



Número: **0807655-62.2019.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA**

Última distribuição : **09/09/2019**

Valor da causa: **R\$ 65.000,00**

Processo referência: **0839859-32.2019.8.14.0301**

Assuntos: **ICMS / Incidência Sobre o Ativo Fixo**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
<b>ESTADO DO PARÁ (AGRAVANTE)</b>	
<b>COPABO INFRA - ESTRUTURA MARITIMA LTDA (AGRAVADO)</b>	<b>GABRIELA NOGUEIRA ZANI GIUZIO (ADVOGADO)</b> <b>LUCIANA DORES DA ROCHA (ADVOGADO)</b>
<b>MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)</b>	<b>TEREZA CRISTINA BARATA BATISTA DE LIMA (PROCURADOR)</b>

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
12088400	06/12/2022 15:45	<a href="#">Acórdão</a>	Acórdão
12062891	06/12/2022 15:45	<a href="#">Relatório</a>	Relatório
12064272	06/12/2022 15:45	<a href="#">Voto do Magistrado</a>	Voto
12062893	06/12/2022 15:45	<a href="#">Ementa</a>	Ementa



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

**AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) - 0807655-62.2019.8.14.0000**

AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ

AGRAVADO: COPABO INFRA - ESTRUTURA MARITIMA LTDA

**RELATOR(A):** Desembargadora ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA

### EMENTA

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. TEMA 1093 DO STF. ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO TRIBUTO A PARTIR DE 2022. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 323, DO STF. **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.****

1. Prejudicialidade do Agravo Interno, diante da prolação do presente voto;
2. *In casu*, nos autos da Ação Declaratória ajuizada pela ora agravada, o Juízo *a quo* deferiu o pedido de tutela de urgência formulado, no qual a recorrente pugnava pela suspensão da exigibilidade da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias e a imediata liberação de mercadorias apreendidas;
3. **O colendo Supremo Tribunal Federal, no dia 24 de fevereiro de 2021, concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, *leading case* no Tema 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5469/DF, no sentido de que é inconstitucional a cobrança do DIFAL antes**



da edição de uma lei complementar que discipline a Emenda Constitucional nº 87/2015, sendo sido 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"*;

4. Ademais, o Pretório Excelso, ao julgar o referido *leading case*, realizou a modulação dos efeitos da decisão de maneira que esta produza efeitos a partir do ano de 2022. Contudo, a Suprema Corte ressaltou da modulação de efeitos as ações que já estivessem em curso;

5. No caso dos autos, a requerente, ora agravada ajuizou a Ação perante o Juízo Monocrático no dia 29/07/2019. Por conseguinte, para a recorrida a decisão do Pretório Excelso tem efeitos imediatos e retroativos;

6. Todavia, no dia 04/01/2022, foi publicada a Lei Complementar nº 190/2022, a qual regulamenta a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas à consumidor final não contribuinte do imposto;

7. Deste modo, a Lei Complementar nº 190/2022, por dispor tão somente de normas gerais sobre o Diferencial de Alíquota do ICMS, torna possível sua cobrança, nos termos do Tema nº 1.093, do C. STF. Nesse viés, não há que se falar em observância à anterioridade anual. **Precedente do STF;**

8. Assim, ressalvado os efeitos imediatos e retroativos da decisão do Pretório Excelso na ADI nº 5.469/DF, deve ser considerada válida a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela empresa agravada a partir do ano de 2022, por força da vigência da Lei Complementar nº 190/2022;

9. Noutra ponta, a apreensão de mercadoria com fim coercitivo de pagamento de tributo não é admitida. Inteligência da Súmula 323 do STF e precedentes dos Tribunais Superiores;

**10. Recurso parcialmente provido para reconhecer a exigibilidade da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela recorrida a partir do ano de 2022, mantendo a decisão agravada nos demais termos.**

Vistos, etc.,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos cinco dias do mês de dezembro do ano de dois mil e vinte e dois.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Ezilda Pastana Mutran.



Belém, 05 de dezembro de 2022.

**Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha  
Relatora**

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. DESA. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA (RELATORA):**

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO com Pedido de Efeito Suspensivo** interposto pelo **ESTADO DO PARÁ**, visando combater decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos da **Ação Declaratória com Pedido de Antecipação de Tutela** ( Proc. nº 0839859-32.2019.8.14.0301), ajuizada por **COPABO INFRAESTRUTURA MARÍTIMA LIMITADA**.

Historiando os fatos, a requerente ajuizou a referida ação, alegando ser pessoa jurídica de direito privado, que tem por objeto social a elaboração de projetos, construção civil, importação, comercialização, representação, serviços de instalação, manutenção, recuperação, assistência técnica e montagem de equipamentos para infraestrutura portuária, consoante descrito em contrato social.

Questionou a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL) incidente sobre as operações de venda interestadual de mercadorias destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Estado do Pará.

Alegou que tal exigência é inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal exige Lei complementar para o tratamento da matéria, não podendo ser tratada somente pelo Convênio Confaz, como ocorre.

Assim, requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até o trânsito em julgado da ação, e a liberação das mercadorias apreendidas.



O Juízo Monocrático proferiu decisão nos seguintes termos:

“ (...)

**Portanto, valendo-se de um juízo superficial e perfunctório, requisitos estes essenciais de qualquer juízo de probabilidade e considerando a fundamentação apresentada e com base nos art. 300 do CPC/ 2015 e 151, V, CTN, DEFIRO a tutela de urgência. Desta feita, determino: 1- A IMEDIATA LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS, discriminadas nos termos de Apreensão e Depósito nº 35019390006423 e 352019390006424; 2- A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO relativos ao DIFAL, calculado na forma prevista pelos arts. 6º e 7º, da Lei Estadual nº 8.315/15, nos casos em que a autora seja compelida a recolher o tributo por ela devido ou como substituta tributária, de forma que os referidos valores não constituem óbice a sua regularidade fiscal ou ensejem a sua inclusão no cadastro de inadimplentes, até o trânsito em julgado da decisão final. (...)”**

Inconformado, o Estado do Pará interpôs o presente recurso (id nº 2181014 - Pág. 1).

Nas razões recursais, o patrono do ente agravante narra que a imposição tributária relacionada ao DIFAL, possui amparo no art. 155, § 2º, inciso VII da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 87/2015, pelo Convênio ICMS n. 93/2015 e pela Lei Estadual n. 8.315/2015.

Aponta que a Emenda Constitucional n. 87/2015, teve por finalidade utilizar de forma equilibrada a divisão das receitas do ICMS para eliminar a guerra fiscal entre os estados, bem como, pôr fim a sistemática utilizada anteriormente, na qual as empresas oscilavam entre contribuintes e não-contribuintes do tributo na medida de suas conveniências, de modo que não há óbice para qualquer empresa, inclusive, e especialmente, as empresas de engenharia, recolher o diferencial impugnado na presente ação.

Assevera que a parte autora tenta criar confusão entre a natureza jurídica do DIFAL e a hipótese de incidência tributária do ICMS, no entanto, resta claro que o diferencial de alíquota é única e exclusivamente a repartição de receita do imposto, divisão do produto de sua arrecadação, devidamente exigível através da legislação pátria, não havendo que se falar em criação de novo fato gerador ou majoração de alíquota.



Ressalta que a manutenção da liminar revela *periculum in mora* inverso, pois impõe a impossibilidade de cobrança de tributo devido, situação suscetível de causar ao Estado e à coletividade lesão grave e de difícil reparação.

Ao final, pugnou pela concessão do efeito suspensivo, e no mérito, o provimento do recurso para reformar integralmente a decisão proferida pelo Juízo de 1º Grau.

Através da decisão de id nº 4461368, deferi o pedido de efeito suspensivo, apenas e tão somente para reconhecer a legitimidade da cobrança do DIFAL de ICMS, mantendo a decisão agravada no que tange a liberação das mercadorias apreendidas com o fito de forçar o pagamento de tributo, em observância a Súmula 323 do STF, (id nº 4461368).

Em face da decisão supramencionada, a agravada interpôs agravo Interno, pugnando, em síntese, o restabelecimento da liminar deferida, (id nº 4574245).

Por sua vez, o ente estadual apresentou contrarrazões ao agravo Interno interposto, pleiteando seu improvimento, (id nº 4921366).

A ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Tereza Cristina Barata Batista de Lima, se eximiu de exarar parecer, por entender ausente qualquer relevância social a justificar a atuação do *Parquet* nos autos, (id nº 4933794).

É o relatório.

### VOTO

**A EXMA. SRA. DESA. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA  
(RELATORA):**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente recurso.

Considerando que o Agravo de Instrumento, enquanto recurso principal,



possui conteúdo de maior abrangência e encontra-se maduro para julgamento do mérito, estando devidamente instruído, julgo prejudicado o recurso de Agravo Interno.

A minguada de questões preliminares, atendo-me ao exame do mérito recursal.

### **MÉRITO**

O objeto central do presente agravo consiste em discutir se está correta ou não a decisão proferida pelo Juízo *a quo*, que, nos autos da Ação Declaratória, deferiu o pedido de tutela de urgência formulado, no qual a recorrida pugna pela suspensão da exigibilidade da cobrança do DIFAL de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias e a imediata liberação de mercadorias apreendidas pelo Fisco Estadual.

Pois bem.

Saliento, inicialmente, que a jurisprudência pátria possuía o entendimento no sentido de que as empresas do ramo de construção civil não estavam obrigadas a pagar ICMS ao adquirir insumos de outros Estados para utilizar na execução das suas atividades, eis que tal atividade constituiria prestação de serviços, ensejando apenas a incidência de Imposto Sobre Serviços - ISS, entendimento este que era decorrente da interpretação do art. 155, §2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal, que assim era disposto:

**“155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:**

**(...)**

**II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços**

**de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as**

**operações e as prestações se iniciem no exterior;**

**(...)**

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

**(...)**



**VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a**

**consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:**

**(...)**

**b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele [do ICMS];”**

Em consonância com este entendimento encontrava-se consubstanciado o enunciado sumular nº 432, do colendo Superior Tribunal de Justiça, que preceitua o seguinte:

**“Súmula 432 - As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.”**

Contudo, o entendimento supramencionado, que estabelecia a inexistência de relação jurídico tributária entre as partes nesses casos, vigorou somente até o dia **31.12.2015**, visto que entrou em vigor a Emenda Constitucional n.º 87/2015, que alterou substancialmente o que dispunha o art. 155, da Carta Magna, revogando expressamente as alíneas “a” e “b”, do inciso VII, §2º, cuja redação passou a ser a seguinte, *in verbis*:

**“155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:**

**(...)**

**II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços**

**de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;**

**(...)**

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

**(...)**



**VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;"**

Outrossim, após a alteração legislativa implementada com o advento da referida Emenda Constitucional, interpretando-se a nova redação da norma contida no art. 155, §2º, inciso VII, passou a ser devida a exigência do diferencial de alíquota de ICMS sobre as operações interestaduais realizadas por consumidor final (contribuinte ou não do tributo), evidenciando-se, assim, a ampliação da competência tributária dos Estados no que se refere ao ICMS.

Entretanto, no dia 24 de fevereiro de 2021, o Colendo Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, *leading case* no Tema 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.469/DF, no sentido de ser inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a Emenda Constitucional nº 87/2015, tendo sido 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"**.

Abaixo, transcrevo a Ementa do referido julgado:

“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. 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. (STF, RE 128.701-9, redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli, julgamento em 24/02/21, publicado em 25/05/21)”

Ademais, a Corte Suprema, ao julgar o *leading case* supramencionado, realizou a modulação dos efeitos da decisão, de maneira que esta produza efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que editasse lei complementar sobre a questão. Contudo, o STF ressaltou da modulação de efeitos as ações judiciais que já estivessem em curso.

Neste caso, a Suprema Corte determinou que para **os processos em curso, quando proferida a decisão, os efeitos são imediatos, inclusive retroativos.**

No caso dos autos, a agravada ajuizou a Ação Declaratória, que



originou o presente recurso, no dia 29/07/2019. Por conseguinte, para a recorrida à decisão do Pretório Excelso teria efeitos imediatos e retroativos, nos termos dos artigos 927, inciso III[1], 928, inciso II[2], e 1.035, §11º[3], do NCP.

Esse entendimento já foi esposado anteriormente por esse egrégio Tribunal, conforme demonstram os julgados abaixo transcritos:

**“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS/DIFAL. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. RECONHECIMENTO EM REPERCUSSÃO GERAL COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. DECISÃO UNÂNIME. (7571353, 7571353, Rel. ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Público, Julgado em 2021-12-06, Publicado em 2021-12-16)**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ICMS DECORRENTE DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE Nº 1287019 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5469. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PARA O EXERCÍCIO SEGUINTE (2022) E PARA AS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ A DATA DO JULGAMENTO OCORRIDO EM 24.02.2021. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE NÃO ABRANGIDA PELA MODULAÇÃO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DO DIFAL. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. À UNANIMIDADE. 1. (...) 2. **A modulação realizada pelo STF no julgamento da ADI nº 5469 definiu que a inconstitucionalidade do DIFAL, em decorrência da inexistência de Lei Complementar que discipline a matéria, deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021.** 3. **A ação originária foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, após o julgamento realizado pelo Supremo em 24.02.2021, não estando, portanto, abrangida pela exceção da modulação dos efeitos da decisão.** 4. **Não se afigura razoável o argumento de que deve ser considerada a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021), como marco temporal para considerar as ações ajuizadas antes do julgado, uma vez que a decisão ressalva expressamente as ações judiciais em curso. Além disto, a pretensão da Recorrente contraria a própria finalidade da modulação dos efeitos da decisão, que é estabelecer segurança jurídica às relações existentes na ocasião do julgamento.** 5. Recurso conhecido e não provido à unanimidade. (7338975, 7338975, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Público, Julgado em 2021-11-22, Publicado em 2021-12-01)”**



Todavia, no dia 04/01/2022, foi publicada a Lei Complementar nº 190/2022, a qual regulamenta a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas à consumidor final não contribuinte do imposto.

Deste modo, a Lei Complementar nº 190/2022, por dispor normas gerais sobre o Diferencial de Alíquota do ICMS, torna possível sua cobrança, nos termos do Tema nº 1.093, do C. STF.

Sendo importante observar que a Lei Complementar nº 190/2022 apenas veiculou normas gerais para regulamentação da EC nº 87/2015. Assim, não há que se falar em observância à anterioridade anual, isso porque a Constituição Federal estabelece que o princípio da anterioridade deverá ser observado quando houver a criação ou majoração de tributo, o que não é o caso.

Na mesma linha a orientação recente do STF sobre o tema:

**“(..)O Princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, “b”, da CF, protege o contribuinte contra intromissões e avanços do Fisco sobre o patrimônio privado, o que não ocorre no caso em debate, pois trata-se de um tributo já existente (diferencial de alíquota de ICMS), sobre fato gerador antes já tributado (operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuinte), por alíquota (final) inalterada, a ser pago pelo mesmo contribuinte, sem aumento do produto final arrecadado.**

**(ADI 7070/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgamento: 17/05/2022, Publicação: 19/05/2022).”**

Desta forma, ressalvado os efeitos imediatos e retroativos da decisão do Pretório Excelso na ADI nº 5.469/DF, deve ser considerada válida a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela empresa agravada a partir do ano de 2022, por força da vigência da Lei Complementar nº 190/2022.

Por fim, esclareço que a retenção de mercadorias por tempo superior ao necessário para o cumprimento de atos indispensáveis à determinação da infração cometida ou averiguação de possíveis irregularidades, configura-se em coação ao contribuinte, sendo inclusive repelida pela Súmula 323 do STF:

**Súmula 323 do STF: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.**



É certo que o ente público possui via própria para cobrança de tributo negligenciado, em procedimento que oportunize ao infrator o direito de defesa; não podendo apreender mercadorias do contribuinte em débito e condicionar a liberação ao pagamento do tributo não recolhido.

Neste ponto entendo que a decisão agravada está assentada com o entendimento pacífico da jurisprudência pátria.

### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **conheço do Agravo de Instrumento e dou-lhe parcial provimento**, para permitir a exigibilidade da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela recorrida a partir do ano de 2022, mantendo a decisão agravada nos demais termos.

É como voto.

Belém, 05 de dezembro de 2022.

**Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha**

**Relatora**

---

[1] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

[2] Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: (...) II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

[3] Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) §11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata,



que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

Belém, 06/12/2022



**A EXMA. SRA. DESA. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA (RELATORA):**

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO com Pedido de Efeito Suspensivo** interposto pelo **ESTADO DO PARÁ**, visando combater decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos da **Ação Declaratória com Pedido de Antecipação de Tutela** ( Proc. nº 0839859-32.2019.8.14.0301), ajuizada por **COPABO INFRAESTRUTURA MARÍTIMA LIMITADA**.

Historiando os fatos, a requerente ajuizou a referida ação, alegando ser pessoa jurídica de direito privado, que tem por objeto social a elaboração de projetos, construção civil, importação, comercialização, representação, serviços de instalação, manutenção, recuperação, assistência técnica e montagem de equipamentos para infraestrutura portuária, consoante descrito em contrato social.

Questionou a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL) incidente sobre as operações de venda interestadual de mercadorias destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Estado do Pará.

Alegou que tal exigência é inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal exige Lei complementar para o tratamento da matéria, não podendo ser tratada somente pelo Convênio Confaz, como ocorre.

Assim, requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até o trânsito em julgado da ação, e a liberação das mercadorias apreendidas.

O Juízo Monocrático proferiu decisão nos seguintes termos:

“ (...)”

**Portanto, valendo-se de um juízo superficial e perfunctório, requisitos estes essenciais de qualquer juízo de probabilidade e considerando a fundamentação apresentada e com base nos art. 300 do CPC/ 2015 e 151, V, CTN, DEFIRO a tutela de urgência. Desta feita, determino: 1- A IMEDIATA LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS, discriminadas nos termos de Apreensão e Depósito nº 35019390006423 e 352019390006424; 2- A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO relativos ao DIFAL, calculado na forma prevista pelos arts. 6º e 7º, da Lei Estadual nº 8.315/15, nos casos em que a autora seja compelida a recolher o tributo por ela devido ou como substituta tributária, de forma que os referidos valores não constituem óbice a sua regularidade fiscal ou ensejem a sua inclusão no cadastro de inadimplentes, até o trânsito em julgado da decisão final. (...)”**



Inconformado, o Estado do Pará interpôs o presente recurso (id nº 2181014 - Pág. 1).

Nas razões recursais, o patrono do ente agravante narra que a imposição tributária relacionada ao DIFAL, possui amparo no art. 155, § 2º, inciso VII da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 87/2015, pelo Convênio ICMS n. 93/2015 e pela Lei Estadual n. 8.315/2015.

Aponta que a Emenda Constitucional n. 87/2015, teve por finalidade utilizar de forma equilibrada a divisão das receitas do ICMS para eliminar a guerra fiscal entre os estados, bem como, pôr fim a sistemática utilizada anteriormente, na qual as empresas oscilavam entre contribuintes e não-contribuintes do tributo na medida de suas conveniências, de modo que não há óbice para qualquer empresa, inclusive, e especialmente, as empresas de engenharia, recolher o diferencial impugnado na presente ação.

Assevera que a parte autora tenta criar confusão entre a natureza jurídica do DIFAL e a hipótese de incidência tributária do ICMS, no entanto, resta claro que o diferencial de alíquota é única e exclusivamente a repartição de receita do imposto, divisão do produto de sua arrecadação, devidamente exigível através da legislação pátria, não havendo que se falar em criação de novo fato gerador ou majoração de alíquota.

Ressalta que a manutenção da liminar revela *periculum in mora* inverso, pois impõe a impossibilidade de cobrança de tributo devido, situação suscetível de causar ao Estado e à coletividade lesão grave e de difícil reparação.

Ao final, pugnou pela concessão do efeito suspensivo, e no mérito, o provimento do recurso para reformar integralmente a decisão proferida pelo Juízo de 1º Grau.

Através da decisão de id nº 4461368, deferi o pedido de efeito suspensivo, apenas e tão somente para reconhecer a legitimidade da cobrança do DIFAL de ICMS, mantendo a decisão agravada no que tange a liberação das mercadorias apreendidas com o fito de forçar o pagamento de tributo, em observância a Súmula 323 do STF, (id nº 4461368).



Em face da decisão supramencionada, a agravada interpôs agravo Interno, pugnando, em síntese, o restabelecimento da liminar deferida, (id nº 4574245).

Por sua vez, o ente estadual apresentou contrarrazões ao agravo Interno interposto, pleiteando seu improvimento, (id nº 4921366).

A ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Tereza Cristina Barata Batista de Lima, se eximiu de exarar parecer, por entender ausente qualquer relevância social a justificar a atuação do *Parquet* nos autos, (id nº 4933794).

É o relatório.



**A EXMA. SRA. DESA. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA  
(RELATORA):**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente recurso.

Considerando que o Agravo de Instrumento, enquanto recurso principal, possui conteúdo de maior abrangência e encontra-se maduro para julgamento do mérito, estando devidamente instruído, julgo prejudicado o recurso de Agravo Interno.

A minguada de questões preliminares, atendo-me ao exame do mérito recursal.

**MÉRITO**

O objeto central do presente agravo consiste em discutir se está correta ou não a decisão proferida pelo Juízo *a quo*, que, nos autos da Ação Declaratória, deferiu o pedido de tutela de urgência formulado, no qual a recorrida pugnava pela suspensão da exigibilidade da cobrança do DIFAL de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias e a imediata liberação de mercadorias apreendidas pelo Fisco Estadual.

Pois bem.

Saliento, inicialmente, que a jurisprudência pátria possuía o entendimento no sentido de que as empresas do ramo de construção civil não estavam obrigadas a pagar ICMS ao adquirir insumos de outros Estados para utilizar na execução das suas atividades, eis que tal atividade constituiria prestação de serviços, ensejando apenas a incidência de Imposto Sobre Serviços - ISS, entendimento este que era decorrente da interpretação do art. 155, §2º, inciso VII, alínea “b”, da Constituição Federal, que assim era disposto:

**“155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:**

**(...)**

**II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços**



de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as

operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

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

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a

consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

(...)

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele [do ICMS];”

Em consonância com este entendimento encontrava-se consubstanciado o enunciado sumular nº 432, do colendo Superior Tribunal de Justiça, que preceitua o seguinte:

**“Súmula 432 - As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.”**

Contudo, o entendimento supramencionado, que estabelecia a inexistência de relação jurídico tributária entre as partes nesses casos, vigorou somente até o dia **31.12.2015**, visto que entrou em vigor a Emenda Constitucional n.º 87/2015, que alterou substancialmente o que dispunha o art. 155, da Carta Magna, revogando expressamente as alíneas “a” e “b”, do inciso VII, §2º, cuja redação passou a ser a seguinte, *in verbis*:

**“155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:**

(...)



**II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços**

**de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;**

(...)

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

(...)

**VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;"**

Outrossim, após a alteração legislativa implementada com o advento da referida Emenda Constitucional, interpretando-se a nova redação da norma contida no art. 155, §2º, inciso VII, passou a ser devida a exigência do diferencial de alíquota de ICMS sobre as operações interestaduais realizadas por consumidor final (contribuinte ou não do tributo), evidenciando-se, assim, a ampliação da competência tributária dos Estados no que se refere ao ICMS.

Entretanto, no dia 24 de fevereiro de 2021, o Colendo Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, *leading case* no Tema 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.469/DF, no sentido de ser inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a Emenda Constitucional nº 87/2015, tendo sido 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**".

Abaixo, transcrevo a Ementa do referido julgado:

“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 dispondendo 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. 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. (STF, RE 128.701-9, redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli, julgamento em 24/02/21, publicado em 25/05/21)”**

Ademais, a Corte Suprema, ao julgar o *leading case* supramencionado, realizou a modulação dos efeitos da decisão, de maneira que esta produza efeitos



apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que editasse lei complementar sobre a questão. Contudo, o STF ressaltou da modulação de efeitos as ações judiciais que já estivessem em curso.

Neste caso, a Suprema Corte determinou que para **os processos em curso, quando proferida a decisão, os efeitos são imediatos, inclusive retroativos.**

No caso dos autos, a agravada ajuizou a Ação Declaratória, que originou o presente recurso, no dia 29/07/2019. Por conseguinte, para a recorrida à decisão do Pretório Excelso teria efeitos imediatos e retroativos, nos termos dos artigos 927, inciso III[1], 928, inciso II[2], e 1.035, §11º[3], do NCPC.

Esse entendimento já foi esposado anteriormente por esse egrégio Tribunal, conforme demonstram os julgados abaixo transcritos:

**“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS/DIFAL. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. RECONHECIMENTO EM REPERCUSSÃO GERAL COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. DECISÃO UNÂNIME. (7571353, 7571353, Rel. ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Público, Julgado em 2021-12-06, Publicado em 2021-12-16)**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ICMS DECORRENTE DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE Nº 1287019 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5469. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PARA O EXERCÍCIO SEGUINTE (2022) E PARA AS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ A DATA DO JULGAMENTO OCORRIDO EM 24.02.2021. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE NÃO ABRANGIDA PELA MODULAÇÃO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DO DIFAL. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. À UNANIMIDADE. 1. (...) 2. **A modulação realizada pelo STF no julgamento da ADI nº 5469 definiu que a inconstitucionalidade do DIFAL, em decorrência da inexistência de Lei Complementar que discipline a matéria, deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021.** 3. **A ação originária foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, após o julgamento realizado pelo Supremo em 24.02.2021, não estando, portanto, abrangida pela exceção da**



**modulação dos efeitos da decisão. 4. Não se afigura razoável o argumento de que deve ser considerada a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021), como marco temporal para considerar as ações ajuizadas antes do julgado, uma vez que a decisão ressalva expressamente as ações judiciais em curso. Além disto, a pretensão da Recorrente contraria a própria finalidade da modulação dos efeitos da decisão, que é estabelecer segurança jurídica às relações existentes na ocasião do julgamento. 5. Recurso conhecido e não provido à unanimidade. (7338975, 7338975, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Público, Julgado em 2021-11-22, Publicado em 2021-12-01)”**

Todavia, no dia 04/01/2022, foi publicada a Lei Complementar nº 190/2022, a qual regulamenta a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas à consumidor final não contribuinte do imposto.

Deste modo, a Lei Complementar nº 190/2022, por dispor normas gerais sobre o Diferencial de Alíquota do ICMS, torna possível sua cobrança, nos termos do Tema nº 1.093, do C. STF.

Sendo importante observar que a Lei Complementar nº 190/2022 apenas veiculou normas gerais para regulamentação da EC nº 87/2015. Assim, não há que se falar em observância à anterioridade anual, isso porque a Constituição Federal estabelece que o princípio da anterioridade deverá ser observado quando houver a criação ou majoração de tributo, o que não é o caso.

Na mesma linha a orientação recente do STF sobre o tema:

**“(…)O Princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, “b”, da CF, protege o contribuinte contra intromissões e avanços do Fisco sobre o patrimônio privado, o que não ocorre no caso em debate, pois trata-se de um tributo já existente (diferencial de alíquota de ICMS), sobre fato gerador antes já tributado (operações interestaduais destinadas a consumidor não contribuinte), por alíquota (final) inalterada, a ser pago pelo mesmo contribuinte, sem aumento do produto final arrecadado.**

**(ADI 7070/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgamento: 17/05/2022, Publicação: 19/05/2022).”**

Desta forma, ressalvado os efeitos imediatos e retroativos da decisão do Pretório Excelso na ADI nº 5.469/DF, deve ser considerada válida a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela empresa agravada a partir do ano de 2022, por força da



vigência da Lei Complementar nº 190/2022.

Por fim, esclareço que a retenção de mercadorias por tempo superior ao necessário para o cumprimento de atos indispensáveis à determinação da infração cometida ou averiguação de possíveis irregularidades, configura-se em coação ao contribuinte, sendo inclusive repelida pela Súmula 323 do STF:

**Súmula 323 do STF: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.**

É certo que o ente público possui via própria para cobrança de tributo negligenciado, em procedimento que oportunize ao infrator o direito de defesa; não podendo apreender mercadorias do contribuinte em débito e condicionar a liberação ao pagamento do tributo não recolhido.

Neste ponto entendo que a decisão agravada está assentada com o entendimento pacífico da jurisprudência pátria.

### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **conheço do Agravo de Instrumento e dou-lhe parcial provimento**, para permitir a exigibilidade da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela recorrida a partir do ano de 2022, mantendo a decisão agravada nos demais termos.

É como voto.

Belém, 05 de dezembro de 2022.

**Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha**

**Relatora**

---

[1] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas



repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

[2] Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: (...) II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

[3] Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) §11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.



**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. TEMA 1093 DO STF. ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO TRIBUTO A PARTIR DE 2022. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 323, DO STF. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Prejudicialidade do Agravo Interno, diante da prolação do presente voto;
2. *In casu*, nos autos da Ação Declaratória ajuizada pela ora agravada, o Juízo a quo deferiu o pedido de tutela de urgência formulado, no qual a recorrente pugnava pela suspensão da exigibilidade da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias e a imediata liberação de mercadorias apreendidas;
3. **O colendo Supremo Tribunal Federal, no dia 24 de fevereiro de 2021, concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, *leading case* no Tema 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5469/DF, no sentido de que é inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a Emenda Constitucional nº 87/2015, sendo sido 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";**
4. **Ademais, o Pretório Excelso, ao julgar o referido *leading case*, realizou a modulação dos efeitos da decisão de maneira que esta produza efeitos a partir do ano de 2022. Contudo, a Suprema Corte ressalvou da modulação de efeitos as ações que já estivessem em curso;**
5. **No caso dos autos, a requerente, ora agravada ajuizou a Ação perante o Juízo Monocrático no dia 29/07/2019. Por conseguinte, para a recorrida a decisão do Pretório Excelso tem efeitos imediatos e retroativos;**
6. **Todavia, no dia 04/01/2022, foi publicada a Lei Complementar nº 190/2022, a qual regulamenta a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas à consumidor final não contribuinte do imposto;**
7. **Deste modo, a Lei Complementar nº 190/2022, por dispor tão somente de normas gerais sobre o Diferencial de Alíquota do ICMS, torna possível sua cobrança, nos termos do Tema nº 1.093, do C. STF. Nesse viés, não há que se falar em observância à anterioridade anual. **Precedente do STF;****
8. **Assim, ressalvado os efeitos imediatos e retroativos da decisão do Pretório Excelso na ADI nº 5.469/DF, deve ser considerada valida a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS**



nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela empresa agravada a partir do ano de 2022, por força da vigência da Lei Complementar nº 190/2022;

**9.** Noutra ponta, a apreensão de mercadoria com fim coercitivo de pagamento de tributo não é admitida. Inteligência da Súmula 323 do STF e precedentes dos Tribunais Superiores;

**10. Recurso parcialmente provido para reconhecer a exigibilidade da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais de compra de mercadorias pela recorrida a partir do ano de 2022, mantendo a decisão agravada nos demais termos.**

Vistos, etc.,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos cinco dias do mês de dezembro do ano de dois mil e vinte e dois.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Ezilda Pastana Mutran.

Belém, 05 de dezembro de 2022.

**Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha  
Relatora**

