

Recursos Especial e Extraordinário Cíveis nº 0156166-57.2020.8.19.0001

Recorrente: SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA e OUTRO

Recorrido: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recursos especial e extraordinário, tempestivos, fls.640-651 fls.625-634, respectivamente, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a” e artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, interpostos em face dos acórdãos da Sexta Câmara de Direito Público, fls. 575-586 e fls.616-620, assim ementados:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE IMPEDIR A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DIFAL-ICMS E FECF. ALEGAÇÃO DE QUE, EM QUE PESE A PUBLICAÇÃO DA EC Nº 87/2015 DO CONVÊNIO ICMS Nº 93/2015 PARA INSTITUIR E ESTABELECEER AS REGRAS GERAIS PARA OS ESTADOS DE DESTINO EXIGIREM O DIFAL, E DE LEI ESTADUAL REGULANDO A MATÉRIA, NÃO HOUE PUBLICAÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR EM ÂMBITO NACIONAL PARA INSTITUIR E REGULAMENTAR O DIFAL, CONFORME EXIGE A ALÍNEA “A” DO INCISO III DO ARTIGO 146 DA CONSTITUIÇÃO. IMPETRANTE QUE ALEGA QUE,

POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 1.287.019/DF, SUBMETIDO À REPERCUSSÃO GERAL, EM 24/02/2021, O PLENÁRIO DO STF FIRMOU ENTENDIMENTO DE QUE A COBRANÇA DO DIFAL, CONFORME INTRODUIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015, PRESSUPÕE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR VEICULANDO NORMAS GERAIS TENDO, TODAVIA, MODULADO OS EFEITOS DESTES JULGADO PARA 1º DE JANEIRO DE 2022, RESSALVADAS AS AÇÕES AJUIZADAS ANTES DA CONCLUSÃO DO JULGAMENTO. ALEGAÇÃO DE QUE SOMENTE EM 05/01/2022 FOI PUBLICADA A LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022, ENTENDENDO, DESTA FORMA, QUE O DIFAL SOMENTE PODERIA SER EXIGIDO A PARTIR DE 01/01/2023, EM PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA ANUALIDADE, OU A PARTIR DE 04/04/2022, PELO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL, REQUERENDO A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, OU PARA QUE NÃO RESTEM SUJEITOS ÀS EXIGÊNCIAS DO ICMS-DIFAL NO CURSO DO ANO CALENDÁRIO DE 2022 OU ANTES DE 04/04/2022. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA, RECONHECENDO O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. RECURSO DO ENTE ESTADUAL SUSTENTANDO A INCIDÊNCIA DO REFERIDO TRIBUTO, EM DECORRÊNCIA DA PREVISÃO NA LEI

COMPLEMENTAR ESTADUAL. STF QUE JÁ RECONHECEU, NO JULGAMENTO DA ADI 7066, QUE A LC 190/2022 NÃO MODIFICOU A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA, TAMPOUCO DA BASE DE CÁLCULO, SENDO CERTO QUE SUA EFICÁCIA PODE OCORRER NO MESMO EXERCÍCIO EM QUE EDITADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DAS IMPETRANTES. MODIFICAÇÃO DO JULGADO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E DENEGAR A SEGURANÇA. CUSTAS PELAS APELADAS.”

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO ORA EMBARGADO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO JULGADO. ARESTO RECORRIDO QUE EXAMINOU DE FORMA APROPRIADA E DEVIDAMENTE MOTIVADA A MATÉRIA POSTA NOS AUTOS, TENDO FIRMADO ENTENDIMENTO DE QUE O EMBARGANTE NÃO POSSUI DIREITO DE NÃO SE SUBMETER ÀS EXIGÊNCIAS DO ICMS-DIFAL NO CURSO DO ANO CALENDÁRIO DE 2022 OU ANTES DE 04/04/2022, RECONHECENDO AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO RECORRENTE A TAL ISENÇÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO JÁ APRECIADA E DECIDIDA

*PELO COLEGIADO DESTA EGRÉGIA CÂMARA.
DESCONHECIMENTO DE QUALQUER VÍCIO DE
OMISSÃO, ERRO MATERIAL OU CONTRADIÇÃO,
APTOS A ENSEJAR A APLICAÇÃO DE
EXCEPCIONAL EFEITO MODIFICATIVO.
RECURSO CONHECIDO. NEGADO
PROVIMENTO."*

No recurso especial, o recorrente alega violação aos artigos 927, I e III, 1.040, II, 141 e 492, todos do Código de Processo Civil, bem como ao artigo 28 parágrafo único da Lei nº 9.868/1999, aduzindo, ainda, a aplicabilidade do **Tema 1.093 do STF**.

Já no recurso extraordinário, alega violação aos artigos 102, III, 146, I, III, "a" e 155, XII, § 2º, alíneas "a", "c", "d", e "i", da CRFB, além do **Tema 1.093 do STF**. Sustenta a impossibilidade da exigência da DIFAL (ICMS) no exercício de 2022.

Decisão desta Terceira Vice-Presidência, a fls. 722-733, inadmitindo o recurso especial e extraordinário interpostos.

Decisão do STJ, fls.797-798, não conhecendo do agravo em recurso especial.

Decisão do STF, fls. 820-821, determinando o retorno do feito para adoção dos procedimentos previstos nos incisos I a III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil (alínea c do inciso V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

É o brevíssimo relatório.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, distribuído após a vigência da Lei Complementar nº 190/2022, na qual se pretende afastar a exigibilidade e cobrança do DIFAL, decorrente de remessa de mercadorias a não contribuintes do imposto, situados no Estado do Rio de Janeiro.

A segurança foi concedida pelo Juízo de primeiro grau, sendo reconhecido na sentença o direito líquido e certo da Impetrante de não ser compelida ao pagamento do valor correspondente ao ICMS obtido pela aplicação do diferencial entre a alíquota interestadual do Estado de Origem e a alíquota interna de ICMS do Estado do Rio de Janeiro, relativamente a operações interestaduais com mercadorias vendidas a consumidores finais não-contribuintes do ICMS localizados neste Estado.

O apelo foi provido, reformando o Colegiado a sentença prolatada, denegando-se a segurança pelos seguintes fundamentos:

“...o Supremo Tribunal Federal reconheceu, quando do julgamento do RE 1.287.019/DF, a constitucionalidade com relação à cobrança da DIFAL referente ao ano de 2021 e anteriores, sendo tal entendimento de observância obrigatória, o que afasta, por completo, a pretensão das recorridas. Anote-se, ainda, que o entendimento supra exposto se encontra em consonância com a jurisprudência desta Egrégia Corte Estadual, por meio de seus Órgãos Fracionários, conforme se verifica no seguinte julgado(...)

Em razão da edição da legislação complementar, que tornaria exigível o tributo questionado, o Supremo Tribunal Federal, decidiu quanto ao Tema 1094, que os efeitos da

decisão estariam postergados para o exercício financeiro seguinte ao julgamento, ou seja, em 1º de janeiro de 2022, com ressalvas das ações judiciais em curso, não havendo de se falar em necessidade de observância dos princípios da anterioridade nonagesimal ou anual.

Observa-se que a presente demanda fora distribuída após a vigência da Lei Complementar nº 190/2022, bem como do prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 1093, que postergou os efeitos da decisão para o exercício financeiro seguinte, o que implica no reconhecimento da ausência de direito líquido e certo para propositura do presente Mandado de Segurança. Desta forma, tenho que a sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito deve ser mantida, diante da ausência de comprovação de direito líquido e certo do recorrente.

Cumpre consignar, ainda, que as impetrantes, ora apeladas, entendem pela necessidade de observância ao princípio da anualidade, ou pelo menos ao princípio da anterioridade nonagesimal, pelo que alega indevida a cobrança referente a operações anteriores a 04/04/2022. Tenho que a tese reclama enfrentamento, deixando consignado desde já, todavia, que a pretensão não merece acolhida. Isso porque, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, houve a edição de regulamentação específica sobre o DIFAL/ICMS através da Lei nº 7.071/2015, que promoveu modificação da lei geral do ICMS/RJ nº 2.657/1996, sendo certo que seus efeitos

restaram suspensos tendo em vista a determinação do STF, nesse sentido, na ADI 5469.

Deve ser observado, contudo, que com a entrada em vigor da LC nº 190/2022, publicada em 05/01/2022, a Lei nº 7.071/2015 passou a produzir seus efeitos, não se vislumbrando, desta forma, a pretendida obrigatoriedade de observância aos princípios da anualidade e da anterioridade nonagesimal, uma vez que estes somente devem ser observados pelos Estados que tenham editado as respectivas leis instituidoras após a publicação da LC nº 190/2022, o que não é a hipótese deste Estado.

Nessa esteira, não há que se falar em desrespeito aos princípios da anterioridade nonagesimal ou anual, uma vez que a hipótese trazida aos autos não encerra criação de tributo ou majoração de carga tributária, aptas a inviabilizar a exigência da DIFAL no mesmo exercício em que instituída, tendo em conta a vigência da LC nº 190/2022, que alterou a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir)..." (fls.583-585).

Pois bem.

O recurso extraordinário versa sobre matéria repetitiva, representada no **Tema nº 1.093 do STF**: *"Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, incisos LIV e LV; 93, inciso IX; 146, incisos I e III, alínea "a"; e 155, inciso XII, alíneas "a", "c", "d" e "i", da Constituição Federal, se a instituição do diferencial de alíquota de ICMS, conforme previsto no artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, na redação dada pela Emenda Constitucional nº*

87/2015, exige, ou não, a edição de lei complementar disciplinando o tema.”, paradigma do RE 1.287.019, transitado em julgado, cuja ementa se segue:

“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."

A tese fixa pela Suprema Corte foi a seguinte:

"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."

Como visto, nos casos em que a lei local instituiu o DIFAL, houve modulação dos efeitos da decisão para se fazer constar que a declaração de inconstitucionalidade passasse a valer apenas a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgado (que se deu em 2022), **ressalvando-se dos efeitos prospectivos, todavia, as ações judiciais que estivessem em curso no momento do julgamento de mérito da ação. As ações ressalvadas da modulação dos efeitos da decisão seriam aquelas propostas até 24.2.2021.**

Nesse cenário, tratando-se de ações em curso, propostas até 24.02.2021, a declaração de inconstitucionalidade produziria efeito imediato, estando os Estados e o Distrito Federal, desde já, impedidos de cobrar o DIFAL. Entretanto, não havendo

ação judicial em curso e tendo sido editada lei local, o DIFAL poderia ser exigido até o exercício financeiro seguinte ao do encerramento do julgamento.

In casu, a parte recorrida ajuizou a presente ação apenas em 10/08/2020, de forma que a ela não se aplica a ressalva da modulação dos efeitos proferida do julgamento do **Tema 1093**. Nesse sentido:

“RE 1481028 / SP - SÃO PAULO .RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 25/04/2024. Publicação: 26/04/2024. RECTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO RECD.(A/S) : TORINO INFORMATICA LTDA. ADV.(A/S): RODRIGO DALLA PRIA. DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa transcrevo:

“APELAÇÃO Mandado de segurança Impetrante que objetiva o reconhecimento do direito de não recolher o Diferencial de Alíquotas de ICMS (“DIFAL”) e o Adicional de Alíquota do ICMS em relação ao DIFAL para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza (“Adicional do FECP”), incidentes sobre as operações interestaduais por ela realizadas, enquanto não houver lei complementar federal regulamentando a matéria Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE ° 1287019/DF, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese (Tema nº 1093/STF): “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” Modulação de efeitos tratada pela Suprema Corte que não se aplica ao caso em apreço “Writ” impetrado em 25/02/2021 Termo inicial para a incidência da modulação que deve ser considerado como sendo 02/03/2021, data em que ocorreu a publicação da ata de julgamento do referido tema (DJE nº 39) Precedentes deste e. Tribunal de Justiça SENTENÇA REFORMADA RECURSO PROVIDO”. (eDOC 14, p. 2) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 102, § 2º, do texto constitucional. Nas razões recursais, alega-se que o Pleno desta Corte, na sessão de 24.2.2021, declarou a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS 93/2015, do CONFAZ. Aponta-se que, na mesma ocasião, este Tribunal, modulou os efeitos dessa decisão, ressaltando as ações judiciais então em curso, ou seja, as propostas até a data do referido julgamento. Sustenta-se afronta à modulação temporal definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema 1.093, ao argumento de que a presente demanda foi ajuizada em 25.2.2021. Verifico que o tribunal de origem, em juízo de retratação, reiterou a inaplicabilidade da modulação dos efeitos firmada no Tema 1.093, ao fundamento de que o termo inicial para a incidência da modulação que seria o dia 2.3.2021. Eis a ementa desse julgado: “JUÍZO DE RETRATAÇÃO Devolução dos autos ao órgão julgador para que, à luz do

*quanto julgado pelo STF no bojo do RE nº 1.287.019/DF (Tema 1093), fosse readequado ou mantido o acórdão desta 1ª Câmara de Direito Público Ausência de dissonância entre o acórdão e o mencionado julgado Supremo Tribunal Federal que fixou a seguinte tese (Tema nº 1093): “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” Modulação de efeitos tratada pela Suprema Corte que não se aplica ao caso em apreço “Writ” impetrado em 25/02/2021 Termo inicial para a incidência da modulação que deve ser considerado como sendo 02/03/2021, data em que ocorreu a publicação da ata de julgamento do referido tema (DJE nº 39) Manutenção do acórdão Juízo de retratação não exercido”. (eDOC 24, p. 2). Assim, após novo exame de admissibilidade, o Presidente da Seção de Direito Público determinou o envio dos autos a esta Corte (eDOC 27). É o relatório. Decido. Na espécie, entendo que a controvérsia dos autos corresponde, de fato, ao tema 1.093, da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE-RG 1.287.019, que trata da necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional 87/2015. **Na oportunidade do julgamento do mérito, esta Corte assentou a tese segundo a qual “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". Transcrevo, a propósito, a ementa desse julgado: "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,"

Transcrevo, a propósito, a ementa desse julgado: "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 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 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 ações judiciais em curso". (RE 1.287.019, Rel. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 25.5.2021).

Posteriormente, na apreciação dos embargos de declaração na ADI 5.469/DF, julgados em conjunto com o Tema 1.093, o Tribunal Pleno concluiu, por unanimidade, não ter havido omissão, contradição, obscuridade ou erro material quanto ao estabelecimento, no julgamento do mérito da ação direta, de que as ações ressaltadas da modulação dos efeitos da decisão seriam aquelas propostas até 24.2.2021 . Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto redator para o acórdão o Min. Dias Toffoli: "Com efeito, o Tribunal Pleno, na sessão de 24/2/21, julgou, por maioria, procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, declarando a

inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Na mesma ocasião, a Corte, também por maioria, concluiu ser o caso de se modularem os efeitos dessa decisão, tal como foi registrado na ata de julgamento do mérito, ressalvando da modulação, contudo, as ações judiciais então em curso, ou seja, as ações judiciais propostas até a data do referido julgamento.

A respeito da proposta de modulação dos efeitos da decisão, assim me manifestei no julgado ora embargado: Destaco que a presente ação direta havia sido autuada em 5/2/16, pouco tempo depois do início da produção dos efeitos da EC nº 87/15. Em 17/2/16, nos autos da ADI nº 5.464/DF, deferi medida cautelar, ad referendum do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015 – editado pelo CONFAZ – até o julgamento final daquela ação. (...) Não obstante o vácuo normativo ocasionado pela inexistência de lei complementar, é fato que os estados continuaram a poder cobrar o ICMS com base nas cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do convênio. Não há dúvida de que uma miríade de operações foi tributada nos moldes dessas outras cláusulas. Além do mais, é imprescindível recordar que a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, decorrem do objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito

Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais. Nesse sentido, a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional. (...) REAJUSTE DE VOTO Já em meu voto anterior (sessão de 11/11/20) eu havia feito uma proposição de modulação. Diante das ponderações do Ministro Roberto Barroso, ao longo do julgamento, e ultimada a apreciação do mérito somente agora, em 2021, retifico a proposta anteriormente formulada, sugerindo a Vossas Excelências a modulação que passo a expor.

Proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para estabelecer que a decisão produza efeitos, (i) quanto à cláusula nona, desde a concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, (ii) quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022) .

A mesma solução julgo ser necessária em relação à lei do Distrito Federal e, a fortiori, às leis dos demais estados. Em relação a elas, proponho que a decisão produza 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 devem retroagir à data da

concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF.

Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso.'

Anoto que o Ministro Roberto Barroso, no julgado embargado, destacou que essa proposta de modulação 'aproxima, na maior intensidade possível, as duas correntes que se formaram no Tribunal: a de que não havia inconstitucionalidade e a de que há inconstitucionalidade'."

Com relação à modulação dos efeitos no Tema 1.093, a decisão mantida pelo Tribunal de origem em juízo de retratação consignou o seguinte:

"Modulação de efeitos tratada pela Suprema Corte que não se aplica ao caso em apreço "Writ" impetrado em 25/02/2021 Termo inicial para a incidência da modulação que deve ser considerado como sendo 02/03/2021, data em que ocorreu a publicação da ata de julgamento do referido tema (DJE nº 39) Manutenção do acórdão Juízo de retratação não exercido" (eDOC 24, p. 1)

Depreende-se do trecho acima transcrito que a instância de origem afastou a aplicação da modulação dos efeitos no Tema 1.093 ao caso, por considerar como termo inicial para sua incidência a data em que ocorreu a publicação da ata de julgamento do referido tema, ou seja, 2.3.2021.

Com efeito, conforme assentado anteriormente, no julgamento dos embargos de declaração opostos em face do

RE 1.287.019 (Tema 1093), a data a ser considerada como parâmetro para a aplicação dos efeitos da modulação é a da sessão de julgamento, que ocorreu em 24.2.2021.

Nesses termos, nos casos em que a lei local instituiu o DIFAL, houve modulação dos efeitos da decisão para se fazer constar que a declaração de inconstitucionalidade passasse a valer apenas a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgado (que se deu em 2022), ressalvando-se dos efeitos prospectivos, todavia, as ações judiciais que estivessem em curso no momento do julgamento de mérito da ação. Assim, tratando-se de ações em curso, a declaração de inconstitucionalidade produziria efeito imediato, estando os Estados e o Distrito Federal, desde já, impedidos de cobrar o DIFAL

Entretanto, não havendo ação judicial em curso e tendo sido editada lei local, o DIFAL poderia ser exigido até o exercício financeiro seguinte ao do encerramento do julgamento (que se deu em 2022).

No caso concreto, a parte recorrida ajuizou a presente ação apenas em 25.2.2021 (eDOC 1), de forma que a ela não se aplica a ressalva da modulação dos efeitos proferida do julgamento do Tema 1093.

Nesses termos, verifico que o acórdão recorrido divergiu da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 932, VIII, do CPC c/c art. 21, §1º, do RISTF), para determinar a aplicação da modulação dos efeitos na forma definida nos julgamentos da ADI 5.469 e do RE-RG 1.287.019 (Tema 1.093). Publique-se. Brasília, 25 de abril de 2024. Ministro GILMAR MENDES. Relator”

Nesses termos, verifica-se que o acórdão recorrido, ao não distinguir a situação do impetrante, com ação judicial em curso, aparenta estar em dissonância com o que restou decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal.

À vista do exposto, em observância ao artigo 1.030, II do Código de Processo Civil, determino o **ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR DE ORIGEM** para eventual exercício do juízo de retratação, à luz do **Tema nº 1.093 do STF**, nos termos da fundamentação supra.

Intime-se.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2025.

Desembargador **HELENO NUNES**
Terceiro Vice-Presidente