



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
 Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **1057052-40.2021.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **_____ S.A.**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Luiza Barros Rozas Verotti**

Vistos.

_____ **S.A.**, qualificado na inicial, ajuizou a presente ação, sob o rito ordinário, em face do **ESTADO DE SÃO PAULO**, alegando, em síntese, que o réu tem exigido o pagamento de diferença de alíquota de ICMS ("ICMS-DIFAL"), em operações de compra de bens destinados ao uso e consumo nos seus estabelecimentos, em relação aos quais a autora é tanto contribuinte quanto consumidora final. No entanto, aduz que tal diferença é inexigível por ausência de lei complementar, como decidido pelo C. STF no julgamento do Tema 1.093. Assim, requer a procedência da ação a fim de que seja reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o réu que obrigue a autora a realizar neste Estado ao recolhimento do DIFAL sobre as operações interestaduais envolvendo a aquisição de mercadorias destinadas ao seu uso e consumo, assim como a condenação do réu a restituir tais valores pagos indevidamente nos últimos 5 anos. Juntou os documentos de fls. 31/365.

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 377/382), na qual alegou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e, no mérito, refutou os argumentos da inicial e pugnou pela improcedência do pedido.

Réplica a fls. 392/404.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Julgo o feito nesta oportunidade porque desnecessária a produção de outras provas.

Primeiramente, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva, tendo em vista a relação de pertinência subjetiva entre o conflito trazido a juízo e a qualidade da requerida para figurar no polo passivo da demanda, considerando que no presente caso a autora questiona a exigência pelo réu do Diferencial de Alíquota de ICMS em operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo nos seus estabelecimentos, operações nas quais a requerente é tanto contribuinte quanto consumidora final.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
 Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

No mérito, pretende a parte autora afastar a exigibilidade do diferencial de alíquotas do ICMS (ICMS-DIFAL), nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo nos seus estabelecimentos, tendo em vista a alegada inexistência de Lei Complementar regulando a matéria, com base no Tema de Repercussão Geral n. 1093.

O pedido é parcialmente procedente.

O Tema de Repercussão Geral n. 1093 abordou as 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, reconhecendo como inconstitucional somente o tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte, o que não é o caso da autora, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, por se tratar de matéria que deve ser reservada a lei complementar.

Como é notório, no julgamento do RE 1.287.019/DF e da ADIN 5.469, o C. STF declarou inconstitucional a cobrança do ICMS-DIFAL introduzida pela Emenda Constitucional nº 87/2015 sem a edição de lei complementar, firmando a tese de que *"A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais"*.

Ao final do julgamento, decidiu-se que o v. acórdão produzirá efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão.

Assim ficou decidido na ADI nº 5469: *"O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na Sessão realizada por videoconferência em 24.02.2021. Ação direta, para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, 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"*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
 Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

2 de 5

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, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021.”

A referida decisão é dotada de força vinculante, nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil.

Independentemente do que se entenda como "ações judiciais em curso" (se deva ser considerada a data do julgamento ou da publicação da ata de julgamento do mérito), é certo que a presente ação foi ajuizada somente em 16 de setembro de 2021, incidindo, portanto, a modulação de efeitos na forma supratranscrita.

O pedido é procedente, portanto, somente com relação às operações ocorridas a partir do exercício de 2022, prejudicado o pedido de restituição dos valores pagos indevidamente a título de ICMS-DIFAL sobre aquisições de bens destinados ao uso e consumo nos últimos 5 anos.

Nesse sentido:

"Apelação – AÇÃO ORDINÁRIA – ICMS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (DIFAL) – EC Nº 87/2015 – TEMA Nº 1.093 DO STF (RE Nº 1.287.019) – Pretensão inicial voltada a obstar a cobrança, pela autoridade coatora, do diferencial de alíquotas de ICMS (DIFAL) nas operações de venda de mercadorias efetuadas a consumidores finais não contribuintes – possibilidade em tese – entendimento pacificado no STF no julgamento conjunto do RE nº 1.287.019/DF e da ADI nº ADI 5469/DF firmando a seguinte tese de repercussão geral: "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" (tema nº 1.093) – necessidade de edição de lei complementar federal para disciplinar a exigência do ICMS-DIFAL, legitimando sua exação – MODULAÇÃO DE EFEITOS a partir do exercício financeiro de 2022 – apenas as ações ajuizadas antes do julgamento do recurso representativo de controvérsia não se sujeitam à modulação dos seus efeitos – ação ajuizada após o julgamento do recurso pelo STF (após 24.02.2021) – aplicabilidade da modulação de efeitos determinada pelo Excelso Pretório – o Convênio CONFAZ nº 93/2015, apesar de declarado inconstitucional, remanesce deflagrando efeitos até o marco temporal estipulado pelo STF (até 2022) – precedentes do TJSP – sentença de improcedência mantida. Recurso da autora desprovido" (TJSP; Apelação Cível 1011332-50.2021.8.26.0053; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
 Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

3 de 5

Julgamento: 24/09/2021; Data de Registro: 24/09/2021).

"APELAÇÃO – Mandado de segurança – ICMS - Diferencial de Alíquota – DIFAL/ICMS – Pretensão para que a autoridade coatora se abstenha da cobrança do ICMS-Difal para o Estado de São Paulo sobre operações interestaduais de venda de mercadorias a consumidores finais não contribuintes de ICMS em razão da ausência de lei complementar nacional regulamentando o ICMS-Difal previsto na EC nº 87/2015 - Entendimento majoritário desta Corte sobre o assunto – Recente orientação do E. STF, no tema de repercussão geral nº 1.093, relativo ao RE 1.287.019, rel. Min. Marco Aurélio, conjuntamente com a ADI 5464, julgados em 24.2.2021 Tese fixada 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 – Modulação dos efeitos para que tal entendimento seja aplicado a partir do exercício financeiro de 2022 – Caso concreto que não se enquadra nas exceções à modulação dos efeitos (SIMPLES NACIONAL em operações realizadas após 18.2.2016 e ações em curso na data do referido julgamento, 24.2.2021) – Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO" (TJSP; Apelação Cível 1012348-39.2021.8.26.0053; Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/09/2021; Data de Registro: 30/09/2021).

"MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – PRETENSÃO AO NÃO RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL) NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, ENQUANTO NÃO EDITADA LEI COMPLEMENTAR REGULAMENTADORA DA EC Nº 87/15 – Descabimento, na espécie – Julgamento definitivo do mérito do RE nº 1.287.019/DF (Tema nº 1093) em conjunto com a ADI 5469, com reconhecimento 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 – Exigência de diferencial de alíquota afastada – Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (a partir do exercício de 2022) que ressaltou as ações judiciais em curso – Presente ação ajuizada após a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021) Denegação da ordem mantida. Apelo não provido" (TJSP; Apelação Cível 1018977-29.2021.8.26.0053; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/09/2021; Data de Registro: 29/09/2021).

Diante do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
 Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

formulado na inicial, extinguindo o feito com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para afastar a incidência do ICMS-DIFAL nas aquisições interestaduais

4 de 5

de bens destinados ao uso e consumo realizadas pela autora, a partir do exercício de 2022, enquanto não editada lei complementar pertinente.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais. Cada parte arcará ainda com os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, os quais fixo, no mínimo legal, incidentes sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º e § 4º, do Código de Processo Civil. P.R.I.

São Paulo, 07 de janeiro de 2022.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME
 IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

5 de 5