

02/03/2022

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 649 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S)	: ALAIN ALPIN MAC GREGOR
AGDO.(A/S)	: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S)	: RELATOR DA RCL Nº 34.919 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

Agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Pretensão de se alterar a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI nº 4.171/DF. Não observância do princípio da subsidiariedade. Decisão transitada em julgado.

1. Pretende-se, por meio da presente arguição, modificar acórdão transitado em julgado no qual o Tribunal Pleno modulou os efeitos da decisão proferida na ADI nº 4.717/DF.

2. A subsidiariedade constitui pressuposto geral de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem o qual a ação deve ser rejeitada de plano. Na espécie, a arguente poderia ter deduzido na citada ação direta – mas não o fez – a defesa dos preceitos fundamentais que, agora, aponta violados. Outrossim, a arguição de

ADPF 649 AGR / DF

descumprimento de preceito fundamental não tem como função desconstituir a coisa julgada. Precedentes.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 18 a 25/2/22, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso.

Brasília, 2 de março de 2022.

Ministro Dias Toffoli

Relator

02/03/2022

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 649 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S)	: ALAIN ALPIN MAC GREGOR
AGDO.(A/S)	: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S)	: RELATOR DA RCL Nº 34.919 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AGDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de agravo regimental contra decisão mediante a qual o Ministro **Luiz Fux** não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Eis a ementa da decisão agravada:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL – ADPF – CONFEDERAÇÃO NACIONAL
DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO –
ATENDIMENTO DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS –
LEGITIMIDADE ATIVA - NÃO CABIMENTO DA ADPF –
SUBSIDIARIEDADE – PRETENSÃO DE REANÁLISE DE

ADPF 649 AGR / DF

DECISÃO TOMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM ADI – IMPOSSIBILIDADE DE ADPF EM FACE DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO - EXISTÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL CABIVEL PARA IMPUGNAÇÃO NO CASO CONCRETO – NÃO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, nos autos da ADI 4171-DF, a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 110/2007 suspendendo, via modulação, os efeitos da decisão por seis meses a partir da publicação do acórdão. 2. A Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo pretende a manifestação do Plenário da Corte sobre a aplicação da modulação aos casos de ações judiciais já propostas no momento do julgamento, além da suspensão de todos os processos que tratam da matéria. 3. O Tribunal não conheceu de Embargos de Declaração interpostos com a finalidade de esclarecer o alcance da modulação às ações individuais. O Plenário da Corte reconheceu a ilegitimidade do embargante (Partido Social Liberal), tendo em vista que o partido não compôs nenhum dos polos da ADI. 4. A Lei 9.882/99 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exigem, para conhecimento da ADPF, a subsidiariedade, definida como a inexistência de outra medida judicial para a proteção dos preceitos fundamentais atingidos por ato do Poder Público. Precedentes. 5. A existência de trânsito em julgado das decisões apontadas como ato do Poder Público impugnado por ADPF impedem o conhecimento da demanda nesta sede. Precedentes. 6. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) não pode servir de sucedâneo de ação rescisória ou como instrumento para nova manifestação da Suprema Corte sobre caso já julgado. 7. A subsidiariedade passível de permitir o manejo da ADPF não se verifica quando a ação de controle concentrado (no caso, ADI) já foi utilizada pelo legitimado para a Arguição, que não ventilou a questão naquela demanda. 8. ADPF não conhecida.”

ADPF 649 AGR / DF

Aduz a agravante que não se vale da presente arguição como sucedâneo para rediscutir a matéria da ADI nº 4.171/DF. Diz que a questão aqui debatida não foi analisada pela Corte no julgamento de tal ação direta de inconstitucionalidade. Aduz se insurgir contra omissão existente no julgamento da ação direta em referência, consistente na ausência de manifestação acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para as ações em curso no controle difuso.

Segundo seu entendimento, em razão de a matéria concernente à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para as ações em curso não ter constado do acórdão da ADI nº 4.171/DF, não houve trânsito em julgado quanto a esse ponto.

Assevera a agravante que, independentemente de oposição de embargos de declaração contra esse acórdão, “a defesa da ordem constitucional em sua plenitude, nesse caso específico, exigia que a modulação de efeitos ressalvasse as ações já em curso no controle difuso”. Aponta a existência de decisões judiciais nas quais houve a extensão para o controle difuso de constitucionalidade da modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI nº 4.171/DF.

Entende que não há outra medida judicial cabível para a proteção dos preceitos fundamentais invocados (direito de ação, igualdade ou isonomia e segurança jurídica). Sustenta que a efetiva lesão desses preceitos só veio a ocorrer após o trânsito em julgado da ação direta em alusão, quando os Tribunais locais “começaram a estender de forma automática a modulação de efeitos no controle concentrado para as ações em curso no controle difuso”.

O Procurador-Geral da República opinou pelo não provimento do agravo regimental.

É o relatório.

02/03/2022

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 649 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Cuida-se de agravo regimental contra decisão mediante a qual o Ministro **Luiz Fux** não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na arguição se pleiteia que seja definido que a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI nº 4.171/DF não se aplica às ações em trâmite, devendo a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/07 e alterações ter aplicação **ex tunc** para todos os contribuintes que ingressaram com ações antes do trânsito em julgado da citada ação direta. Invocaram-se como preceitos fundamentais violados o direito de ação, a igualdade ou a isonomia e a segurança jurídica.

Como se sabe, os pressupostos de cabimento da ADPF podem ser subdivididos em pressupostos gerais e o pressuposto específico previsto no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999 (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278-292).

Os pressupostos gerais, sempre exigíveis, são: a demonstração de violação em tese de preceito fundamental (**caput** do art. 1º da Lei nº 9.882/99); e não haver outro meio eficaz de sanar a lesividade arguida na ação, exigência denominada de “princípio da subsidiariedade” (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99).

O pressuposto específico corresponde à demonstração da existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Tal como asseverou o Ministro **Luiz Fux** na decisão agravada, a meu ver, a presente arguição não atende ao princípio da subsidiariedade.

ADPF 649 AGR / DF

Esteve em debate, na ação direta em alusão, a qual também foi proposta pela CNC, parte da sistemática de tributação dos combustíveis, tendo presentes aqueles dispositivos do Convênio ICMS nº 110/07, com a redação conferida pelo Convênio ICMS nº 101/08 e pelo Convênio ICMS nº 136/08.

O Tribunal Pleno concluiu pela inconstitucionalidade das normas questionadas naquela ação direta, assentando não ser possível se exigir dos contribuintes (distribuidoras de combustíveis) o estorno do crédito de ICMS na forma de recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido – imposto esse relativo ao álcool e ao biodiesel adquiridos pelas distribuidoras para serem misturados à gasolina e ao óleo diesel.

A Corte modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, consignando que a decisão tivesse eficácia a partir de 6 (seis) meses da publicação do acórdão, nos termos propostos pela Relatora, Ministra **Ellen Gracie**. Para se chegar a essa medida, foram ponderados os interesses dos contribuintes e dos estados e considerada a segurança jurídica.

Transcrevo trecho do voto de Sua Excelência a respeito da proposta de modulação:

“é preciso considerar que o reconhecimento da invalidade do ‘estorno mediante recolhimento’, no bojo da sistemática de tributação adotada para os combustíveis, implicará prejuízo aos estados sedes das distribuidoras que não sejam ao mesmo tempo sede das usinas e local de consumo do combustível final. Estes estados sede de distribuidoras não conseguirão mais se ressarcir do ônus suportado. De um lado, sofrerão dedução do valor correspondente ao ICMS-diferido relativo ao álcool (AEAC) e ao biodiesel (B5) [sic] e, de outro, não receberão o repasse do ICMS sobre a gasolina C e sobre o óleo diesel B5. Por isso, proponho a modulação temporal dos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade a fim de que a presente decisão tenha eficácia a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, tempo em que poderão os estados adotar modelo diverso e que não gere a distorção

ADPF 649 AGR / DF

demonstrada.”

Destaca-se que Sua Excelência não ressalvou da modulação dos efeitos da decisão nenhuma ação em curso ou nenhuma ação que viesse a ser ajuizada nas quais se discutissem os dispositivos declarados inconstitucionais.

O julgado foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC. CABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO AÇÃO PARA O QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DE CONVÊNIO FIRMADO PELOS ESTADOS MEMBROS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PARÁGRAFOS 10 E 11 DA CLÁUSULA VIGÉSIMA DO CONVÊNIO ICMS 110/2007, COM REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 101/2008 E, MEDIANTE ADITAMENTO, TAMBÉM COM A REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 136/2008. ESTORNO, NA FORMA DE RECOLHIMENTO, DO VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS DIFERIDO. NATUREZA MERAMENTE CONTÁBIL DO CRÉDITO DO ICMS. O DIFERIMENTO DO LANÇAMENTO DO ICMS NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO. ESTABELECIMENTO DE NOVA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE CONVÊNIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 145, § 1º; 150, INCISO I; E 155, § 2º, INCISO I E § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. I - A legitimidade da Confederação Nacional do Comércio - CNC para propor ação direta de constitucionalidade questionando dispositivos do interesse de setores do comércio já foi reconhecida por este Tribunal na ADI 1.332/RJ, de relatoria do Min. Sydney Sanches. II - Cabe a ação direta de inconstitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituírem atos normativos de caráter estrutural, requeridos pelo próprio texto Constitucional (art.

ADPF 649 AGR / DF

155, § 5º). Precedente da Corte. III – O Convênio 110/2007, com a redação dos Convênios 101/2008 e 136/2008, atribuiu às refinarias de petróleo (que efetuam a venda de gasolina A às distribuidoras) a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações comerciais interestaduais com o álcool etílico anidro combustível (AEAC) e biodiesel (B100), realizadas entre as usinas e destilarias, de um lado, e as distribuidoras de combustíveis, de outro (§ 5º da Cláusula Vigésima Primeira). IV – Os §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, preveem o estorno do crédito, condizente com a saída de mercadoria sem incidência do ICMS, na forma de recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido, e não mediante anulação escritural. É dizer, em vez de ser determinado o estorno de um crédito, determina-se a realização de um recolhimento. V - A distribuidora não se credita do ICMS diferido que onerou a operação de entrada, já que não há pagamento direto por ela. Isso porque a operação posterior de venda dos combustíveis gasolina tipo C e óleo diesel B5 aos postos em operação interestadual será imune e a distribuidora simplesmente informa à refinaria para o repasse. VI - As matérias passíveis de tratamento via convênio são aquelas especificadas no § 4º do art. 155 da Constituição Federal. Portanto, não poderia o Convênio, a título de estorno, determinar novo recolhimento, inovando na ordem jurídica, transmutando a medida escritural – anulação de um crédito – em obrigação de pagar. VII - Além disso, considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita, a outro Estado, implica bitributação não autorizada pela Carta Magna. VIII - Inexistência de violação à destinação constitucional do ICMS sobre operações com combustíveis derivados de petróleo (art. 155, § 4º, I), na medida em que o montante recolhido a título de estorno diz respeito ao ICMS diferido, incidente sobre o álcool (AEAC) e o biodiesel (B100), e

ADPF 649 AGR / DF

que não compromete o repasse do valor do ICMS presumido sobre a operação final com combustível derivado de petróleo ao Estado de destino. IX – Necessidade, em homenagem à segurança jurídica, da modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão. X - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (ADI nº 4.171/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ellen Gracie**, red. do ac. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 21/8/15 – grifo nosso).

Contra o acórdão, o Partido Social Liberal (PSL) opôs embargos de declaração aduzindo omissão da Corte acerca da modulação dos efeitos da decisão em relação às ações em trâmite ou findas no âmbito do controle difuso. Requereu que fosse determinada “a modulação híbrida dos efeitos da ADIn 4171/DF quanto aos contribuintes que se insurgiram por meio do controle difuso (preservação das ações em trâmite ou já julgadas)”.

O Tribunal Pleno não conheceu dos embargos de declaração sob o fundamento de que o PSL não possuía legitimidade recursal, pois, embora o partido fosse legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, não era parte na ação direta em questão.

A decisão transitou em julgado em 20/11/18. Operou-se o efeito preclusivo da coisa julgada.

Como se nota, **a própria CNC poderia ter formulado, na ação direta em alusão, o mesmo pedido constante da presente arguição, mas não o fez.** Isso é, a ação direta em referência, incluindo os embargos de declaração passíveis de serem manejados (os quais a CNC deixou de opor), consistia em instrumento hábil para se deduzir a defesa dos preceitos fundamentais que, agora, a arguente aponta terem sido violados.

Corroborando a compreensão, destaco a seguinte passagem da decisão ora agravada:

ADPF 649 AGR / DF

“No caso concreto, a via alternativa em sede objetiva já foi utilizada pela entidade autora. Tal qual se verifica do contido nestes autos, a autora da demanda em que se aponta a origem do descumprimento de preceito fundamental (ADI 4171/DF) é a própria CNC. Ou seja, a entidade já se valeu de outra demanda judicial de controle objetivo de constitucionalidade em que a matéria foi objeto de debate.

O ponto é que a controvérsia em específico que agora se recoloca a este Tribunal não foi em momento algum ventilada pela autora naqueloutro caso.

(...)

Em verdade, a entidade autora desta ADPF não se prontificou, em tempo hábil, a esgrimar seus argumentos naquela demanda de controle de constitucionalidade no sentido de proteger os preceitos fundamentais que agora diz terem sido violados.

Deste contexto, o que emerge é que a CNC está a se valer da presente ADPF como um sucedâneo para rediscutir a matéria daquela ADI, que já conta com decisão transitada em julgado. Há inobservância frontal e imediata às disposições do art. 4º, § 1º da Lei 9.882/99, segundo o qual: ‘Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.’”

Ademais, em sentido convergente com o que defendeu Sua Excelência na decisão agravada, verifica-se que o acolhimento do pedido formulado nesta arguição importaria revisão da decisão transitada em julgado proferida na ADI nº 4.171/DF. Estaria sendo usada a presente arguição como ação rescisória.

Contudo, como já registrou o Ministro **Ricardo Lewandowski**, “este instituto de controle concentrado de constitucionalidade [ADPF] não tem como função desconstituir a coisa julgada” (ADPF nº 134/CE-AgR-terceiro, Tribunal Pleno, DJe de 7/8/09).

Vão na mesma direção os seguintes julgados: ADPF nº 369/PB, Tribunal Pleno, red. do ac. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 13/10/20;

ADPF 649 AgR / DF

ADPF nº 549/PB-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 24/9/20; ADPF nº 243/PB-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Edson Fachin**, DJe de 27/5/16; ADPF nº 176/RS-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 1º/12/14.

É certo, ademais, que não cabe ação rescisória contra decisões da Corte em sede de ação direta de inconstitucionalidade (art. 26 da Lei nº 9.868/99).

Por fim, cumpre ressaltar, como o fez o Procurador-Geral da República, que podem ser valer de reclamação os contribuintes que entenderem ter sido incorretamente aplicada, por órgão jurisdicional, a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI nº 4.171/DF.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 649

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E
TURISMO - CNC

ADV.(A/S) : ALAIN ALPIN MAC GREGOR (101780/RJ)

AGDO.(A/S) : SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : RELATOR DA RCL Nº 34.919 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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

AGDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

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

AGDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

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

AGDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 18.2.2022 a 25.2.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário