

Poder Judiciário da União

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

7ª Vara da Fazenda Pública do DF

Fórum VERDE, -, 4º andar, Setores Complementares, BRASÍLIA - DF - CEP: 70620-020

Telefone: 3103-4339

Horário de atendimento: 12:00 às 19:00

Número do processo: 0703814-84.2022.8.07.0018

Classe judicial: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

Polo ativo: -----

Polo passivo: SUBSECRETÁRIO DE RECEITA DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL

SUBSECRETÁRIO DE RECEITA DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL;

Nome: SUBSECRETÁRIO DE RECEITA DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL Endereço: Avenida Flamboyant, SBQ, Qd 2, Ed. Vale do Rio Doce, 7 Andar, Norte (Águas Claras), BRASÍLIA - DF - CEP: 70297-400

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Vistos etc.

1. Trata-se de *mandado de segurança*, com pedido de liminar, impetrado por ----- contra ato que imputa ao **SUBSECRETÁRIO DE RECEITA DO DISTRITO FEDERAL**, postulando deferimento de medida liminar, *inaudita altera pars*, para que seja suspensa, na forma do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito tributário correspondente ao DIFAL exigido pelo Distrito Federal nas operações que tenham como destinatário consumidor final não contribuinte do ICMS, realizadas no curso do ano-calendário de 2022, ou, alternativamente, antes do decurso do prazo de 90 (noventa) dias da publicação da Lei Complementar n.º 190/2022.

Esclarece o impetrante que realiza a venda de mercadorias à consumidores finais, não contribuintes do ICMS, situados no Distrito Federal, se submetendo ao recolhimento do ICMS-DIFAL.

Sustenta que em 24 de fevereiro de 2021, foi concluído o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.287.019/DF, submetido à repercussão geral da matéria, em que o Plenário do E. STF, por maioria de votos, adotou a tese proposta pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional n.º 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

Afirma que, para evitar maiores prejuízos financeiros aos já combalidos cofres públicos estaduais, a Suprema Corte modulou os efeitos do Acórdão para 01º de janeiro de 2022, ressalvadas as ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento; todavia, somente no dia 05 de janeiro de 2022, é que foi publicada a Lei Complementar n.º 190/2022, que instituiu e regulamentou o DIFAL.

Alega que, considerando a publicação da Lei Complementar no curso do ano-calendário de 2022, o DIFAL somente poderá ser exigido pelos Estados a partir do dia 01º de janeiro de 2023, uma vez que a exigência tributária submete-se aos Princípios da Anterioridade de Exercício e Nonagesimal, previstos no artigo 150, caput, e inciso III, alínea “a” da Constituição Federal.

É a síntese do necessário.

DECIDO.

A liminar em sede de mandado de segurança tem seus requisitos regulados pelo art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. Referida norma estatui que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que *“se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”*.

Na hipótese dos autos, denoto a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar.

Com efeito, o art. 146, III, alínea “a”, da CF/88, exige que a regulamentação das regras gerais em matéria tributária deve ser realizada por meio de Lei Complementar, e não por Convênio, como ocorreu.

In casu, o Convênio ICMS nº 93/2015 pretendeu tratar das “normas gerais” a respeito da nova sistemática da EC nº 87/2015, regulamentando (i)

onde seria devido o novo tributo, (ii) qual seria o seu fato gerador e (iii) quem seria o contribuinte, em evidente contrariedade ao art. 146 da CF/88.

Note-se que, em abril de 2015, o STF, ao julgar caso análogo, considerou que a instituição de DIFAL de ICMS somente poderia ser veiculada por lei estadual se tal hipótese de incidência estivesse previamente prevista em lei complementar. No caso concreto, o STF reconheceu que a Lei Complementar nº 87/1996 não contém previsão de incidência de DIFAL e, por isso, declarou inconstitucional a lei do Estado do Paraná que previu a incidência desse imposto, deixando claro na ementa do acórdão que “A instituição do diferencial de alíquotas depende de previsão em lei complementar”. (STF, Ag.Reg. no RE nº 580.903/PR, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 28/04/2015).

A inovadora exigência do ICMS no Estado de destino, conforme Convênio ICMS nº 93/2015, sem a sua prévia regulamentação por lei complementar também contraria o art. 155, § 2º, XII, alíneas “a”, “d”, e “i”, da CF/88, assim disposto:

Art. 155.

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

(...)

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

Ademais, em 24/02/2021 o Eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, deu fim à discussão dos autos, prevalecendo o entendimento pela 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, ministro Dias Toffoli, da ADI 5464-DF, ADI nº 5469/DF e RE 1287019 com repercussão geral TEMA 1.093 com 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.

Assim, verifica-se que o direito aqui alegado está amparado por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, possuindo efeito vinculante, nos termos do art. 927, I, do CPC.

Não obstante, tem-se que a Suprema Corte procedeu à modulação dos efeitos do r. *decisum*, postergando para o exercício de 2022 eventuais pleitos de compensação/restituição dos valores recolhidos indevidamente, ressalvada as ações em curso, sendo certo que a ata de julgamento do RE 1287019 (TEMA 1093) foi divulgada no DJE nº 39 de 02/03/2021. Ou seja, em momento anterior ao feito em epígrafe, que por ela é alcançada no atinente à modulação dos efeitos engendrados pelo STF.

Diante da decisão da Suprema Corte, no dia 05 de janeiro de 2022 foi publicada a Lei Complementar n.º 190/2022, que instituiu e regulamentou o DIFAL, modificando a Lei Kandir.

No art. 3º da referida LC 190/2022 consta que entrou 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.

Vale dizer, é vedado aos entes federados cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observando-se, ainda, o princípio da anterioridade anual tributária.

É que o ICMS se submete simultaneamente aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal (artigo 150, III, "b" e "c", da Constituição, respectivamente), os quais estabelecem que lei que implique nova cobrança ou majoração do imposto somente pode produzir efeitos no ano seguinte e após o decurso de 90 dias, tendo como referência a sua publicação.

Em termos práticos, considerando que a publicação da lei complementar ocorreu já no ano de 2022, entende-se que a exigência pelos Estados e Distrito Federal do DIFAL nas operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes somente será válida a partir de janeiro de 2023.

Portanto, presentes os requisitos para a tutela liminar.

Forte nessas razões, **DEFIRO o pedido liminar** para suspender a exigibilidade dos créditos tributários relativos ao DIFAL relativo a operações de vendas de mercadorias pelo impetrante a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Distrito Federal, já ocorridas e futuras, APENAS entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2022.

Em função disso, determino à autoridade apontada como coatora que não aplique ao impetrante nenhum tipo de penalidade ou sanção relativamente aos meses de apuração, ficando o impetrado impedido, exclusivamente em razão dos valores do DIFAL de:

(i) apreender mercadorias remetidas pela impetrante a consumidores finais situados no Distrito Federal (“barreira fiscal”), nos termos da Súmula nº 323 do STF;

(ii) lavrar auto de infração para exigir os valores;

(iii) inscrever os valores abarcados por essa decisão no contacorrente da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal;

(iv) inscrever a impetrante no CADIN, SPC, SERASA, Lista de Devedores da Procuradoria ou qualquer outro cadastro restritivo;

(v) inscrever os valores abarcados por essa decisão na Dívida Ativa do Estado ou levá-los a protesto;

(vi) exigir os valores abarcados por essa decisão por meio de execução fiscal;

(vii) negar a expedição de Certidão de Regularidade Fiscal à impetrante ou certidão positiva com efeitos de negativa;

(viii) cancelar inscrições estaduais da impetrante; e

(ix) revogar ou indeferir a concessão de regimes especiais à impetrante.

2. Notifique-se, com urgência, a autoridade impetrada para que cumpra esta decisão e que prestem as pertinentes informações, no prazo de 10 (dez) dias.

3. Dê-se ciência do presente feito à Procuradoria do Distrito Federal, para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, à luz do art. 7º, inc. II, da Lei nº 12.016/2009.

4. Após, colha-se o parecer do Ministério Público.

5. Tudo feito, venham os autos conclusos para sentença.

Int.

CONFIRO À DECISÃO FORÇA DE MANDADO/OFÍCIO.

BRASÍLIA, DF, 31 de março de 2022 22:03:01.

PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA
Juiz de Direito

Assinado eletronicamente por: PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA

31/03/2022 22:04:13 https://pje-

consultapublica.tjdft.jus.br:443/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam ID do documento:

22033122041320800

IMPRIMIR

GERAR PDF

