribunal Federal direito fundamental do contribuinte.

Em que pese a própria Constituição Federal estabelecer exceções a aplicação da anterioridade tributária, a ressalva não incide sobre o ICMS, já que 'vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II', ou seja, a não aplicabilidade se restringe aos empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; imposto sobre importação de produtos estrangeiros; imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; imposto sobre produtos industrializados; imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; e impostos extraordinário em caso de iminência ou de guerra externa.

De outro lado, a Lei Complementar nº 190/2022, que 'Altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto' foi publicada em 05.01.2022 e, como consequência e por respeito ao princípio da anterioridade tributária, o tributo em questão só pode ser exigido no próximo exercício financeiro, ou seja, em 01.01.2023.

Faço constar ainda que a edição da Lei Complementar nº 190/2022 por si só não permite que os Estados da Federação cobrem imediatamente o ICMS/DIFAL previsto na Emenda Constitucional nº87/2015.

E isso porque a exigência do ICMS pressupõe a edição de lei ordinária estadual editada posteriormente à Lei Complementar nº 190/2022, uma vez que o sistema jurídico brasileiro não permite o saneamento de lei anteriormente considerada inconstitucional ou ilegal.

Sendo assim, o pedido liminar deve ser parcialmente deferido.

Isto Posto, **DEFIRO** o pedido de liminar determinar a suspensão da exigibilidade de retenção e recolhimento do ICMS DIFAL decorrente de operações interestaduais da impetrante envolvendo mercadorias remetidas a consumidores finais situados neste Estado, apenas a partir do presente exercício financeiro (ano de 2022).

A presente decisão produzirá efeitos até 01.01.2023, desde que o Estado do Espírito Santo edite lei ordinária tratando da matéria até o dia 31.12.2022, observado, ainda, o princípio da anterioridade nonagesimal. [...]". [Destacues originais].

A despeito dos judiciosos fundamentos lançados na decisão de primeiro grau, estão efetivamente demonstradas as razões do prejuízo a ser suportado pela economia pública, especialmente a partir da previsibilidade em relação à queda arrecadatória com o ICMS-DIFAL, o que, à vista do inegável efeito multiplicador de medidas liminares, pode ocasionar um possível descontrole nas contas públicas.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao modular os efeitos na ADI 5.469/DF, quando do julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1093), firmou entendimento no sentido de que "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".

E no julgamento da ADI nº 5.464/DF, a Suprema Corte, ao declarar inconstitucionais as cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93/2015 assim decidiu:

"[...] 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)".

Denota-se que concessão de lapso temporal para fins de organização entre os Estados da Federação, consoante a decisão que determinou a modulação dos efeitos a partir do exercício financeiro subsequente à conclusão (2022) -, possibilita a continuidade da cobrança tributária do ICMS-DIFAL, principalmente porque, ainda que leis locais sobre a matéria sejam produzidas, a princípio, não haveria que se falar em instituição ou mesmo majoração de novo tributo, de modo que, aparentemente, inexistiria sujeição à regra da anterioridade.

Não se pode perder de vista que o c. STF, quando do julgamento do RE 1.221.330 (Tema 1094), expressamente mencionado no inteiro teor do aludido Tema 1093, cuja repercussão geral versou sobre a "incidência do ICMS na importação de bens e mercadorias por pessoa física ou jurídica com base em lei estadual editada posteriormente à promulgação da EC nº 33/2001, porém antes da vigência da Lei Complementar Federal nº 114/2002", firmou entendimento segundo o qual "[...] as leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002".

Portanto, a mesma técnica decisória foi empregada quando do julgamento dos Temas 1093 (ICMS-DIFAL) e 1094 (ICMS-IMPORTAÇÃO) pelo c. Supremo Tribunal Federal, mormente para que a cobrança do tributo seja retomada imediatamente ao dia subsequente da vigência da lei complementar que regulamenta normas gerais.

Sob tal aspecto, houve a edição da Lei Complementar nº 190, de 4 de janeiro de 2022, e publicada em 05/01/2022, que, além de alterar a Lei Complementar nº 87/1996, conhecida como Lei Kandir, apresenta regulamentação sobre "a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto".

Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto”.

Tais decisões permitem, ao menos em exame sumário, verificar-se a existência de aparente conflito entre a LC 190/2022 e o normativo local que regulamenta o tema (Lei Estadual nº 7.000/2001), embora anterior ao regulamento geral.

Ante a validade das leis estaduais que regulamentam a matéria, especialmente após o advento da Lei Complementar nº 190/2022, compartilho, vale repisar, em análise não exauriente, com o entendimento daqueles que consideram regular a cobrança do ICMS-DIFAL a partir da vigência do regramento geral sem a necessidade de observar a anterioridade, considerando a inexistência de criação ou majoração de novos tributos.

Restando devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão aos interesses públicos privilegiados – e, notadamente, à ordem e à economia, públicas – impõe-se o deferimento do pedido suspensivo formulado pelo Estado do Espírito Santo e, por conseguinte, a suspensão da decisão liminar proferida nos autos do mandado de segurança nº 5002519-20-2022.8.08.0024 (fls.544/557).

Por tais razões, defiro o pedido formulado neste incidente de Suspensão de Liminar para suspender, até o trânsito em julgado, os efeitos da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5002519-20.2022.8.08.0024.

Como a matéria debatida no mandado de segurança em que exarada a decisão cujos efeitos ora foram suspensos é idêntica àquelas mencionadas nos processos listados às fls.08/09, cujas cópias das iniciais e das medidas liminares deferidas foram anexadas às fls.44/980, autorizado pelas diretrizes do § 5º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009 e do § 8º da Lei nº 8.437/1992, **estendo** os efeitos da presente decisão suspensiva aos autos dos processos nº 5000602-63.2022.8.08.0024 (fls.75/81), 5000932-60.2022.8.08.0024 (fls.92/93-v), 5001603-83.2022.8.08.0024 (fls.124/127), 5002250-78.2022.8.08.0024 (fls.140/148), 5001289-40.2022.8.08.0024 (fls.162/166), 5000812-17.2022.8.08.0024 (fls.195/204), 5001421-97.2022.8.08.0024 (fls.229/232), 5001581-25.2022.8.08.0024 (fls.256/261), 5002273-24.2022.8.08.0024 (fls.285/294), 5001149-70.2022.8.08.0024 (fls.347/350), 5002357-25.2022.8.08.0024 (fls.375/381 e fls.454/460), 5002326-05.2022.8.08.0024 (fls.396/401), 5002179-76.2022.8.08.0024 (fls.425430), 5000612-10.2022.8.08.0024 (fls.478/483), 5002327-87.2022.8.08.0024 (fls.572/575), 5001196-77.2022.8.08.0024 (fls.599/604), 5001958-93.2022.8.08.0024 (fls.628/632), 5002504-51.2022.8.08.0024 (fls.661/665), 5002452-55.2022.8.08.0024 (fls.691/694), 5002289-76.2022.8.08.0024 (fls.706/709), 5002320-95.2022.8.08.0024 (fls.727/742), 5002555-62.2022.8.08.0024 (fls.765/771), 5002753-02.2022.8.08.0024 (fls.797/802), 5002959-16.2022.8.08.0024 (fls.817/821), 5003007-72.2022.8.08.0024 (fls.833/835), 5002844-92.2022.8.08.0024 (fls.861/863), 5002493-22.2022.8.08.0024 (fls.878/891), 5002902-95.2022.8.08.0024 (fls.901/902), 5003557-67.2022.8.08.0024 (fls.933/947), 5003555-97.2022.8.08.0024 (fls.966/980), considerando o risco da proliferação de decisões idênticas (“efeito multiplicador”), cujos atos decisórios, caso mantidos, poderiam provocar danos à ordem e à economia, públicas e, por conseguinte, em prejuízo à Administração, e diante da possibilidade de perda substancial de receitas para o orçamento estadual e, por conseguinte, de desequilíbrio das finanças do Estado apto a desencadear consequências para setores públicos essenciais.

Comunique-se ao MM. Juiz de primeiro grau subscritor da decisão exarada no mandado de segurança nº 5002519-20.2022.8.08.0024 do inteiro ter da presente desta decisão e a todos os subscritores das decisões exaradas nos processos aos quais foram estendidos os seus efeitos, para o seu imediato cumprimento.

Publique-se. Intime-se.

Por fim, encaminhe-se à d. Procuradoria de Justiça Especial para emissão do competente parecer.

Vitória/Es, 17 de fevereiro de 2022.

Desembargador Fabio Clem de Oliveira
Presidente

Vitória, 18 de Fevereiro de 2022
JULIANO PAGOTTO PINTO
Diretor(a) de Secretaria Substituto

¿ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 810.