



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000469638

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007963-14.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EROMA LTDA., são apelados COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVES BRAGA JUNIOR (Presidente), SILVIA MEIRELLES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 7 de junho de 2023.

ALVES BRAGA JUNIOR

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto	18909
Apelação	1007963-14.2022.8.26.0053 RMF (digital)
Origem	4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central - Capital
Apelante	Eroma Ltda.
Apelados	Estado de São Paulo Coordenador da Administração Tributária do Estado de São Paulo
Juíza de Primeiro Grau	Celina Kiyomi Toyoshima
Sentença	4/5/2022

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFAL. ANTERIORIDADE. A cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS - DIFAL, nas operações interestaduais que envolvem consumidores finais não contribuintes do imposto, introduzido pela EC 87/2015, pressupõe edição de lei complementar com normas gerais. Entendimento consolidado pelo c. STF, na ADI 5.464/DF e em repercussão geral (RE 1.287.019, Tema 1.093). Necessidade de observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, previsto no art. 150, III, “b” e “c”, da CF, pois, antes da LC 190/2022, publicada no DOU em 5/1/2022, não havia lei complementar regulamentando o DIFAL. Ao estabelecer as normas gerais e definir a forma de cálculo do ICMS, a LC 190/2022 possibilitou a cobrança do diferencial de alíquota, acarretando a majoração indireta do imposto. Mesmo que a Lei Estadual 17.470, de 13 de dezembro de 2021, tenha observado expressamente o princípio da anterioridade nonagesimal (art. 4º), somente produzirá efeitos após a lei complementar federal ser plenamente eficaz, a partir do exercício de 2023.
RECURSO PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **EROMA LTDA** contra a r. sentença de fls. 109/13 que, em mandado de segurança impetrado contra ato do **COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, denegou a ordem, nos termos do art. 487, I, do CPC.

A impetrante pleiteia o reconhecimento do direito de não recolher o Diferencial de Alíquota Interestadual de ICMS durante o exercício de 2022, em observância ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, alínea “b” da Constituição Federal. Requer a concessão da ordem (fls. 135/40).

Contrarrrazões a fls. 145/62.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso comporta provimento.

Em repercussão geral (**RE 1287019, Tema 1.093**), que versa sobre a *“Necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015”*, o c. Supremo Tribunal Federal fixou 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.**”

Por maioria, modularam-se os efeitos da decisão, nos seguintes termos:

“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.”

Como se vê, o fundamento da declaração de inconstitucionalidade e da tese de repercussão geral era a ausência de lei complementar.

Com isso, editou-se a **Lei Complementar Federal 190, de 4 de janeiro de 2022**, que altera a LC 87/96 (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”*.

A lei foi **publicada no Diário Oficial da União em 5/1/2022** (Edição 3 - Seção 1 -



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Página 1 - Órgão: Atos do Poder Legislativo).

Respeitado entendimento contrário, **deve-se observar, no caso, o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal**, previsto no art. 150, III, “b” e “c”, da CF, pois, antes da LC 190/22, não havia lei complementar regulamentando o DIFAL.

Ou seja, ao estabelecer as normas gerais e definir a forma de cálculo do ICMS, a LC 190/22 possibilitou a cobrança do diferencial de alíquota, acarretando a majoração indireta do imposto.

Observa-se que também foi editada a Lei Estadual 17.470/2021, que alterou a Lei 6.374/89 e que, em seu art. 3º, inciso I, expressamente revogou o inciso XVI e o § 7º do art. 2º da Lei 6.374/89.

Mesmo que a Lei Estadual 17.470, de 13 de dezembro de 2021, tenha observado expressamente o princípio da anterioridade nonagesimal (art. 4º), somente produzirá efeitos após a lei complementar federal ser plenamente eficaz, **a partir do exercício de 2023**.

Nesse sentido:

Agravo de Instrumento nº 2040064-52.2022.8.26.0000

Relator(a): Paola Lorena

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 12/4/2022

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. LC nº 190/2022 e LE nº 17.470/2021. Normatividade do *writ*. Inocorrência. Hipótese na qual a impetrante não se insurge diretamente contra a lei em tese, mas busca não se sujeitar aos efeitos das Leis vergastadas, a fim de que não sofra os efeitos de sua aplicação. Alegação de inconstitucionalidade na cobrança a partir de 13.03.2022. Pedido de suspensão, durante o ano de 2022, da exigibilidade do Diferencial de Alíquota (DIFAL) do ICMS sobre operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto. Lei Complementar nº 190/2022 regulamentando a EC nº 87/2015 e Lei Ordinária Estadual nº 17.470/2021 instituindo a exigência. Medida liminar indeferida. Presença dos requisitos legais para a sua concessão. Tema 1093, STF (RE 1287019). 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. LC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 190/2022, que disciplinou o DIFAL de ICMS em operações envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação publicada apenas em 05.05.2022. Impossibilidade de o Estado de São Paulo exigir o DIFAL a partir de 13 de março de 2022, com base no disposto na LE nº 17.470/2021. Necessidade de observância do princípio da anterioridade (anual ou nonagesimal). Fumus boni iuris e periculum in mora demonstrados. Decisão reformada. Recurso provido.

Agravo de Instrumento nº 2050651-36.2022.8.26.0000

Relator(a): Oscild de Lima Júnior

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 1º/4/2022

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança - Suspensão da exigibilidade do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas (ICMS-Difal) nas operações interestaduais para consumidor final não contribuinte do imposto no exercício de 2022 - Liminar indeferida - Possibilidade de concessão - Relevância da fundamentação - Violação ao princípio da anterioridade - Perigo da demora demonstrado – Elevação da carga tributária. Recurso provido.

O princípio da anterioridade tem por finalidade impedir a tributação surpresa, que deixe de possibilitar oportunidade para planejamento financeiro. Enquanto ausente a lei complementar, o contribuinte tinha justo motivo para entender não sujeito à tributação, sem que houvesse qualquer certeza sobre se e quando sobreviria lei complementar. Não faz sentido computar-se prazo de anterioridade a partir de lei cuja eficácia está suspensa por prazo indeterminado.

Ressalte-se que a atuação excepcional da e. Presidência deste e. Tribunal de Justiça, em “pedidos de suspensão de liminar”, não suprime, nem se sobrepõe à competência da respectiva Câmara, para análise da matéria.

Além disso, nos termos do art. 26, I, “b”, do RITJSP, “*Compete ao Presidente do Tribunal: I - Em matéria jurisdicional: apreciar o pedido de suspensão de segurança ou liminar concedida em primeiro grau em mandado de segurança ou em ação contra o Poder Público (artigos 15 da Lei 12.016/09 e 4º da Lei 8.437/92)*”.

Portanto, a hipótese é de concessão da ordem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso, para conceder a segurança.

Sem condenação em honorários recursais, nos termos da Lei 12.016/09.

Alves Braga Junior
Relator

ASSINADO COM CERTIFICADO DIGITAL