



Número: **0804772-74.2021.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargador LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

Última distribuição : **27/05/2021**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0813173-32.2021.8.14.0301**

Assuntos: **Exclusão - ICMS, Tutela Provisória**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

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

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
PRINCIPIA ES COMERCIO DE COSMETICOS EIRELI (AGRAVANTE)		ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO (ADVOGADO)	
PRINCIPIA COMERCIO DE COSMETICOS LTDA (AGRAVANTE)		ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO (ADVOGADO)	
ESTADO DO PARA (AGRAVADO)			
Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
5770137	27/07/2021 16:34	<a href="#">Decisão</a>	Decisão

**PROCESSO Nº 0804772-74.2021.8.14.0000**

**ÓRGÃO JULGADOR: 2.ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO**

**RECURSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**COMARCA: BELÉM (3.ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL)**

**AGRAVANTE: PRINCIPIA ES COMERCIO DE COSMETICOS EIRELI PRINCIPIA COMERCIO DE COSMETICOS LTDA**

**ADVOGADOS: ACHILES AUGUSTUS CAVALLO, OAB/SP 95.953 E OUTROS**

**AGRAVADO: ESTADO DO PARÁ**

**PROCURADOR DO ESTADO: GUSTAVO VAZ SALGADO**

**PROCURADOR DE JUSTIÇA: MARIO NONATO FALANGOLA**

**RELATOR: DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITOS REFERENTES A DIFAL/ICMS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA. RECENTE ORIENTAÇÃO DO STF FIRMADO NA ADI Nº 5469 E RE Nº 1287019 COM REPERCUSSÃO GERAL. 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 A RESPEITO DA MATÉRIA. APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DOS JULGADOS DO STF NA ESPÉCIE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

1. O STF assentou entendimento de invalidade da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora.
2. Os efeitos dos julgamentos foram modulados para que tenham vigência a partir do ano de 2022, havendo ressalva expressa de aplicação aos processos em curso, não sendo, portanto, a hipótese do caso concreto, haja vista que ação originária somente foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, em data posterior ao julgamento do STF, que se deu em 24.02.2021.
3. Recurso conhecido e improvido.

## **DECISÃO MONOCRÁTICA**

Tratam os presentes autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL**, interposto por **PRINCIPIA ES COMERCIO DE COSMETICOS EIRELI E PRINCIPIA COMERCIO DE COSMETICOS LTDA**, contra decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo da 3.ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos do Ação Declaratória (Processo nº 0813173-32.2021.8.14.030), ajuizado pela agravante em face do



## ESTADO DO PARÁ.

Constam nos autos que a empresa agravante propôs na origem ação em face do ente estatal, pleiteando, em sede de tutela de urgência, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário de DIFAL, até o trânsito em julgamento da decisão final do processo, afastando qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos em razão do não recolhimento do DIFAL.

A agravante se insurge contra decisão interlocutória que indeferiu o pedido liminar formulado, tendo em vista a ausência dos requisitos necessários ao seu deferimento.

Assevera que todos os argumentos levantados pela diretiva agravada para indeferir o pedido liminar não prosperam, diante da decisão proferida pelo STF sob o rito da Repercussão Geral RE 1.287.019/DF (tema 1.093) que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS DIFAL ante a ausência de Lei Complementar que a regulamente.

Alude que, trazendo a decisão supra ao presente caso, ainda que haja previsão nas legislações federais e estaduais acerca da cobrança do ICMS/DIFAL conforme o Convênio Confaz nº 93/2015, a eficácia destas somente poderá ser admitida após a vigência de Lei Complementar específica para esse fim, nos exatos termos do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da CF/88.

Ressalta que, em que pese a inconstitucionalidade do DIFAL instituído pelos Estados sem a edição de Lei Complementar específica ter sido “*declarada 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)*”, conforme decisão final proferida pela Suprema Corte, a própria decisão estabeleceu que “*ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso*”.

Destaca, por sua vez, que como a decisão agravada foi fundamentada em contrariedade ao que ficou decidido na ADI 5.469 e no RE 1.287.019/DF, plenamente aplicável ao caso dos autos, necessária sua reforma para que seja deferida a suspensão da exigibilidade dos valores referentes ao ICMS DIFAL exigidos pelo Estado do Pará e, conseqüentemente, a garantia à Agravante da emissão de certidão de regularidade fiscal.

Suscita a presença dos requisitos genéricos das medidas de urgência e a conseqüente imprescindibilidade da antecipação de tutela presente no recurso.

Ante esses argumentos, requer a concessão da tutela recursal a fim de que seja liminarmente determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente ao ICMS DIFAL exigido pelo Estado do Pará, garantindo à Agravante a emissão da certidão de regularidade fiscal (Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa – CPD/EN).

Ao final, almeja o provimento do presente recurso a fim de que seja reformada a r.



decisão proferida pelo juízo “a quo”, para que seja confirmada a tutela antecipada de urgência.

Recebidos os autos, deferi a antecipação da tutela recursal.

O Estado do Pará, por sua vez, opôs embargos de declaração apontando suposta contradição e omissão na decisão monocrática e, por isso, requereu a revogação da tutela recursal e, na mesma oportunidade, apresentou suas contrarrazões ao Agravo de Instrumento, onde requereu o desprovimento do recurso interposto.

Devidamente intimados, os Agravantes apresentaram manifestação aos embargos de declaração onde, ao final, requereram que seja negado seu provimento.

O Ministério Público de 2º grau manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o sucinto relatório.

#### **Decido.**

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, consigno que a o agravado opôs Embargos de Declaração em face da decisão que deferiu o efeito suspensivo ao presente recurso.

Desse modo, considerando que o feito se encontra pronto para julgamento, bem como o ponto apontado como omissão irei analisar por ocasião do julgamento do mérito do recurso, passo à análise do agravo de instrumento.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O cerne da questão gira em torno se foi correta, ou não, a decisão do Juízo a quo em indeferir a antecipação de tutela requerida pela parte autora, no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V do Código Tributário Nacional, relativamente aos valores do DIFAL, até o trânsito em julgado do processo.

Analisando os autos, verifico que não assiste razão ao agravante.

Isso porque, em 24 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº1.287.019, *leading case* no Tema 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5469, 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*".

A propósito, reproduzo ementa que encimou o citado acórdão:



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. **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) *grifo nosso*



Como se vê, a Corte Suprema invalidou a cobrança em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada ao consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, por ausência de Lei Complementar disciplinadora.

No que tange a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ficou consignado que seus efeitos serão produzidos a partir do ano de 2022, com ressalva das ações judiciais em curso, em relação aos quais, a decisão tem efeitos imediatos, inclusive retroativos à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº5.464/DF, ou seja, 12/2/2016.

Conforme se extrai dos autos de origem, a ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária com pedido de tutela provisória foi ajuizada em 25/02/2021, ou seja, posteriormente ao julgamento do STF, que se deu em 24/02/2021.

Nessa tessitura, não há probabilidade do direito alegado, haja vista que os fundamentos do recurso colidem com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral, que, quando da modulação dos efeitos do seu julgado, permitiu a incidência das leis dos Estados e do Distrito Federal que tratam do tema, porquanto estipulou que a decisão somente produziria efeitos a partir do exercício financeiro – 2022.

Isso significa que as cláusulas continuam valendo até dezembro de 2021, exceto a cláusula 9ª, que já estava suspensa por decisão liminar desde fevereiro de 2016. Assim, a Suprema Corte privilegiou a segurança jurídica.

Nesse sentido vem decidindo este Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ALUSIVO AO ICMS INTRODUIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015. NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR VEICULANDO NORMAS GERAIS A RESPEITO DA MATÉRIA. ENTENDIMENTO RECENTE DO STF FIRMADO NA ADI Nº 5469 E RE Nº 1287019 COM REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DOS JULGADOS DO STF NA ESPÉCIE. RECURSO DESPROVIDO EM RAZÃO DE ESTAR EM CONFRONTO COM O DECIDIDO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. (0802328-68.2021.8.14.0000, Rel. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 12/04/2021, Publicado em 13/04/2021)

Assim, a negativa de provimento é medida que se impõe.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, IV, b, CPC e art. 133 XI, b, do Regimento Interno do TJE/PA, conheço o recurso e nego provimento para manter a decisão agravada, e revogar a tutela antecipada outrora concedida.



Publique-se. Intime-se.

Servirá a presente decisão, por cópia digitalizada, como MANDADO DE CITAÇÃO/INTIMAÇÃO/NOTIFICAÇÃO.

Belém, 27 de Julho de 2021.

**DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

RELATOR

