

**TJDFT**

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

Órgão 2ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0701161-46.2021.8.07.0018

APELANTE(S) D&I COMERCIO DE EQUIPAMENTOS MEDICOS LTDA

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA

Acórdão N° 1376549

EMENTA

APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS (DIFAL). OPERAÇÃO INTERESTADUAL. MERCADORIA DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. IMPRESCINDIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. NORMA DISCIPLINADORA NÃO EDITADA. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N. 1093. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO. REJEITADA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA TESE AO CASO CONCRETO. AÇÃO AJUIZADA NA DATA DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO.

1. Apelação interposta contra sentença que denegou a segurança, cujo objeto era afastar a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS e do adicional de alíquota do FCEP, enquanto não editada a Lei Complementar nacional regulamentadora.

2. A apresentação de prova pré-constituída acerca da cobrança da exação é suficiente ao afastamento da tese de impugnação de ato normativo em abstrato. Ademais, não havendo pedido concernente a efeito patrimonial pretérito, inviável o acolhimento da preliminar quanto às Súmulas nº 271 e nº 269 do Supremo Tribunal Federal.

3. Se a inicial está instruída com prova da cobrança da exação dentro do prazo previsto no artigo 23 da Lei nº 12.106/2009, não há falar em decadência. Sem embargo, a natureza preventiva de um dos pleitos deduzidos na inicial não se coaduna, em regra, com o prazo decadencial

4. Considerando que a ata de julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1093 do Supremo Tribunal Federal foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico nº 39/2021 em 02/03/2021 – publicada em 03/03/2021 – inviável tomar a presente demanda como “ação judicial em curso”, pois o mandado de segurança foi impetrado também no dia 03/03/2021, quando já publicada a ata de julgamento.

5. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SANDOVAL OLIVEIRA - Relator, HECTOR VALVERDE SANTANNA - 1º Vogal e Alvaro Ciarlini - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANNA, em proferir a seguinte decisão: PRELIMINARES REJEITADAS. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 08 de Outubro de 2021

Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela D&I COMERCIO DE EQUIPAMENTOS MEDICOS LTDA contra a sentença (ID 27529957) da 8ª Vara da Fazenda Pública que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do SUBSECRETÁRIO DA SUBSECRETARIA DA RECEITA DO DISTRITO FEDERAL, denegou a segurança, cujo objeto era afastar a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS e do adicional de alíquota do FCEP enquanto não editada a Lei Complementar nacional regulamentadora.

Nas razões (ID 27529960), a impetrante questiona a conclusão lançada na sentença acerca da não incidência da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.287.019 (Tema nº 1.093, STF) ao caso concreto.

Pontua que a tese firmada a respeito do Tema 1.093 foi objeto da técnica de modulação dos efeitos e, por essa razão, a exigência de Lei Complementar como pressuposto de validade para a cobrança de DIFAL do ICMS – quanto às operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidores finais não-contribuintes – somente incidiria a partir de 2022 (exercício seguinte ao julgamento). Todavia, foram expressamente ressalvadas de tal modulação as ações judiciais em curso.

Segundo alega, a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade tem como termo inicial a data da publicação da ata de julgamento em veículo oficial – ocorrida, no caso concreto, em 03/03/2021, mesma data em que impetrado o presente

mandamus. Assim, tal evento representaria espécie de marco zero do lapso temporal de eficácia e termo final dos prazos de espera. Como consequência, apenas as ações ajuizadas no dia 04/03/2021 escapariam da ressalva estabelecida. Escora sua tese em parecer jurídico transcrito nas razões do apelo.

Assevera, portanto, a necessidade de reforma da sentença, em estrita observância ao decidido no precedente qualificado.

Preparo comprovado (ID 27529961).

Contrarrazões (ID 27529967).

Manifestação da recorrente sobre a contraminuta (ID 28438183).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - Relator

Inicialmente, impende consignar que a sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 04/05/2021 (ID 27529958) e o apelo interposto em 24/05/2021, sendo, portanto, tempestivo. O preparo está devidamente comprovado (ID 27529961).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

I. Síntese da demanda

Na inicial do presente mandado de segurança, a impetrante argumenta que, por força do disposto na Lei Distrital n. 5.546/2015, recolhe o Diferencial de Alíquotas de ICMS (DIFAL), em relação às operações de venda para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes de ICMS, localizadas no Distrito Federal, além do Adicional de Alíquota do ICMS para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza (“FECF”), instituído pela Lei nº 4.220/2008.

Discorda da incidência de tais exações porque a sua instituição, não obstante escorada na Emenda Constitucional n. 87/2015 e no Convênio CONFAZ n. 93/2015, depende da edição de normas gerais em Lei Complementar de âmbito nacional, conforme disposto no artigo 146, incisos I e III, e artigo 155, §2º, inciso XII, da Constituição Federal.

Na sentença, o juízo singular registrou ciência quanto ao julgamento da ADI nº 5.429 e do RE 1.287.019 pelo Supremo Tribunal Federal – no qual firmada a necessidade de edição de Lei Complementar como pressuposto de validade da cobrança das exações ora impugnadas – e apontou a ressalva promovida por aquela Corte à modulação dos efeitos imposta no aludido precedente. No entanto, consignou-se que o presente mandado de segurança, impetrado no mesmo dia da publicação da ata de julgamento, não pode ser incluído na referida ressalva (como ação judicial em curso), para fins de incidência da tese firmada.

II. Preliminar de inadequação da via eleita

O Distrito Federal, em contrarrazões, pugna pelo reconhecimento da inadequação da via eleita, com base nos seguintes argumentos: a) ausência de ato coator; b) não cabimento de mandado de segurança contra ato normativo em tese (Súmula nº 266, STF); c) impossibilidade de utilização do *mandamus* com o propósito de garantir efeito patrimonial pretérito (restituição).

De plano, destaca-se que na inicial (ID 27529909) não há qualquer postulação concernente à compensação tributária, ou ao reconhecimento de tal direito. A propósito:

[...] ao final, a concessão da segurança para afastar, em definitivo, a cobrança do DIFAL e do Adicional do FECP de que tratam a Lei Distrital nº 5.546/2015 e a Lei nº 4.220/2008 (e as normas que vierem a sucedê-las), **ficando assegurado à IMPETRANTE o direito de, sem que fique sujeita a imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos, deixar de recolher o DIFAL e o Adicional ao FECP, bem como de entregar as respectivas obrigações acessórias**, para o Distrito Federal, nas operações interestaduais de vendas de mercadorias a consumidores finais localizados no Distrito Federal, já realizadas e futuras, enquanto não for editada a necessária lei complementar nacional regulamentando o DIFAL da EC 87/2015 e, posteriormente, lei estadual instituindo validamente o esse imposto em conformidade com nessa lei complementar, respeitando-se, ainda, os princípios da irretroatividade, da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal. [...]

Destarte, não havendo pedido concernente a efeito patrimonial pretérito, inviável o acolhimento da preliminar quanto às Súmulas nº 271 e nº 269 do Supremo Tribunal Federal.

O documento de ID 27529915 revela, nas informações complementares, a venda a efetuada consumidor final e a necessidade de recolhimento do DIFAL/ICMS no valor de R\$ 905,99 – elemento suficiente ao afastamento da alegada ausência de ato coator.

É certo que a aludida nota fiscal aponta a ausência de valores a recolher em relação ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, pois registra “*Valor do FCP para DF = R\$ 0,00*”. No entanto, considerando que a mencionada exação está prevista em ato normativo vigente, e a sua incidência está atrelada à cobrança do DIFAL/ICMS, não há como afastar o justo receio quanto à sua exigência, sobretudo porque a Administração Tributária é orientada pela atuação vinculada.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões.

III. Prejudicial de decadência

O ente público reputa consumido o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009, pois os atos impugnados – Convênio CONFAZ nº 93 e a Lei Distrital nº 5.546 – foram editados em 2015.

Todavia, a presente demanda, ajuizada em 03/03/2021, foi instruída com a nota fiscal de ID

27529916, emitida em 01/12/2020. Ademais, em relação ao pleito de natureza preventiva (FCEP) – no qual ausente o ato coator – não há, em regra, submissão ao prazo decadencial.

Rejeito, portanto, a prejudicial de decadência.

IV. Mérito recursal

A controvérsia submetida à revisão se restringe a analisar se a técnica de modulação dos efeitos, aplicada no precedente em evidência, engloba a presente demanda, ajuizada na mesma data da publicação da ata de julgamento (03/03/2021).

A Corte Suprema, no julgamento do RE n.º 1.287.019/DF – representativo da controvérsia – deu provimento à insurgência para reformar a decisão do TJDFT e assentar a invalidade de cobrança em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do Difal/ICMS, pela inexistência de lei complementar disciplinadora. Já a ADI n.º 5.469 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio ICMS 93/2015.

Firmou-se a seguinte tese: "*A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional n.º 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais*".

Em seguida, o Tribunal 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 n.º 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022).

Aplicou-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 do julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS n.º 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI n.º 5.464/DF.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal expressamente **ressalvou** da proposta de modulação de efeitos **todas as ações judiciais em curso**.

Salienta-se que, de fato, quando impetrado o presente *mandamus*, o acórdão relativo ao Tema de Repercussão Geral n.º 1.093 ainda não havia sido publicado. No entanto, não se deve desprezar que o Código de Processo Civil expressamente confere às atas de decisões sobre temas de repercussão o efeito de acórdão. Confira-se:

Art. 1.035 [...]

*§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e **valerá como acórdão**.*

Ao equiparar a ata de julgamento ao acórdão, tal dispositivo chancela o posicionamento já sedimentado dos Tribunais Superiores no sentido de que a publicação oficial da ata representa o

marco a partir do qual se manifestam os efeitos do julgado.

Parte-se do raciocínio de que a carga normativa (eficácia *erga omnes*) exsurge com o ato oficial de publicação da súmula do julgamento – e não da proclamação do resultado – tal como ocorre com as espécies legislativas, nas quais há um hiato entre a declaração de vontade dos representantes do povo e a deflagração dos efeitos da norma.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

[...] I – **A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento. Precedentes.** II – Na desapropriação incidem juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário do bem. Precedentes. III – Embargos de declaração acolhidos para dar parcial provimento ao recurso extraordinário. (ARE 1031810 AgR-ED-ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019)

[...] 2. **A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão.** 3. **A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte.** 4. Agravo regimental provido. (Rcl 3632 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2006, DJ 18-08-2006 PP-00018 EMENT VOL-02243-01 PP-00116 RTJ VOL-00199-01 PP-00218 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 247-249)

[...] 2. **As decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em regra, passam a produzir efeitos a partir da publicação, no veículo oficial, da ata de julgamento.** 3. Agravo regimental desprovido. (Rcl 6.999-AgR/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI)

[...] I. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o efeito da decisão proferida pela Corte, que proclama a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, inicia-se com a publicação da ata da sessão de julgamento.** [...] (Rcl 3.473-AgR/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO)

Nesse descortino, a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que a publicação da ata de julgamento não tem a expressão de mero registro ou documentação; constitui momento a partir do qual considera-se proferido o entendimento da Corte Suprema.

Assim, considerando que a ata de julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1093 do Supremo Tribunal Federal foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico nº 39/2021 em 02/03/2021 – publicada em 03/03/2021 – inviável tomar a presente demanda como “ação judicial em curso”, pois o mandado de segurança foi impetrado também no dia 03/03/2021, quando já publicada a ata de julgamento.

A despeito da argumentação construída pela recorrente, não se está em discussão a deflagração de prazo para atuação (impugnação e integração) ou o fim do prazo de latência. Se a publicação da ata de

juízo é expressão de eficácia do pronunciamento judicial, o decidido passa a valer já na data da publicação, e não no dia seguinte. Como consequência, as demandas ajuizadas no dia 03/03/2021 não podem ser consideradas “ações judiciais em curso”.

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas em contrarrazões e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É o voto.

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANNA - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador Alvaro Ciarlini - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

PRELIMINARES REJEITADAS. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME