

02/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 50.230 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : MOSARTE INDUSTRIA E COMERCIO DE MOSAICOS
LTDA
ADV.(A/S) : CESAR RICARDO RIBEIRO MOCCELIN JUNIOR
AGDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 5.469.

1. Alegação de afronta à decisão proferida pelo STF na ADI 5.469 e à modulação de efeitos do julgado.

2. No julgamento conjunto da ADI 5.469 e do RE 1.287.019 (paradigma do Tema 1.093-RG), em 24.02.2021, o Supremo Tribunal Federal declarou 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) e fixou 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”.

3. Foram modulados os efeitos da decisão, para que, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a decisão produzisse efeito a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022), ficando ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso. No julgamento dos embargos de declaração opostos na ADI 5.469, o Min. Dias Toffoli, Relator, esclareceu que o marco temporal para as ações judiciais em curso é a data do referido julgamento. Precedentes.

RCL 50230 AGR / RS

4. Não está inserida na ressalva da modulação o mandando de segurança impetrado na origem pela parte ora reclamante, tendo em conta que proposto apenas em 03.03.2021 — posteriormente à data de julgamento da ADI 5.469, em 24.02.2021.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 a 29 de abril de 2022.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** - Relator

02/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 50.230 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : MOSARTE INDUSTRIA E COMERCIO DE MOSAICOS
LTDA
ADV.(A/S) : CESAR RICARDO RIBEIRO MOCCELIN JUNIOR
AGDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Agravo interno contra decisão monocrática pela qual neguei seguimento à reclamação nos seguintes termos:

“1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, proposta por Mosarte Indústria e Comércio de Mosaicos Ltda. em face de decisões proferidas pelo Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos Autos nº 5022207-11.2021.8.21.0001, que teriam aplicado de forma equivocada a modulação dos efeitos realizada na ADI 5.469.

2. A parte reclamante narra que é “empresa localizada no Estado de Santa Catarina e atuante no ramo de revestimentos especiais, vendendo mercadorias para consumidores localizados em todo o território brasileiro”. Afirma que o Estado do Rio Grande do Sul vem exigindo, de forma inconstitucional, o pagamento do Diferencial de Alíquota (DIFAL) do ICMS sobre as mercadorias destinadas a consumidores finais localizados naquele Estado.

RCL 50230 AGR / RS

3. Destaca que, "o Supremo Tribunal Federal – STF recentemente decidiu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, realizado mediante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5469 e do Recurso Extraordinário n. 1.287.019, dotado de repercussão geral (Tema 1093), pela inexigibilidade do DIFAL enquanto não houver lei complementar federal que o regule", o que motivou a impetração de mandado de segurança em face das autoridades fazendárias, visando a afastar a cobrança do DIFAL. Informa que o feito foi extinto sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que o writ teria sido impetrado após a publicação da ata de julgamento da ADI, não se enquadrando na ressalva contida na modulação de efeitos realizada no paradigma. Na sequência, os embargos de declaração opostos foram rejeitados e a apelação interposta restou desprovida.

4. A parte reclamante alega afronta à modulação de efeitos realizada pelo STF na ADI 5.469 e no Tema 1093. Defende que o juízo reclamado conferiu interpretação equivocada, contrariando o entendimento desta Corte de "que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade somente produzem efeitos a partir da data que marca a publicação de seu teor", razão pela qual o seu mandado de segurança, impetrado no dia da data da publicação da ata de julgamento, deveria ter sido excluído da modulação realizada. Alega, assim, que "para fins de modulação de efeitos de julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, considera-se como 'ações judiciais em curso' todas aquelas protocoladas até a data da publicação da ata de julgamento da ação constitucional".

5. Requer, em caráter liminar, a suspensão dos efeitos das decisões reclamadas, determinando-se a suspensão da exigibilidade do DIFAL nas operações realizadas pela reclamante no Estado do Rio Grande do Sul. Ao final, postula pela procedência da reclamação para cassar as decisões reclamadas, a fim de que seja julgado o mérito para "dirimir a controvérsia gerada em grande parte dos tribunais inferiores no

RCL 50230 AGR / RS

tocante ao critério temporal a ser observado na aplicação da modulação dos efeitos realizada no julgamento da ADI 5469/DF e do RE 1.287.019/DF".

6. É o relatório. Decido.

7. No julgamento conjunto da ADI 5.469 e do RE 1.287.019 (paradigma do Tema 1.093-RG), em 24.02.2021, o Supremo Tribunal Federal declarou 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); e fixou 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". Na ocasião, foram modulados os efeitos da decisão da ação de controle abstrato de constitucionalidade, para que, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a decisão produzisse efeito a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022), ficando ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso. Transcrevo a ementa do julgado:

'Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional nº 87/15. ICMS. Operações e prestações em que haja 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 93/2015. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, *ad referendum* do Plenário.

RCL 50230 AGR / RS

1. A associação autora é formada por pessoas jurídicas ligadas ao varejo que atuam no comércio eletrônico e têm interesse comum identificável. Dispõe, por isso, de legitimidade ativa ad causam para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 103, IX).

2. Cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b). Também cabe a ela estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, podendo instituir regime único de arrecadação de impostos e contribuições.

3. Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i).

4. A EC nº 87/15 criou uma 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. Houve, portanto, substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária. O ICMS 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.

5. Convênio interestadual não pode suprir a ausência

RCL 50230 AGR / RS

de lei complementar dispendo 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 93/2015.

6. A Constituição também dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC nº 42/03).

7. A LC nº 123/06, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional –, trata de maneira distinta as empresas optantes desse regime em relação ao tratamento constitucional geral atinente ao denominado diferencial de alíquotas de ICMS referente às operações de saída interestadual de bens ou de serviços a consumidor final não contribuinte. Esse imposto, nessa situação, integra o próprio regime especial e unificado de arrecadação instituído pelo citado diploma.

8. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional nº 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte.

9. Existência de medida cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária

RCL 50230 AGR / RS

(CONFAZ), até o julgamento final daquela ação.

10. Ação direta julgada procedente, declarando-se 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), por invasão de campo próprio de lei complementar federal.

11. Modulação dos 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 presente 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.'

8. Quanto ao marco temporal para as ações judiciais em curso, o Ministro Dias Toffoli, Relator, consignou o seguinte no voto condutor dos subsequentes embargos de declaração opostos na ADI 5.469: "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" (grifei).

9. Nesse cenário, não está inserido na ressalva da modulação o mandando de segurança impetrado na origem pela parte ora reclamante, tendo em conta que proposto apenas

RCL 50230 AGR / RS

em 03.03.2021 – posteriormente à data de julgamento da ADI 5.469, em 24.02.2021. De modo que não prosperam as alegações da reclamante.

10. Diante do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação, ficando prejudicado o exame do pedido liminar. 11. Sem honorários, porquanto não citada a parte interessada. Em caso de interposição de recurso, deve a parte reclamante atribuir valor à causa.”

2. A parte agravante reitera os argumentos aduzidos na inicial. Afirma que, ao deixar de reconhecer a inconstitucionalidade do DIFAL, o juízo reclamado teria afrontado expressamente a decisão desta Corte proferida na ADI 5.469. Defende que deveria ter sido concedida a liminar, ainda que de forma parcial, para “garantir a suspensão da cobrança do DIFAL a partir de 2022”. Insiste que, na Rcl 51.276, de minha relatoria, teria sido acolhida a sua pretensão. Argumenta que “considerar a data da sessão de julgamento como critério temporal, *in casu*, seria colidir frontalmente contra o próprio entendimento da Suprema Corte no concernente às decisões de controle de constitucionalidade”.

3. Requer-se, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao colegiado, para que ao final seja dado seguimento à presente reclamação, “bem como, desde já, seja examinado e concedido o pedido liminar já formulado na reclamação, especialmente no que diz respeito ao item ‘b’, determinando-se a suspensão imediata da exigibilidade do DIFAL nas operações da agravante envolvendo consumidor final localizado no Estado do Rio Grande do Sul, até que a questão da inconstitucionalidade seja superada”.

4. **É o relatório.**

02/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 50.230 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Deixo de abrir prazo para contrarrazões, na medida em que está sendo mantida a decisão que aproveita à parte agravada. Passo à análise do recurso.

2. O agravo interno não merece provimento, tendo em vista que a parte recorrente não traz argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

3. Conforme consignado na decisão agravada, no julgamento conjunto da ADI 5.469 e do RE 1.287.019 (paradigma do Tema 1.093-RG), em 24.02.2021, o Supremo Tribunal Federal declarou 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) e fixou 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”. Na ocasião, foram modulados os efeitos da decisão da ação de controle abstrato de constitucionalidade, para que, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a decisão produzisse efeito a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022), ficando ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso.

4. Quanto ao marco temporal para as ações judiciais em curso, o Ministro Dias Toffoli, Relator, consignou o seguinte no voto condutor dos subsequentes embargos de declaração opostos na ADI 5.469: “a Corte, também por maioria, concluiu ser o caso de se

RCL 50230 AGR / RS

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**” (grifei).

5. Nesse cenário, não está inserido na ressalva da modulação o mandando de segurança impetrado na origem pela parte ora reclamante, tendo em conta que proposto apenas em 03.03.2021 — posteriormente à data de julgamento da ADI 5.469, em 24.02.2021. De modo que não prosperam as alegações da reclamante.

6. No mesmo sentido, cito a Rcl 51.289, Rel. Min. Dias Toffoli; e a Rcl 51.853, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia.

7. Por fim, ressalto que a situação nestes autos é diversa da analisada na Rcl 51.275.

8. Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

9. **É como voto.**

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 50.230

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S) : MOSARTE INDUSTRIA E COMERCIO DE MOSAICOS LTDA

ADV.(A/S) : CESAR RICARDO RIBEIRO MOCCELIN JUNIOR (28661/SC)

AGDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 22.4.2022 a 29.4.2022.

Composição: Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Dias Toffoli, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processos para esta Sessão o Ministro André Mendonça, não tendo participado do julgamento desses feitos a Ministra Cármen Lúcia.

Luiz Gustavo Silva Almeida
Secretário da Primeira Turma