



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000004600

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002687-61.2022.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MD MÓVEIS LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do(a) 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

AFONSO FARO JR.
Relator
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1002687-61.2022.8.26.0001

Apelante: MD Móveis Ltda.

Apelado: Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo — 10ª Vara de Fazenda Pública

Juiz(a) de Direito: Maricy Maraldi

Voto nº 16.152

TRIBUTÁRIO – ICMS - DIFAL – Comércio interestadual de mercadorias – Anterioridade tributária – Art. 150, III, “b” e “c”, da CF – Pretensão de inexigibilidade da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) no exercício de 2022 – Impossibilidade – Recurso extraordinário nº 1.287.019 (Tema nº 1.093 do STF), com efeito vinculante – Modulação dos efeitos da decisão para possibilitar sua eficácia a partir do ano de 2022 – Necessidade de edição de lei complementar estabelecendo normas gerais para a tributação do DIFAL – Anterior edição da Lei Estadual nº 17.470/21, que efetivamente institui a cobrança do tributo no âmbito do Estado de São Paulo – Lei Complementar Federal nº 190/22 que, por seu turno, estabelece normas gerais sobre o DIFAL – Prazos que devem ser contados a partir da publicação da Lei Paulista – Possibilidade de exigência do DIFAL a partir de 01/04/22, nos termos do art. 4º, da Lei Estadual nº 17.470/21 e item 6, do Comunicado CAT nº 02/22 – Ausência de inconstitucionalidade – Observância ao princípio da anterioridade tributária anual e nonagesimal – Precedentes – Sentença modificada.

TRIBUTÁRIO – ICMS - DIFAL - REPETIÇÃO DO INDÉBITO – Possibilidade - Valores que devem ser apurados em regular liquidação.

CONFERE-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos.

Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada por MD MÓVEIS LTDA. em face do ESTADO DE SÃO PAULO, visando o afastamento da exigência do recolhimento do ICMS-DIFAL nas operações interestaduais envolvendo mercadoria destinada a

consumidor final, relativo ao ano-calendário de 2022, na medida em que se deve respeitar o princípio constitucional da anterioridade anual e nonagesimal, conforme estabelecido pela Suprema Corte no julgamento do Tema nº 1.093. Requer seja declarado seu direito ao não recolhimento do imposto até 06.04.22, bem como sejam restituídos os valores indevidamente recolhidos, com as atualizações. Subsidiariamente, requer seja assegurado o direito a suspensão da exigibilidade do crédito tributário através de depósito judicial do montante integral nos termos do art. 151, II, do CTN.

Distribuídos, inicialmente, os autos perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, declarou o juízo sua incompetência para processar e julgar a demanda, determinando a livre distribuição perante uma das Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 21).

O pedido de tutela de urgência foi indeferido pelo juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública, que autorizou o depósito do montante integral devido, como garantia do juízo, e declarou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (fls. 41/44).

A r. sentença de fls. 108/114, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido de afastamento da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS-DIFAL, condenando a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais.

Inconformada, apela a autora às fls. 130/141. Alega, em síntese, que no julgamento do recurso extraordinário nº 1.287.019 o STF consolidou o entendimento de ser indevida a cobrança do DIFAL quando inexistente lei complementar. Aduz que não se pode alegar que a nova Lei Complementar nº 190/22 apenas regulamentou o tema, pois na verdade, houve a criação, respeitados os ditames constitucionais, da cobrança do diferencial de alíquota, sendo que antes da publicação da referida Lei Complementar, a cobrança tinha como base uma norma inconstitucional, conforme consignado no recurso extraordinário nº 1.287.019. Entende que deve ser aplicado o princípio da anterioridade nonagesimal ao caso, observando que o marco inicial para a contagem da eficácia da referida lei é justamente a data da publicação da Lei

Complementar, e não a data de sua própria publicação. Alega que o marco inicial para contagem do prazo de inexigibilidade do DIFAL é 05.01.22, data de publicação da Lei Complementar nº 190/22 e data em que a Lei Estadual passou a produzir efeitos, observando que o Convênio ICMS nº 236/21, publicado em 06/01/22, a regulamentou. Pleiteia que não seja compelida ao recolhimento do ICMS-DIFAL até 06/04/22, em atenção ao princípio da anterioridade nonagesimal, previsto no art. 150, III, alínea “c”, da Constituição Federal e, consequentemente, seja também declarado o direito de reaver os valores depositados e de apurar eventuais valores indevidamente recolhidos e passíveis de compensação, em via administrativa, ou restituição na via judicial.

Contrarrazões às fls. 149/186, pelo desprovimento do recurso.

É o relato do necessário.

Cinge-se a questão controvertida acerca do termo inicial dos prazos de anterioridade tributária em relação à exigência do diferencial de alíquota do ICMS (DIFAL).

Pois bem.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal uniformizou a jurisprudência nacional em torno dessa matéria em 24/02/21, no julgamento do recurso extraordinário nº 1.287.019/DF - Tema nº 1.093, de repercussão geral, fixando 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.”

Referido acórdão, publicado em 25/05/21, está assim ementado:

“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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 93/15, 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 24/05/21, Public 25/05/21).

Cumpre considerar que a tese jurídica fixada neste RE tem efeito vinculante, ou seja, caráter obrigatório para jurisdição em toda base territorial nacional, tanto em primeiro como em segundo graus de jurisdição, em respeito à segurança jurídica e à isonomia dos julgados.

No v. acórdão foi determinada a modulação dos efeitos para que a eficácia da r. decisão se desse a partir do início do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, em relação às leis Estaduais acerca da exigência do tributo, ou seja, a partir de 2022.

Sobreveio a Lei Complementar Federal nº 190/22, promulgada em 04/01/22, que alterou a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), regulamentando a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto. Essa lei estabeleceu normas gerais sobre o DIFAL do ICMS e permitiu sua exação de acordo com o Tema nº 1.093/STF.

Anteriormente, em 14/12/21, no âmbito do Estado de São Paulo, foi publicada a Lei nº 17.470/21, que alterou a Lei nº 6.374/89, dispondo acerca da cobrança em comento, sendo certo que esta lei estadual ficou postergada à publicação da referida lei complementar.

Como é cediço, o princípio da anterioridade previsto no

art. 150, III, alíneas “b” e “c”, da CF, em regra, veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro ou antes de 90 dias da publicação da lei que os instituiu ou majorou:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Nesse contexto, verifica-se que a Lei Complementar Federal nº 190/22, em relação à sua entrada em vigor, assim estabelece:

“Art. 3º Esta Lei Complementar entra 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.”

Outrossim, conforme disposto no art. 4º da Lei Estadual nº 17.470/21:

“**Artigo 4º** - Esta lei entra em vigor em 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação, observado o disposto no art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.”

E, de acordo com o item 6 do Comunicado CAT nº 02/22:

“6 - considerando o acima disposto, a diferença entre as alíquotas interna do Estado de São Paulo e interestadual - DIFAL, nas operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado neste Estado, será exigida a

partir de 1º de abril de 2022.”

Na hipótese, o DIFAL do ICMS foi instituído efetivamente pela Lei Estadual nº 17.470/21, sendo observado o princípio da anterioridade anual, com pretensão de cobrança no exercício financeiro seguinte, ou seja, no curso do ano de 2022.

Com efeito, coube à Lei Complementar nº 190/22 apenas a veiculação de normas gerais, nos termos do Tema nº 1.093/STF, sem o condão de instituir o tributo, mas sim condicionar a eficácia da lei que institui o tributo.

Porque pertinente, vale transcrever trecho da decisão do Ministro Alexandre de Moraes que, em 17/05/22, indeferiu pedido liminar na ADI nº 7.066, que questiona tal lei complementar:

“O princípio da anterioridade de exercício posto no art. 150, III, “b”, da CF, é, notadamente, um instrumento constitucional de limitação do poder de tributar, pelo qual, em regra, nenhum tributo, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a Lei que o instituiu ou aumentou, tendo por finalidade evitar a surpresa do contribuinte em relação a uma nova cobrança ou um valor maior, não previsto em seu orçamento doméstico.

A LC 190/2022 não modificou a hipótese de incidência, tampouco da base de cálculo, mas apenas a destinação do produto da arrecadação, por meio de técnica fiscal que atribuiu a capacidade tributária ativa a outro ente político o que, de fato, dependeu de regulamentação por lei complementar mas cuja eficácia pode ocorrer no mesmo exercício, pois não corresponde a instituição nem majoração de tributo.

A qualificação da incidência do DIFAL em operações interestaduais como nova relação tributária (entre o contribuinte e a Fazenda do Estado de destino) não é capaz de mitigar o fato de que a EC 87/2015 (e a LC 190/2022, consequentemente) preservou a esfera jurídica do contribuinte, fracionando o tributo antes devido integralmente ao Estado produtor (alíquota interna) em duas parcelas devidas a entes diversos. (...)

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 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.

Em momento algum houve agravamento da situação do contribuinte a exigir a incidência da garantia constitucional prevista no referido artigo 150, III, “b” da Constituição Federal, uma vez que, a nova norma jurídica não o prejudica, ou sequer o surpreende, como ocorre com a alteração na sujeição ativa do tributo promovida pela LC 190/2022 (EC 87/2015).”

Infere-se, portanto, que o DIFAL não foi instituído com a promulgação da Lei Complementar Federal nº 190/22, mas sim por meio da Lei Estadual nº 17.470/21.

Neste aspecto, cumpre observar que no julgamento do Tema nº 1.094¹, de repercussão geral, o Eg. STF proferiu decisão no sentido de que a lei estadual deve ter a eficácia suspensa até a edição da lei federal, passando a vigorar imediatamente na edição da lei complementar federal (Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe. 17.08.20).

A r. decisão consignou:

“I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal.

II - As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002.”

Verifica-se, assim, que o entendimento esposado pela Suprema Corte quanto ao Tema apontado pode ser aplicado por analogia ao caso em análise.

¹ Tema 1094 - Incidência do ICMS na importação de bens e mercadorias por pessoa física ou jurídica com base em lei estadual editada posteriormente à promulgação da EC nº 33/2001, porém antes da vigência da Lei Complementar Federal nº 114/2002.

No mais, não se pode olvidar que a União não pode instituir ou majorar ICMS, por se tratar de tributo estadual, conforme previsto no art. 155, II, da CF, cabendo ao Estado tal competência tributária.

Por conseguinte, os prazos devem ser contados a partir da publicação da Lei Paulista, não havendo se falar em violação aos princípios da anterioridade tributária anual e nonagesimal, uma vez que estes devem ser considerados em relação à norma que institui o tributo e não em relação à norma que estabelece regras gerais.

Nesse sentido, os seguintes julgados destas C. Câmara e Corte:

“ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - DIFAL INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES ESTADUAIS. CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUINTES. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR EDITANDO NORMAS GERAIS.

- No julgamento do tema 1.093, o STF reconheceu a invalidade da cobrança, com amparo no Convênio do Confaz 93/2015, de diferencial de alíquota do Icms sobre operação interestadual que tenha por objeto mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte.

- O STF modulou os efeitos de sua decisão, ressaltando apenas as ações judiciais em curso e de modo a possibilitar, até o exercício de 2022, a aprovação de lei sobre o tema para a regular cobrança do tributo.

- Invoca-se, para a solução dos autos, o entendimento adotado pelo STF, no julgamento do RE1.221.330, analisado sob o modo de recurso repetitivo, em que se admitiu a eficácia de lei complementar estadual promulgada em data anterior à lei complementar federal para a cobrança de Icms incidente na importação de bens e mercadorias por pessoa física ou jurídica.

- Adotada embora a teoria dos motivos determinantes da decisão do STF para admitir a eficácia da Lei complementar paulista 14.470 a partir da vigência da Lei complementar federal 190, parece razoável admitir-se a tese fazendária de observância, na espécie, apenas da anterioridade nonagesimal, abonando-se a eficácia da Lei complementar paulista a partir de abril de 2022.

- Precedentes cônsonos deste Tribunal de Justiça:

AC 1011545-22.2022.8.26.0053 -Des. Maria Laura Tavares,

AC 1026413-05.2022 -Des. Luis Francisco Aguilar Cortez,

AC 1016277-46.2022 -Des. Vicente de Abreu Amadei.

Não provimento do recurso.” (TJSP; Apelação Cível 1015499-76.2022.8.26.0053; Relator(a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro da Fazenda Pública / Acidente Trabalho - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/02/2023; Data de Registro: 16/02/2023)

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – DIFAL – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE – Pretensão do impetrante de não se submeter ao recolhimento do DIFAL nas operações interestaduais, realizadas no curso do ano calendário de 2022, que tenham como destinatário consumidor final não contribuinte do ICMS situado no Estado de São Paulo – Sentença que denegou a segurança – Decisório que merece subsistir – Tema 1.093/STF que fixou o entendimento de que, depois da Emenda Constitucional nº 87/2015, a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exige lei complementar - Lei Estadual no 17.470/21 que efetivamente instituiu a exação no Estado de São Paulo - Lei Complementar Federal nº 190/2022 que veicula normas gerais sobre o tributo – Instituição do tributo no exercício financeiro de 2021, com cobrança da exação a partir de 01/04/2022 – Comunicado CAT nº 02/2022 - Observância da anterioridade anual e nonagesimal – Ausência de ato ilegal - Precedentes deste E. TJSP e desta C. Câmara de Direito Público – Sentença mantida RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1020874-58.2022.8.26.0053; Relator(a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro da Fazenda Pública / Acidente Trabalho - 12ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023)

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ICMS – DIFAL - Pretensão da Impetrante ao afastamento da cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) do ICMS no exercício de 2022 – Impossibilidade – Art. 155, § 2º, VII, da CF – Tema nº 1.093/STF – Necessidade de edição de Lei Complementar veiculando normas gerais para a cobrança do DIFAL – Anterioridade tributária - Art. 150, III, “b” e “c”, da CF – Prazos que devem ser contados a partir da publicação da Lei Estadual nº 17.470/2021, que institui o DIFAL no Estado de São Paulo – ADI 7.066 – LC 190/2022 apenas alterou a destinação do produto da arrecadação do DIFAL, sem modificar a hipótese de incidência e

a base de cálculo – Possibilidade de exigência do DIFAL no exercício de 2022 – Ausência de comprovação de inobservância da anterioridade nonagesimal pela Fazenda Pública do Estado – Sentença de denegação da segurança mantida – Apelação desprovida.” (TJSP; Apelação Cível 1034200-85.2022.8.26.0053; Relator(a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro da Fazenda Pública/Acidente Trabalho - 14ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023)

“DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DIFAL ICMS. Mandado de Segurança. Pretensão de concessão da segurança para afastar a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL) no exercício de 2022. Impossibilidade - Inteligência do julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.287.019/DF (Tema nº 1.093), 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" - Advento da Lei Complementar Federal nº 190/2022 e da Lei Estadual nº 17.470/2021 - LC 190/2022 que estabelece regras gerais sobre o tributo, ao passo que a Lei Estadual 17.470/2021 efetivamente instituiu o tributo, publicada no exercício de 2021, respeitada, portanto, a anterioridade anual com relação ao exercício de 2022. Sentença de concessão da segurança reformada. RECURSOS VOLUNTÁRIO E OFICIAL PROVIDOS.” (TJSP; Apelação Cível 1003798-21.2022.8.26.0053; Relator(a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro da Fazenda Pública/Acidente Trabalho - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023).

No que concerne ao pleito de ressarcimento dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS-DIFAL, de rigor a condenação do requerido à repetição do indébito, determinando-se que sejam apurados os valores em sede de liquidação do julgado. Devem os valores serem atualizados desde a data do pagamento indevido (Súmula nº 162/STJ²) com base no IPCA-E, como determinado pelos Temas nº 810/STF e 905/STJ, observando-se a aplicação da taxa SELIC, índice que engloba os juros e correção, nos termos da EC nº 113/21, a partir do trânsito em julgado (art. 167, parágrafo único, do

² Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido

CTN³, e Súmula nº 188 do C. STJ⁴).

Anote-se, por outro lado, que inviável o pedido de compensação desses valores.

A Súmula nº 461 do STJ estabelece que *“o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”*.

No entanto, o art. 170 do CTN determina que a compensação de créditos tributários depende de autorização legislativa:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento”.

E inexistindo lei estadual paulista autorizadora, deve ser afastada a aplicação da referida súmula.

Nesse sentido:

³ Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

⁴ Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

“Agravado de instrumento. Cumprimento de sentença. Aproveitamento de indébito por meio de creditamento de escriturações fiscais de ICMS. Impossibilidade. Ausência de lei estadual que permita a compensação. Observância da súmula 461 do STJ, cujo entendimento pressupõe a existência de norma autorizativa. Precedentes deste E. Tribunal. Decisão mantida por fundamentos diversos. Recurso desprovido”. (TJSP; Agravado de Instrumento 2090128-03.2021.8.26.0000; Relator (a): FERNÃO BORBA Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/07/21; Data de Registro: 22/07/21.

“APELAÇÃO - Ação de repetição de indébito - ISS do exercício de 2016 - Empresa que, à época do recolhimento, era optante pelo regime tributário do Simples Nacional - Pagamento a maior Retificação no Simples Nacional - **Pedido para obter repetição ou compensação dos débitos - Compensação que depende de autorização legislativa em âmbito local** - Inexistência de autorização, conforme artigo 5º da Lei Municipal 16.670/2017 - Repetição de indébito - Possibilidade - Pagamento único que engloba os impostos devidos às três esferas governamentais - Necessidade de sujeição do feito a posterior fase de liquidação de sentença para depuração dos valores efetivamente recolhidos indevidamente ao fisco municipal - Juros de mora e correção monetária sobre a repetição Tema nº 810 do E. STF - Adoção dos parâmetros da EC 113/21 após sua vigência - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. (Apelação Cível 1009937-23.2021.8.26.0053; Relator (a): HENRIQUE HARRIS JÚNIOR; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/10/22; Data de Registro: 07/10/22 – g.n.)

Com tal solução, tendo a autora decaído de parte mínima do pedido, arcará o réu com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que deverão ser fixados com base nos termos do art. 85, incisos I e IV do § 2º e § 3º, do CPC, assim que apurado, na fase de execução, o valor devido, quando deverá, também, ser observada a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, confere-se parcial provimento ao apelo para o fim de reconhecer a legitimidade da exação do ICMS-DIFAL a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

partir de 01/04/22, nos termos do art. 4º, da Lei Estadual nº 17.470/21 e do item 6, do Comunicado CAT nº 02/22.

AFONSO FARO JR.
Relator
(Assinatura Eletrônica)