



Número: **0804734-62.2021.8.14.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA**

Última distribuição : **26/05/2021**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0813172-47.2021.8.14.0301**

Assuntos: **Exclusão - ICMS, Liminar**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
PARAISO COMERCIO VAREJISTA DE COSMETICOS LTDA - ME (AGRAVANTE)	ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO (ADVOGADO)
ESTADO DO PARA (AGRAVADO)	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)	MARIA DA CONCEICAO DE MATTOS SOUSA (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
7338975	01/12/2021 12:39	Acórdão	Acórdão
7204053	01/12/2021 12:39	Ementa	Ementa
7204050	01/12/2021 12:39	Voto do Magistrado	Voto
7204033	01/12/2021 12:39	Relatório	Relatório



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) - 0804734-62.2021.8.14.0000

AGRAVANTE: PARAISO COMERCIO VAREJISTA DE COSMETICOS LTDA - ME

AGRAVADO: ESTADO DO PARA

RELATOR(A): Desembargadora MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ICMS DECORRENTE DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE Nº 1287019 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5469. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PARA O EXERCÍCIO SEGUINTE (2022) E PARA AS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ A DATA DO JULGAMENTO OCORRIDO EM 24.02.2021. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE NÃO ABRANGIDA PELA MODULAÇÃO. REGULARIDADE NA



EXIGÊNCIA DO DIFAL. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. À UNANIMIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia recursal em definir se deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela de evidência por meio do qual a Recorrente objetiva a suspensão da exigibilidade do ICMS decorrente do Diferencial de Alíquota (DIFAL), que consiste na diferença obtida entre a alíquota interna da UF do destinatário e a alíquota interestadual.

2. A modulação realizada pelo STF no julgamento da ADI nº 5469 definiu que a inconstitucionalidade do DIFAL, em decorrência da inexistência de Lei Complementar que discipline a matéria, deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021.

3. A ação originária foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, após o julgamento realizado pelo Supremo em 24.02.2021, não estando, portanto, abrangida pela exceção da modulação dos efeitos da decisão.

4. Não se afigura razoável o argumento de que deve ser considerada a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021), como marco temporal para considerar as ações ajuizadas antes do julgado, uma vez que a decisão ressalva expressamente as ações judiciais em curso. Além disto, a pretensão da Recorrente contraria a própria finalidade da modulação dos efeitos da decisão, que é estabelecer segurança



jurídica às relações existentes na ocasião do julgamento.

5. Recurso conhecido e não provido à unanimidade.

ACÓRDÃO

-

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Agravo de Instrumento, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

Julgamento ocorrido na 38ª Sessão Ordinária do Plenário Virtual da 1ª Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no período de 22 a 29 de novembro de 2021.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

Desembargadora Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo (processo nº 0804734-62.2021.8.14.0000 - PJE)



interposto por PARAÍSO COMÉRCIO VAREJISTA DE COSMÉTICOS LTDA contra ESTADO DO PARÁ, em razão da decisão interlocutória proferida pelo M.M. Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos da Ação Declaratória (processo n. 0813172-47.2021.8.14.0301 – PJE) ajuizada pela Agravante.

A decisão agravada foi proferida com a seguinte conclusão:

(...) É certo que tal decisão produzirá efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão, porém, alcança as ações judiciais em curso e os contribuintes optantes do sistema SIMPLES.

No caso, a ação foi distribuída em 25/02/21, assim, NÃO faz jus à aplicação dos efeitos da citada decisão.

Diante do exposto, INDEFIRO A TUTELA DE EVIDÊNCIA.

P.R. e Intimem-se as autoras, a SEFA /PA e a PGE/PA, dando ciência desta decisão.

Cite-se o Estado do Pará, por seu Procurador Geral, para apresentar contestação no prazo legal (...)

Em suas razões, a Agravante aduz que deve ser deferido o pedido de suspensão de exigibilidade do ICMS referente ao diferencial de alíquota (DIFAL), que consiste na diferença obtida entre a alíquota interna da UF do destinatário e a alíquota interestadual.



Sustenta que a exigência do DIFAL é inconstitucional, o que foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469 em que sedimentou-se o entendimento acerca da inconstitucionalidade na exigência do DIFAL enquanto não for editada lei complementar nacional regulamentando a cobrança do imposto previsto na EC 87/2015.

Assevera que o STF modulou os efeitos do julgado, definindo que os efeitos da inconstitucionalidade deverão ser aplicados a partir do ano de 2022, ressalvando-se as ações judiciais em curso, o que afirma ser o caso da ação originária que foi ajuizada em 25.02.2021, antes da publicação da ata do julgamento realizado pela Corte Suprema.

Requer a concessão de efeito suspensivo, com a suspensão da exigibilidade do ICMS-DIFAL, e ao final, o provimento do recurso.

Coube-me a relatoria do feito por distribuição.

O recurso foi recebido, tendo sido indeferido o pedido de efeito suspensivo.



O Agravado apresentou contrarrazões refutando a pretensão da Agravante e requerendo o não provimento do recurso.

Em manifestação, a Procuradoria de Justiça do Ministério Público se pronuncia pelo conhecimento e não provimento do Agravo de Instrumento.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Agravo de Instrumento, passando a apreciá-lo.

Cinge-se a controvérsia recursal em definir se deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela de evidência por meio do qual a Recorrente objetiva a suspensão da exigibilidade do ICMS decorrente do Diferencial de Alíquota (DIFAL), que consiste na diferença obtida entre a alíquota interna da UF do destinatário e a alíquota interestadual.



Os requisitos para a concessão da tutela de evidência estão previstos no art. 311 do CPC/15, que dispõe:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Vê-se, portanto, que a medida antecipatória decorre de um juízo de probabilidade, observada independentemente da existência da existência do perigo de dano.

Em análise aos documentos que instruem a ação originária e o presente recurso, é possível constatar que não há demonstração da probabilidade do direito de forma a ser deferido o pedido de tutela de evidência.



A Recorrente sustenta que a declaração de inconstitucionalidade do DIFAL na forma definida pelo STF no julgamento do RE nº 1287019 (Tema 1093) e da Ação Direta ADI nº 5469 deve ser aplicada à presente demanda, conforme definido na modulação realizada pela Corte Suprema.

Contudo, constata-se que a modulação realizada no julgado do STF definiu que a inconstitucionalidade do DIFAL, em decorrência da inexistência de Lei Complementar que discipline a matéria, deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021. Vejamos:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar 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, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, 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. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

No entanto, a ação originária foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, após o julgamento realizado pelo Supremo em 24.02.2021, não estando, portanto, abrangida pela exceção da modulação dos efeitos da decisão.

Com efeito, não se afigura razoável o argumento de que deve ser considerada a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021), como marco temporal para considerar as ações ajuizadas antes do julgado, uma vez que a decisão ressalva expressamente as ações judiciais em curso.

Além disto, a pretensão da Recorrente contraria a própria finalidade da modulação dos efeitos da decisão, que é estabelecer segurança jurídica às relações existentes na ocasião do julgamento.



Neste sentido, este E. Tribunal já se manifestou acerca do tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.287.019, LEADING CASE NO TEMA 1093, E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5469/DF, NO SENTIDO DE QUE É INCONSTITUCIONAL A COBRANÇA DO DIFAL ANTES DA EDIÇÃO DE UMA LEI COMPLEMENTAR QUE DISCIPLINE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87 /2015, SENDO SIDO 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". MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EFEITOS DA DECISÃO A PARTIR DE 01 DE JANEIRO DE 2022, RESSALVANDO-SE OS PROCESSOS EM CURSO, EM RELAÇÃO AOS QUAIS, A DECISÃO TEM EFEITOS IMEDIATOS, INCLUSIVE RETROATIVOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Julgado em 24 de fevereiro de 2021. Impetração em da ação de mandado de segurança n. 0814147-69.2021.8.14.0301 em 01 de março de 2021 (Id num 23832309, pág. 01/13 dos autos principais). Considera-se as ações em curso apenas as ações interpostas até 23 de fevereiro de 2021, a ser beneficiadas com o efeito da modulação. 3. Somente inexistindo modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é que se entende a eficácia vinculante das decisões proferidas pelo plenário do STF em controle concentrado a partir da publicação da ata de julgamento.

4. Recurso conhecido e improvido.

(TJ/PA. Agravo de Instrumento nº 0804319-79.2021.8.14.0000. Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 2ª Turma de Direito Público, Julgado em 03.08.2021. Publicado em 31.08.2021).

No mesmo sentido, o entendimento dos tribunais pátrios:



APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFAL NAS OPERAÇÕES PARA DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. TEMA 1093/STF. INCIDÊNCIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INICIAL INDEFERIDA NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. AMPARA/RS. COBRANÇA ACESSÓRIA AO DIFAL. EXIGIBILIDADE TAMBÉM PRESERVADA. \n1. No julgamento conjunto da ADI nº 5469 e do RE nº 1287019, TEMA 1093/STF, acabou firmada TESE no sentido 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\ Mas houve modulação de efeitos, postergada para o exercício financeiro seguinte (2022), exceto para as ações em curso. 2. Embora, de regra, a eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorra a partir da publicação da ata de seu julgamento e, nesse sentido, vinham sendo resolvidas as demandas propostas, a partir do julgamento do Tema 1093, especificamente no que diz respeito a serem ressalvadas da modulação de efeitos, recente decisão do STF esclareceu, em sede de embargos de declaração, na ADI 5469, que foram ressalvadas \da modulação, contudo, as ações judiciais então em curso, ou seja, as ações judiciais propostas até a data do referido julgamento\ Logo, em se tratando de Mandado de Segurança impetrado em 05-04-2021, dias depois do julgamento, o indeferimento da inicial era mesmo de rigor, já que não há falar em direito líquido e certo diante de marco temporal definido pelo STF. 3. Como o adicional destinado ao Fundo de Combate à Pobreza, previsto no art. 82, § 1º, do ADCT e instituído no Estado do Rio Grande do Sul pela Lei Estadual n.º 14.742/2015, é uma cobrança acessória ao DIFAL, tem-se que, se é exigível o DIFAL também o é o AMPARA. \APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 50336488620218210001 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 01/09/2021, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 02/09/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS DÉBITOS DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS - DIFAL E DO



ADICIONAL DE ALÍQUOTA DO ICMS PARA O FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA FECP. TEMA 1093. AÇÃO PROPOSTA APÓS DECISÃO DO STF. NÃO APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 01 - No julgamento do TEMA 1093, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela necessidade de lei complementar disciplinadora para que fosse possível a 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, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, que somente deve produzir efeito a partir do exercício financeiro seguinte, ou seja, ano de 2022, ressalvando a proposta de modulação as ações judiciais em curso. 02 - Considerando que a ação originária foi proposta em 26.02.2021, portanto após o julgamento do TEMA 1093, que aconteceu em 24 de fevereiro de 2021, não se aplica ao caso em tela de forma imediata. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-AL - AI: 08022760820218020000 AL 0802276-08.2021.8.02.0000, Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 16/06/2021, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/06/2021)

Corroborando com o acima exposto, o órgão ministerial se manifestou nos presentes autos (Num. 6416680 - Pág. 5):

Posto isto, num juízo perfunctório, próprio do presente recurso, não faz jus o ora agravante à aplicação dos efeitos da citada decisão, uma vez que a ação foi distribuída em 25/02/21, tendo o Supremo Tribunal Federal modulado os efeitos, ao caso, no sentido de que a inconstitucionalidade deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021.



Ante o exposto, **CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO** ao
Agravado de Instrumento, nos termos fundamentação.

É o voto.

Belém, 22 de novembro de 2021.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

Desembargadora Relatora

Belém, 29/11/2021



AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE ICMS DECORRENTE DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (DIFAL). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE Nº 1287019 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5469. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PARA O EXERCÍCIO SEGUINTE (2022) E PARA AS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ A DATA DO JULGAMENTO OCORRIDO EM 24.02.2021. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE NÃO ABRANGIDA PELA MODULAÇÃO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DO DIFAL. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. À UNANIMIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia recursal em definir se deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela de evidência por meio do qual a Recorrente objetiva a suspensão da exigibilidade do ICMS decorrente do Diferencial de Alíquota (DIFAL), que consiste na diferença obtida entre a alíquota interna da UF do destinatário e a alíquota interestadual.

2. A modulação realizada pelo STF no julgamento da ADI nº 5469 definiu que a inconstitucionalidade do DIFAL, em decorrência da inexistência de Lei Complementar que discipline a matéria, deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do



juízo ocorrido em 24.02.2021.

3. A ação originária foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, após o julgamento realizado pelo Supremo em 24.02.2021, não estando, portanto, abrangida pela exceção da modulação dos efeitos da decisão.

4. Não se afigura razoável o argumento de que deve ser considerada a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021), como marco temporal para considerar as ações ajuizadas antes do julgado, uma vez que a decisão ressalva expressamente as ações judiciais em curso. Além disto, a pretensão da Recorrente contraria a própria finalidade da modulação dos efeitos da decisão, que é estabelecer segurança jurídica às relações existentes na ocasião do julgamento.

5. Recurso conhecido e não provido à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Agravo de Instrumento, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

Julgamento ocorrido na 38ª Sessão Ordinária do Plenário Virtual da 1ª Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no período de 22 a 29 de novembro de 2021.



ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

Desembargadora Relatora



Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Agravo de Instrumento, passando a apreciá-lo.

Cinge-se a controvérsia recursal em definir se deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela de evidência por meio do qual a Recorrente objetiva a suspensão da exigibilidade do ICMS decorrente do Diferencial de Alíquota (DIFAL), que consiste na diferença obtida entre a alíquota interna da UF do destinatário e a alíquota interestadual.

Os requisitos para a concessão da tutela de evidência estão previstos no art. 311 do CPC/15, que dispõe:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir



liminarmente.

Vê-se, portanto, que a medida antecipatória decorre de um juízo de probabilidade, observada independentemente da existência da existência do perigo de dano.

Em análise aos documentos que instruem a ação originária e o presente recurso, é possível constatar que não há demonstração da probabilidade do direito de forma a ser deferido o pedido de tutela de evidência.

A Recorrente sustenta que a declaração de inconstitucionalidade do DIFAL na forma definida pelo STF no julgamento do RE nº 1287019 (Tema 1093) e da Ação Direta ADI nº 5469 deve ser aplicada à presente demanda, conforme definido na modulação realizada pela Corte Suprema.

Contudo, constata-se que a modulação realizada no julgado do STF definiu que a inconstitucionalidade do DIFAL, em decorrência da inexistência de Lei Complementar que discipline a matéria, deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021. Vejamos:



"Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar 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, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, 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. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

No entanto, a ação originária foi ajuizada em 25.02.2021, ou seja, após o julgamento realizado pelo Supremo em 24.02.2021, não estando, portanto, abrangida pela exceção da modulação dos efeitos da decisão.



Com efeito, não se afigura razoável o argumento de que deve ser considerada a data de publicação da ata de julgamento (03.03.2021), como marco temporal para considerar as ações ajuizadas antes do julgado, uma vez que a decisão ressalva expressamente as ações judiciais em curso.

Além disto, a pretensão da Recorrente contraria a própria finalidade da modulação dos efeitos da decisão, que é estabelecer segurança jurídica às relações existentes na ocasião do julgamento.

Neste sentido, este E. Tribunal já se manifestou acerca do tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.287.019, LEADING CASE NO TEMA 1093, E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5469/DF, NO SENTIDO DE QUE É INCONSTITUCIONAL A COBRANÇA DO DIFAL ANTES DA EDIÇÃO DE UMA LEI COMPLEMENTAR QUE DISCIPLINE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87 /2015, SENDO SIDO 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". MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EFEITOS DA DECISÃO A PARTIR DE 01 DE JANEIRO DE 2022, RESSALVANDO-SE OS PROCESSOS EM CURSO, EM RELAÇÃO AOS QUAIS, A DECISÃO TEM EFEITOS IMEDIATOS, INCLUSIVE RETROATIVOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.



1. Julgado em 24 de fevereiro de 2021. Impetração em da ação de mandado de segurança n. 0814147-69.2021.8.14.0301 em 01 de março de 2021 (Id num 23832309, pág. 01/13 dos autos principais). Considera-se as ações em curso apenas as ações interpostas até 23 de fevereiro de 2021, a ser beneficiadas com o efeito da modulação. 3. Somente inexistindo modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é que se entende a eficácia vinculante das decisões proferidas pelo plenário do STF em controle concentrado a partir da publicação da ata de julgamento.

4. Recurso conhecido e improvido.

(TJ/PA. Agravo de Instrumento nº 0804319-79.2021.8.14.0000. Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 2ª Turma de Direito Público, Julgado em 03.08.2021. Publicado em 31.08.2021).

No mesmo sentido, o entendimento dos tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFAL NAS OPERAÇÕES PARA DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. TEMA 1093/STF. INCIDÊNCIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INICIAL INDEFERIDA NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. AMPARA/RS. COBRANÇA ACESSÓRIA AO DIFAL. EXIGIBILIDADE TAMBÉM PRESERVADA. \n1. No julgamento conjunto da ADI nº 5469 e do RE nº 1287019, TEMA 1093/STF, acabou firmada TESE no sentido 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\ Mas houve modulação de efeitos, postergada para o exercício financeiro seguinte (2022), exceto para as ações em curso. 2. Embora, de regra, a eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorra a partir da publicação da ata de seu julgamento e, nesse sentido, vinham sendo resolvidas as demandas propostas, a partir do julgamento do Tema 1093, especificamente no que diz respeito a serem ressalvadas da modulação de efeitos, recente decisão do STF



esclareceu, em sede de embargos de declaração, na ADI 5469, que foram ressalvadas \da modulação, contudo, as ações judiciais então em curso, ou seja, as ações judiciais propostas até a data do referido julgamento\. Logo, em se tratando de Mandado de Segurança impetrado em 05-04-2021, dias depois do julgamento, o indeferimento da inicial era mesmo de rigor, já que não há falar em direito líquido e certo diante de marco temporal definido pelo STF. 3. Como o adicional destinado ao Fundo de Combate à Pobreza, previsto no art. 82, § 1º, do ADCT e instituído no Estado do Rio Grande do Sul pela Lei Estadual n.º 14.742/2015, é uma cobrança acessória ao DIFAL, tem-se que, se é exigível o DIFAL também o é o AMPARA. \APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 50336488620218210001 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 01/09/2021, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 02/09/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS DÉBITOS DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS - DIFAL E DO ADICIONAL DE ALÍQUOTA DO ICMS PARA O FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA FECP. TEMA 1093. AÇÃO PROPOSTA APÓS DECISÃO DO STF. NÃO APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 01 - No julgamento do TEMA 1093, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela necessidade de lei complementar disciplinadora para que fosse possível a 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, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, que somente deve produzir efeito a partir do exercício financeiro seguinte, ou seja, ano de 2022, ressalvando a proposta de modulação as ações judiciais em curso. 02 - Considerando que a ação originária foi proposta em 26.02.2021, portanto após o julgamento do TEMA 1093, que aconteceu em 24 de fevereiro de 2021, não se aplica ao caso em tela de forma imediata. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-AL - AI: 08022760820218020000 AL 0802276-08.2021.8.02.0000, Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 16/06/2021, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/06/2021)



Corroborando com o acima exposto, o órgão ministerial se manifestou nos presentes autos (Num. 6416680 - Pág. 5):

Posto isto, num juízo perfunctório, próprio do presente recurso, não faz jus o ora agravante à aplicação dos efeitos da citada decisão, uma vez que a ação foi distribuída em 25/02/21, tendo o Supremo Tribunal Federal modulado os efeitos, ao caso, no sentido de que a inconstitucionalidade deve ser considerada a partir do ano 2022, excetuando-se apenas as ações em andamento na data do julgamento ocorrido em 24.02.2021.

Ante o exposto, **CONHEÇO e NEGÓ PROVIMENTO** ao Agravo de Instrumento, nos termos fundamentação.

É o voto.

Belém, 22 de novembro de 2021.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

Desembargadora Relatora



Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo (processo nº 0804734-62.2021.8.14.0000 - PJE) interposto por PARAÍSO COMÉRCIO VAREJISTA DE COSMÉTICOS LTDA contra ESTADO DO PARÁ, em razão da decisão interlocutória proferida pelo M.M. Juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos da Ação Declaratória (processo n. 0813172-47.2021.8.14.0301 – PJE) ajuizada pela Agravante.

A decisão agravada foi proferida com a seguinte conclusão:

(...) É certo que tal decisão produzirá efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão, porém, alcança as ações judiciais em curso e os contribuintes optantes do sistema SIMPLES.

No caso, a ação foi distribuída em 25/02/21, assim, NÃO faz jus à aplicação dos efeitos da citada decisão.

Diante do exposto, INDEFIRO A TUTELA DE EVIDÊNCIA.

P.R. e Intimem-se as autoras, a SEFA /PA e a PGE/PA, dando ciência desta decisão.

Cite-se o Estado do Pará, por seu Procurador Geral, para apresentar contestação no prazo legal (...)

Em suas razões, a Agravante aduz que deve ser deferido o pedido de suspensão de exigibilidade do ICMS referente ao diferencial de alíquota (DIFAL), que consiste na diferença obtida



entre a alíquota interna da UF do destinatário e a alíquota interestadual.

Sustenta que a exigência do DIFAL é inconstitucional, o que foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469 em que sedimentou-se o entendimento acerca da inconstitucionalidade na exigência do DIFAL enquanto não for editada lei complementar nacional regulamentando a cobrança do imposto previsto na EC 87/2015.

Assevera que o STF modulou os efeitos do julgado, definindo que os efeitos da inconstitucionalidade deverão ser aplicados a partir do ano de 2022, ressalvando-se as ações judiciais em curso, o que afirma ser o caso da ação originária que foi ajuizada em 25.02.2021, antes da publicação da ata do julgamento realizado pela Corte Suprema.

Requer a concessão de efeito suspensivo, com a suspensão da exigibilidade do ICMS-DIFAL, e ao final, o provimento do recurso.

Coube-me a relatoria do feito por distribuição.



O recurso foi recebido, tendo sido indeferido o pedido de efeito suspensivo.

O Agravado apresentou contrarrazões refutando a pretensão da Agravante e requerendo o não provimento do recurso.

Em manifestação, a Procuradoria de Justiça do Ministério Público se pronuncia pelo conhecimento e não provimento do Agravo de Instrumento.

É o relatório.

