



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

Registro: 2025.0000296498

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1051744-86.2022.8.26.0053/50003, da Comarca de São Paulo, sendo Agravante(s) Ball Beverage Can South America S/A e Agravado(s) Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo/sp e outro

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram os embargos.** V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA (PRES. SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), CAMARGO ARANHA FILHO (PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) E BERETTA DA SILVEIRA (VICE PRESIDENTE).

São Paulo, 27 de março de 2025.

TORRES DE CARVALHO
Presidente da Seção de Direito Público
Relator.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

VOTO Nº ED-0357-CP

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº

1051744-86.2022.8.26.0053/50003 - SÃO PAULO

EMBARGANTE: BALL BEVERAGE CAN SOUTH AMERICA S.A.

EMBARGADO: ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AGRAVO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS ENSEJADORES DA VIA RECURSAL ACLARATÓRIA. Incabíveis embargos de declaração quando inexistentes as hipóteses de obscuridade, omissão ou contradição.

Rejeição dos embargos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por BALL BEVERAGE CAN SOUTH AMERICA S.A. (fls. 1/5 - 50003) contra Acórdão proferido em agravo que manteve decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, por orientação firmada pela Corte Superior nos autos do RE nº 1.426.271/CE – Tema n. 1266/STF, sob alegação de existência dos vícios apontados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

Alegou a embargante, que o acórdão embargado teria deixado de se manifestar acerca dos processos (1026689-36.2022.8.26.0053 e 1057052-40.2021.8.26.0053) devolvidos à Suprema Corte, por não se amoldarem ao *Leading Case* aplicado, tendo em vista que tratariam de DIFAL – ICMS em operações executadas por consumidores finais contribuintes da exação. Destacou a omissão no que tange à distinção entre o Tema n. 1266/STF que versaria sobre operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto e a presente hipótese dos autos a qual teria por objeto transações praticadas pela impetrante na condição de adquirente contribuinte do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

ICMS.

É o relatório.

Os embargos não merecem acolhimento, pois ausente qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada.

Isso porque a insurgência contida nos presentes embargos repete as alegações produzidas no Agravo Interno, interposto em face da decisão que sobrestou o recurso extraordinário, em razão da subsunção correta do caso concreto ao Tema 1266/STF.

Com efeito, em que pesem as alegações da embargante, conforme anteriormente consignado, o v. acórdão de fls. 330/340, ao dar provimento à apelação da impetrante, considerou que na hipótese dos autos o princípio da anterioridade deveria ser observado, tendo em vista que antes da LC n. 190/22, inexistia lei complementar regulamentando a cobrança do DIFAL, de modo que a sua edição implicou instituição e majoração do imposto nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, bem como em relação ao adquirente de mercadorias para o uso e consumo do estabelecimento comercial e seu ativo fixo.

Ressaltou a Turma julgadora, que apesar de a Lei Estadual n. 17.470/21 ter previsto a cobrança do DIFAL na entrada de mercadoria oriundo de outro Estado, adquirida por contribuinte do imposto, e destinada ao seu uso, consumo ou à integração ao seu ativo imobilizado, somente produziria efeitos após a lei complementar federal ser plenamente eficaz, a partir de 2023, razão pela qual o julgado colegiado se afina com o Tema 1266/STF com repercussão geral de grandeza constitucional reconhecida.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão da Turma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

Julgadora, transcrito às fls. 11/13 - 50002 da decisão recorrida:

Desse modo, na linha do que ficou decidido em sede de repercussão geral, embora o DIFAL-ICMS tenha sido introduzido por Emenda Constitucional, o imposto não poderia ser exigido por intermédio do Convênio, sem a Lei Complementar disciplinando normas gerais, independentemente se consumidor final contribuinte ou não do imposto.

Por outro lado, a Lei Complementar nº 190/2022, que introduziu alterações na Lei nº 87/1996 (Lei Kandir), em seus artigos 12, XV, e 13, IX, “b”, e passou a regulamentar a cobrança do DIFAL-ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, bem como em relação ao adquirente de mercadorias para o uso e consumo do estabelecimento comercial e seu ativo fixo.

Disso se extrai que a redação anterior da Lei nº 87/1996 não autorizava especificamente a incidência do imposto para a hipótese dos autos.

Sendo assim, a Lei Complementar nº. 190/2022, ao estabelecer os elementos básicos necessários à cobrança do DIFAL, na realidade, instituiu o tributo, assim como operou sua majoração nas operações com destinatários contribuintes do ICMS, ao determinar a utilização da alíquota interna para estabelecer a base de cálculo no Estado de destino, a tornar imperativa, portanto, a observância do princípio da anterioridade anual, previsto no art. 150, III, “b”, da CF.

E como é cediço, no âmbito do Estado de São Paulo, foi publicada a Lei Estadual nº 17.470/2021, em 14/12/2021, a fim de autorizar a cobrança do DIFALICMS na entrada de mercadoria oriundo de outro Estado, adquirido por contribuinte do imposto, e destinados ao seu uso, consumo ou à integração ao seu ativo imobilizado.

Mas, na linha do que ficou decidido pelo Col. STF, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

exigência do Diferencial de Alíquotas demandaria Lei Complementar disciplinadora, a qual foi efetivamente publicada apenas em 05/01/2022.

Portanto, deve ser respeitado o princípio da anterioridade anual, não podendo haver cobrança de valores a título de ICMS DIFAL relativo a operações realizadas antes de 01/01/2023. (fls. 335/337)

Portanto, o acórdão embargado consistiu na manutenção do exame da compatibilidade entre o tema de repercussão geral e a hipótese jurídica apresentada e, embora as razões de decidir não se afeiçoem ao que a embargante supõe adequado, estão em harmonia com a descrição do tema fixado pela Corte Suprema.

Dessa forma, até o julgamento do paradigma não há possibilidade de previsão da abrangência da decisão, sendo recomendável que haja a suspensão de todo o processo até o pronunciamento definitivo sobre a controvérsia, pois o recurso que possui questão com repercussão geral pode levar a novo pronunciamento do Tribunal de origem (art. 1.040, inciso II, do CPC), inclusive com possibilidade de alteração do acórdão, sem o qual não haveria o esgotamento de instância e a abertura da via extraordinária, condição indispensável para o regular processamento do recurso.

Isto posto, a análise da existência de prequestionamento bem como dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, notadamente a manifestação acerca dos processos (1026689-36.2022.8.26.0053 e 1057052-40.2021.8.26.0053), será feita oportunamente, após a fixação da tese relativa ao Tema 1266/STF.

Feitas as considerações, observa-se que os presentes embargos buscam conferir efeitos infringentes, para o fim de viabilizar um indevido reexame da causa, hipótese essa inadmissível.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Público
Câmara Especial de Presidentes

Destaco, por oportuno, o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Processual civil. Omissão. Inexistência. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Rejeição. 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum, não há como prosperar, porquanto inócuentes as hipóteses de omissão, contradição ou obscuridade, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, DJe de 8.9.2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJe de 9.9.2011. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. 5. Embargos de declaração REJEITADOS. (RE 662.059 AgR-ED/RS - Rel. Min. LUIZ FUX, J. 29.05.2012).

No mesmo sentido:

AI 798.142 AgR-ED/SP - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – J. 19.11.2013.

Posto isso, **rejeitam-se** os embargos de declaração.

TORRES DE CARVALHO
Relator
Presidente da Seção de Direito Público
(Assinatura eletrônica)