

**TJDFT**

Poder Judiciário da União  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS  
TERRITÓRIOS

**Órgão** 8ª Turma Cível

**Processo N.** APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 0701203-95.2021.8.07.0018

**APELANTE(S)** DUTRA MAQUINAS COMERCIAL E TECNICA LTDA e DISTRITO FEDERAL

**APELADO(S)** DISTRITO FEDERAL e DUTRA MAQUINAS COMERCIAL E TECNICA LTDA

**Relator** Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO

**Acórdão N°** 1372718

## EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL – ICMS. EMENDA CONSTITUCIONAL NÚMERO 87/2015. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. DIFAL. LEI COMPLEMENTAR ESPECÍFICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.469 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.287.019. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5.469 e do Recurso Extraordinário 1.287.019, reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual – ICMS, prevista na legislação estadual e no convênio 93/15, por invasão de campo próprio de lei complementar federal. 1.1. A fim de evitar insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio 93/15, mas afastou sua incidência em relação as ações judiciais em curso, na data do julgamento.

2. A respeito do marco temporal a ser considerado para fins de modulação, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 574.706, firmou entendimento no sentido de ser a data do julgamento do recurso e fixação da tese com repercussão geral.

3. Fixar a data de publicação da ata como marco para incidência da declaração de inconstitucionalidade importaria violação aos princípios da segurança jurídica e do equilíbrio das contas públicas, deturpando por completo a razão de ser da modulação. Isso porque a aplicação da tese a ações propostas após o

juízo do Recurso Extraordinário 1.287.019 pelo Supremo Tribunal Federal resultaria em verdadeira corrida ao Judiciário, contrariando os efeitos pretendidos com a modulação que é justamente estancar danos ao erário.

4. Reexame necessário e Recurso Voluntário interposto pelo Distrito Federal conhecidos e providos. Apelação da impetrante conhecida e não provida.

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, EUSTAQUIO DE CASTRO - Relator, MARIO-ZAM BELMIRO - 1º Vogal e DIAULAS COSTA RIBEIRO - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO, em proferir a seguinte decisão: REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO PELO DISTRITO FEDERAL CONHECIDOS E PROVIDOS. APELAÇÃO DA IMPETRANTE CONHECIDA E NÃO PROVIDA. UNÂNIME. , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de Setembro de 2021

**Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO**

Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Recursos voluntários interpostos por **DUTRA MÁQUINAS COMERCIAL E TÉCNICA LTDA** e pelo **DISTRITO FEDERAL** em face da Sentença proferida pelo Juízo da Sétima Vara da Fazenda Pública (ID 27793486) que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo **COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL**, concedeu em parte a segurança vindicada para suspender a exigibilidade dos créditos tributários relativos ao Diferencial de Alíquota – DIFAL das operações de venda de mercadorias pela impetrante a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Distrito Federal, obstando o Fisco de aplicar qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos em decorrência dessas cobranças.

Em suas razões recursais (ID 27793507), a impetrante alega que apesar de reconhecer a inexigibilidade dos créditos tributários relativos ao Diferencial de Alíquota do ICMS, a Sentença não concedeu o pleito de compensação/restituição do montante indevidamente recolhido. Afirma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.287.019 (Tema 1.093), modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, excepcionando da proposta as ações em curso, como o presente Mandado de Segurança, impetrado em 3.3.2021. Argumenta que a publicação da Decisão é o ato oficial a ser considerado para efeitos do Acórdão paradigma, iniciando, a partir desta data, os efeitos da modulação. Discorre sobre a inconstitucionalidade da exigência do Diferencial de Alíquota.

Preparo regular (ID 27793507).

O Distrito Federal, por sua vez (ID 27793509), alegou em suas razões recursais que a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.287.019 (Tema 1.093) ocorreu em 24.2.2021, logo, considerando que a presente ação foi distribuída após essa data, não haveria direito líquido e certo ao não recolhimento do Diferencial de Alíquota do ICMS.

Ausente o preparo, diante da isenção legal.

Foram ofertadas Contrarrazões pela impetrante (ID 27793514).

**É o relatório.**

## **VOTOS**

### **O Senhor Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO - Relator**

Recebo a Remessa Necessária e os Recursos Voluntários, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

#### **1. Sumário dos Fatos**

Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por **DUTRA MÁQUINAS COMERCIAL E TÉCNICA LTDA** contra ato do **COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL**, visando afastar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual – ICMS devido pelo impetrante em razão do Diferencial de Alíquotas – DIFAL, instituído pela Lei Distrital n.º 5.546/2015, e do Adicional de Alíquota para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza – FECF, exigido com base na Lei n.º 4.220/2008.

A Sentença concedeu parcialmente a segurança vindicada (ID 27793486).

Irresignadas, as partes recorreram (IDs 27793507 e 27793509).

Pois bem.

#### **2. Do Mérito**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.469 e do Recurso Extraordinário 1.287.019, reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual – ICMS, prevista na legislação estadual e no convênio 93/15, por invasão de campo próprio de lei complementar federal. A tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.287.019 foi fixada nos seguintes termos:

*"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 fim de evitar insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio 93/15, mas afastou sua incidência em relação as ações judiciais em curso, na data do julgamento. Confira-se:

*[...] o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para 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 produzirá 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 93/2015, cujos efeitos retroagem 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**"*

Conforme se observa, ficou estabelecido que somente a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022) é que a declaração de inconstitucionalidade seria plenamente eficaz, impedindo que os Estados e o Distrito Federal procedam com a cobrança do Diferencial de Alíquota - DIFAL sem Lei Complementar que a regule, ressalvada esta regra para as ações judiciais em curso.

Isso quer dizer que a eficácia imediata da declaração de inconstitucionalidade alcança somente as ações propostas antes do marco temporal fixado para a modulação. Nesse caso, o Distrito Federal ficará impedido de cobrar a quantia referente ao Diferencial de Alíquota – DIFAL ainda no ano de 2021, até posterior promulgação de Lei Complementar sobre a matéria. Caso a ação seja proposta em momento ulterior, a decisão não produzirá efeitos imediatos, mas tão somente a partir do próximo exercício financeiro, permanecendo válidos os lançamentos realizados até o corrente ano com suporte na legislação local.

A respeito do marco temporal a ser considerado para fins de modulação, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 574.706, firmou entendimento no sentido de ser a data do julgamento do recurso e fixação da tese com repercussão geral. Confira-se:

*“Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021” (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).*

Fixar a data de publicação da ata como marco para incidência da declaração de inconstitucionalidade importaria violação aos Princípios da Segurança Jurídica e do Equilíbrio das Contas Públicas, deturpando por completo a razão de ser da modulação. Isso porque a aplicação da tese a ações

propostas após o julgamento do Recurso Extraordinário 1.287.019 pelo Supremo Tribunal Federal resultaria em verdadeira corrida ao Judiciário, contrariando os efeitos pretendidos com a modulação que é justamente estancar danos ao erário.

Dessa forma, considerando que a fixação do tema da repercussão geral ocorreu em 24.02.2021 e que o presente Mandado de Segurança foi impetrado após essa data, isto é, em 3.3.2021, conclui-se que não há direito líquido e certo ao não recolhimento do Diferencial de Alíquota do ICMS, devendo a parte aguardar o próximo exercício financeiro para se beneficiar da declaração de inconstitucionalidade.

### 3. Dispositivo

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao Reexame Necessário e ao Recurso Voluntário interposto pelo Distrito Federal, para reformar a r. Sentença e denegar a Segurança. **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da impetrante.

Custas pela impetrante.

Sem honorários.

**É como voto.**

**O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - 1º Vogal**

#### **VOTO VISTA**

Para melhor análise, pedi vista destes autos.

Cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário interposto pelo DISTRITO FEDERAL e de apelação interposta por DUTRA MÁQUINAS COMERCIAL E TÉCNICA LTDA contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública (ID 27793485) que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, concedeu em parte a segurança vindicada para suspender a exigibilidade dos créditos tributários relativos ao Diferencial de Alíquota – DIFAL das operações de venda de mercadorias pela impetrante a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Distrito Federal, obstando o Fisco de aplicar qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos em decorrência dessas cobranças.

O objetivo do presente mandado de segurança é questionar o diferencial de alíquotas do ICMS (DIFAL), sob o argumento de que há vícios materiais e formais na exigibilidade do tributo (DIFAL), em especial a ausência de lei complementar federal, o que violaria o direito líquido e certo da impetrante (apelada).

Sabe-se que o mandado de segurança trata de instrumento processual destinado a “**proteger direito líquido e certo**, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica **sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la** por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (art. 1º da Lei 12.016/2009 - *grifo nosso*).

Portanto, a escolha pelo litigante da via mandamental pressupõe a existência de ato coator praticado por autoridade administrativa que tenha violado direito subjetivo do impetrante, por ilegalidade ou abuso de poder, assim como de prova pré-constituída, a fim de assegurar o direito tutelado.

Diante disso, não se admite a deflagração de fase instrutória na via estreita da ação mandamental, cabendo ao impetrante coligir na exordial toda a prova necessária para evidenciar a pretensão

mandamental, denominada prova pré-constituída, de modo que o seu direito líquido seja demonstrado de plano.

Do contrário, impõe-se o indeferimento da inicial, por decisão fundamentada, consoante redação do art. 8º da Lei do Mandado de Segurança.

O objeto da impetração é ato concreto de cobrança efetivamente realizada no âmbito do Distrito Federal nas reiteradas negociações de mercadorias efetivadas pela impetrante, de modo que se está a tratar de pretensão voltada a garantir direito concreto que ela alega ter quanto à declaração de inexistência de relação jurídico tributária referente ao DIFAL do ICMS.

ODIFAL visa garantir ao Estado de destino a parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais. Trata-se, de fato, de uma complementação do ICMS resultante da diferença entre os valores cobrados do referido imposto entre os Estados-Membros que participaram da transação comercial.

Observo que, na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ressaltou da proposta as ações judiciais em curso, nos termos da decisão prolatada pelo Tribunal Pleno em 24/2/2021 no RE 1.287.019:

*Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a 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", vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, por maioria, foi 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", vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para 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 produzirá 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 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. **Ficam ressaltadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso.** Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (grifo nosso)*

Portanto, a declaração de invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS pela ausência de lei complementar passa a vigorar, em regra, somente a partir do exercício financeiro de 2022.

A ressalva, no que diz respeito à modulação, refere-se às ações em curso, reconhecendo-se a impossibilidade da cobrança pelo ente estatal de imediato.

Tendo em vista que o presente mandado de segurança foi impetrado em 03/03/2021 (ID 27793450) e, portanto, após a decisão, verifica-se a inexistência de direito líquido e certo da impetrante quanto à possibilidade de suspensão da exigibilidade do DIFAL-ICMS.

Anote-se que a impossibilidade da cobrança do imposto foi contemplada àquelas cujas ações já estavam em curso no momento da decisão de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não se revelando o caso dos autos.

Sobre o assunto, esta Casa de Justiça já se posicionou:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE VENDA DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIOS NÃO CONTRIBUINTE DESSE IMPOSTO SITUADOS NO DISTRITO FEDERAL (ICMS-DIFAL). JULGAMENTO DO RE 1.237.351/DF (Tema 1.093). NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. EFEITOS PROSPECTIVOS DA DECISÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1. O c. Supremo Tribunal Federal decidiu, em conjunto, o RE 1.287.019, com repercussão geral (Tema 1.093), e a ADI 5.469, fixando a tese de que "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".

2. A despeito do colendo Supremo Tribunal Federal ter reputado necessária a edição de lei complementar para disciplinar, em âmbito nacional, a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exigida pelos Estados, considerando indevida a sua regulamentação mediante convênio do Confaz 93/2015, houve a modulação dos efeitos da aludida decisão, para que produza efeitos somente a partir do exercício financeiro de 2022, salvo quanto à cláusula nona (do convênio), sobre a qual teria efeito retroativo a 2016. Ressalvou-se, ainda, da proposta de modulação, as ações judiciais em curso.

3. A cláusula nona do Convênio ICMS 93, de 17/9/2015, disciplina serem aplicadas "as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino". E não há notícia nos autos de que a agravante, sociedade empresária limitada, amolde-se ao regramento da reportada disposição, de sorte que não há falar em efeito retroativo na decisão do STF, no aspecto.

4. Quanto à ressalva de que a proposta de modulação não atingiria as ações judiciais em curso, importa considerar que o julgamento ocorreu em 24/2/2021, ao passo que o mandado de segurança n. 0701101-73.2021.8.07.0018 foi impetrado pela ora agravante em 1º/3/2021. Logo, ao tempo do aludido julgamento plenário do STF, referente ao RE 1.287.019, o writ não estava em curso. Assim, também não se vislumbra a exceção vindicada pela agravante.

5. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão 1350512, 07088665220218070000, Relator: SANDRA REVES, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 23/6/2021, publicado no DJE: 5/7/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada – grifo nosso);

**APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREVENTIVO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CRÉDITOS REFERENTES AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ICMS-DIFAL. RE Nº 1.287.019/DF E DA ADI Nº ADI 5469/DF. REJEITADA A TESE DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. "AÇÕES JUDICIAIS EM CURSO". INÍCIO DA PRODUÇÃO DO EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA ERGA OMNES. DIVERGÊNCIA.**

1. Mandado de Segurança impetrado objetivando afastar a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS ("DIFAL") relativamente às operações interestaduais com mercadorias vendidas a consumidores finais não-contribuintes do ICMS localizados no DF isentando-a de sanções enquanto

*não seja editada Lei Complementar nacional regulamentando a EC 87/2015, bem como posterior lei distrital que institua o aludido imposto.*

*2. O objetivo do Mandado de Segurança é o de novas autuações relativas á glosa de créditos de ICMS. Negar a impetração de mandado de segurança no presente caso é como obrigar o interessado aguardar passivamente a lavratura de uma autuação para, somente então, buscar a prestação jurisdicional. Essa visão afronta diametralmente o disposto no art. 1º da Lei 12.016/2009, que autoriza a utilização do remédio constitucional quando "houver justo receio" de lesão.*

*3. Não se aplica o prazo de decadência, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009 (art. 18 da Lei 1.533/51), em se tratando de impetração de mandado de segurança de natureza preventiva.*

*4. O STF reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança da DIFAL pela inexistência de lei complementar tratando do referido crédito tributário.*

*5. Na hipótese sub examine, aplicável a modulação de efeitos determinada pelo Excelso Pretório, não havendo amparo jurídico para afastar a exigibilidade da cobrança efetuada pelo Fisco Distrital.*

*6. A melhor compreensão para a expressão "ações judiciais em curso" é a data do julgamento conjunto do RE nº 1.287.019/DF e da ADI nº ADI 5469/DF, ocorrido em 24/02/2021. Deve ser levado em consideração que a publicidade dos julgamentos do STF é instantânea, pois podem ser assistidos em tempo real em meios digitais.*

*7. Apenas as ações ajuizadas antes do julgamento conjunto do RE nº 1.287.019/DF e da ADI nº ADI 5469/DF (24/02/2021) não se sujeitam à modulação de seus efeitos até o exercício financeiro de 2022, o que, porém, não é o caso dos autos.*

*8. O mandado de segurança em questão foi impetrado em 01/03/2021, ou seja, após o julgamento do recurso representativo de controvérsia (tema nº 1093). Incide, pois, a modulação dos efeitos determinada pelo Excelso Pretório.*

*9. Apelo provido.*

*(Acórdão 1357791, 07011008820218070018, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 21/7/2021, publicado no DJE: 12/8/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada – grifo nosso);*

**APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIFAL. TEMA 1093. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. MODULAÇÃO. AÇÕES EM CURSO. INEXISTÊNCIA. FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO À POBREZA (FECP).**

*1. Indicado o ato violado e a autoridade coatora responsável pela arrecadação do tributo, não há que se falar em ausência de ato coator. Preliminar rejeitada.*

*2. A indicação de atos concretos praticados pela Administração Tributária afasta a preliminar de não cabimento do mandado de segurança. Preliminar rejeitada.*

*3. A ausência de pedido de restituição afasta a aplicação do art. 166 do CTN.*

*4. Rejeita-se a prejudicial de decadência quando o mandado de segurança é impetrado dentro do prazo decadencial.*



5. O mandado de segurança constitui instrumento idôneo para proteger direito líquido e certo demonstrado de plano, por meio de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória.

6. A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar (STF, Plenário, ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 e RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021).

7. São válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que preveem a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto.

8. O julgamento proferido pelo STF só produzirá efeitos a partir de 2022, no exercício financeiro seguinte ao julgamento, ou seja, as cláusulas continuam válidas até o final deste ano (dezembro de 2021). 9. É inviável estender o conceito de ações em curso para o mandado de segurança impetrado após o julgamento do Tema 1093 pelo STF. 10. O provimento do recurso a da remessa necessária prejudica a análise do recurso da autora quanto à cobrança do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FECP).

11. Preliminares rejeitadas. Remessa necessária e recurso do réu conhecido e providos. Recurso da autora prejudicado.

(Acórdão 1367732, 07009267920218070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 1/9/2021, publicado no DJE: 9/9/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada – grifo nosso).

Por tais fundamentos, **acompanho o eminente Desembargador Relator e dou provimento** ao recurso voluntário e à remessa necessária para, reformando a r. sentença, denegar a segurança e **nego provimento** ao recurso da impetrante.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, conforme art. 25 da Lei 12.016/09.

É o meu voto.

**O Senhor Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO - 2º Vogal**

Com o relator

## **DECISÃO**

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO PELO DISTRITO FEDERAL CONHECIDOS E PROVIDOS. APELAÇÃO DA IMPETRANTE CONHECIDA E NÃO PROVIDA. UNÂNIME.