

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Em síntese, busca o embargante sanar alegada omissão no julgado, de modo que sejam ressalvadas da modulação dos efeitos da decisão, **além** das ações ajuizadas até 5/2/21, as hipóteses nas quais o contribuinte não recolheu o tributo em relação aos fatos geradores ocorridos até a data do início do julgamento de mérito (5/2/21), determinando-se, conseqüentemente, que fiquem obstados o prosseguimento das cobranças em curso bem como o início de novas cobranças, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, em relação aos fatos geradores ocorridos até tal data, com base em alíquotas majoradas inconstitucionais, limitando-se o tributo a ser exigido à incidência da alíquota aplicável às operações em geral.

Não está presente nenhuma hipótese autorizadora da oposição do recurso declaratório.

O julgado embargado não incorreu em omissão, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, todos os pontos colocados em debate, nos limites necessários ao deslinde do feito. Outrossim, a contradição que autoriza opor o recurso declaratório deve ser interna à decisão, verificada entre os fundamentos do julgado e sua conclusão, o que não ocorreu no caso em tela. Da mesma forma, a decisão não é obscura, pois a ela não faltam clareza nem certeza quanto ao que foi decidido.

Com efeito, na sessão de 12/11 a 22/11/21, a Corte fixou o entendimento de que não podem as operações com energia elétrica nem a prestação dos serviços de telecomunicação ser tributadas pelo ICMS com alíquota superior à estipulada para as operações em geral, quando presente a seletividade do imposto. Em relação à proposta de modulação dos efeitos da decisão originalmente por mim sugerida, votou favoravelmente o Ministro **Nunes Marques**. Após, o julgamento foi suspenso para a colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais Ministros a respeito dessa proposta.

Na continuidade do julgamento, na sessão virtual de 26/11/21 a 3/12/21, o Ministro **Gilmar Mendes** pediu vista dos autos. A apreciação da

modulação dos efeitos da decisão continuou na sessão virtual de 10/12/21 a 17/12/21, ocasião na qual apresentei nova proposta, em substituição à anterior.

Destaque-se que, pela nova proposta, a qual foi acolhida pela maioria Corte, a decisão embargada somente passa a produzir efeitos **a partir do exercício financeiro de 2024** . Isso significa que **a tributação questionada continua sendo possível de ser cobrada até o fim de 2023** . Isso é, até o advento do termo final, podem as operações com energia elétrica e a prestação dos serviços de telecomunicação ser tributadas pelo ICMS com alíquota superior à estipulada para as operações em geral, nos termos das leis de cada estado ou do Distrito Federal.

Apenas foram ressalvadas da modulação dos efeitos da decisão a ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21). Nessa toada, a Corte não ressalvou da modulação dos efeitos da decisão aquelas hipóteses a que se refere o embargante, no que vão **além** das ações judiciais em alusão.

Atente-se, nesse ponto, que o contribuinte o qual não recolheu o tributo em relação aos fatos geradores ocorridos até a data do início do julgamento de mérito, **mas ajuizou ação até essa data discutindo a matéria debatida no tema de repercussão geral** , estará ressalvado da modulação, no que diz respeito a tal ação.

De mais a mais, destaco que houve, no julgamento daquela nova proposta de modulação dos efeitos, a devida ponderação dos interesses em conflito, abarcando os dos estados-membros e do Distrito Federal bem como os dos contribuintes, considerando-se, ainda, que as perdas de arrecadação em razão da tese fixada ocorreriam em tempos difíceis.

Sobre o assunto, **vide** trecho do voto por mim proferido no julgado embargado:

“[R]ecentemente, o *Jota* publicou matéria, da qual participou o Diretor institucional do Comitê Nacional dos Secretários de Estado da Fazenda (Comsefaz), indicando que “a redefinição da alíquota, se seguido o entendimento do STF pelos estados em legislações locais, representaria uma perda anual estima por eles de R\$ 26,6 bilhões”. Por seu turno, o jornal *Diário do Nordeste* apontou que, no Ceará, a decisão da Corte enseja “perda de cerca de R\$ 1,6 bilhão por ano na arrecadação do ICMS”.

Recentemente, recebi em audiência os governadores dos estados e as respectivas procuradorias, os quais também peticionaram nos autos reproduzindo tabela na qual identificam que o impacto anual da decisão da Corte, tomando como base preços de 2019, varia, a depender do estado, de R\$ 19 milhões (Estado de Roraima) a R\$ 3,59 bilhões (Estado de São Paulo). Ainda a título de exemplo, vale citar que, à luz da mesma tabela, o impacto anual será (com arredondamento) de R\$ 1,45 bilhão para o Estado da Bahia; de R\$ 1,66 bilhão para o Estado do Goiás; de R\$ 3,08 bilhões para o Estado de Minas Gerais; de R\$ 3,10 bilhões para o Estado do Paraná; de R\$ 2,32 bilhões para o Estado do Rio de Janeiro; de R\$ 3,26 para o Estado do Rio Grande do Sul; e de R\$ 1,49 para o Estado de Santa Catarina.

Como se percebe, os montantes são elevados. É certo, ainda, que as perdas de arrecadação ocorrem em tempos difíceis e atingem estados cujas economias já estão combalidas.

Tendo presentes essas novas informações e ponderando os interesses e os valores em conflito, julgo que seria mais adequado, como dito acima, se estipular que a decisão da Corte produza efeitos **a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual (PPA) de cada unidade federada**.

A modulação dos efeitos da decisão tal como ora sugerida preservará o exercício financeiro em andamento (2021) e o próximo (2022), bem como o de 2023, ano em que tomarão posse os Governadores e os Deputados estaduais eleitos em 2022. Com isso, os impactos da decisão da Corte nas contas das unidades federadas serão amenizados em certa medida e num espaço de tempo adequado.

Ademais, considero importante ressaltar da modulação dos efeitos da decisão **certas ações já ajuizadas**. Note-se que medida como essa tem sido muito utilizada pela Corte (**vide, v.g.**, os julgamentos da ADI nº 5.469/DF-ED e do RE nº 574.706/PR-ED). Resta definir qual **marco temporal** razoável e condizente com as particularidades do presente caso deve ser adotado, a fim de se identificarem quais são as ações a ser ressaltadas.

Julgo ser mais adequado adotar como **marco o dia no qual foi proferido o voto do Ministro Marco Aurélio, isto é, 5/2/21** (data do início do julgamento do mérito). De um lado, isso **prestigiará aqueles que já haviam ingressado com ação até essa data**. Do outro lado, **não serão ressaltadas as ações ajuizadas após esse marco**.

Vale registrar o que disseram diversos estados da federação: 'o movimento de judicialização se intensificou nos últimos dias de julgamento do Tema 745/RG'. A proposta de modulação sugerida visa a combater tal espécie de corrida ao Poder Judiciário, a qual me parece muito prejudicial, considerando as citadas particularidades do presente tema e o mencionado contexto econômico-social do País e dos estados da Federação.

Ante o exposto, em substituição à proposta anteriormente por mim encaminhada, proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos **a partir do exercício financeiro de 2024**, **ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)**.

Corroborando a compreensão, **vide** trecho do voto do Ministro **Gilmar Mendes**, o qual apresentou voto-vista coincidente com aquela nova proposta de modulação dos efeitos da decisão que sugeri:

“Com efeito, o julgamento deste recurso extraordinário desdobrou-se em cenário fático condicionado por duas balizas inequívocas: (i) a atual sistemática do ICMS, considerado o princípio da seletividade, perdurou por longo período, sem resposta definitiva do Poder Judiciário; e (ii) a alteração dessa sistemática repercutiria de forma abrangente e significativa sobre a programação orçamentária dos Estados.

Em petição acostada aos autos no eDOC 460, os Estados de Santa Catarina, Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe e Tocantins, apresentaram o seguinte quadro de decréscimo abrupto de receitas:

(...)

Para além do vasto acervo documental colacionado durante a tramitação do processo, que evidenciou o papel relevante desempenhado pelo ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações nas finanças públicas, o Fórum dos Governadores também indicou ao Supremo Tribunal Federal, em reunião presidida pelo eminente Min. Relator, os impactos da compreensão adotada pela Corte no julgamento deste recurso na arrecadação financeira dos Estados.

Há inegável interesse social na adoção de solução temporal que contemple a realização de transição orçamentária pelos gestores estaduais, assegurando que as políticas públicas e especialmente o enfrentamento da pandemia de Covid-19 não resem prejudicados.

Nesse contexto, pondero que, diante da iminência da execução da Lei Orçamentária relativa a 2022 – parâmetro proposto pelo eminente Min. Relator -, o próximo plano plurianual (2024-2027) mostra-se como horizonte mais alargado e consentâneo com a necessidade de acomodar no planejamento financeiro dos Estados o impacto da perda de arrecadação do ICMS incidente sobre energia elétrica e telecomunicações.

(...)

A par desse aspecto, mostra-se necessário, em homenagem ao postulado da segurança jurídica e ao marco temporal ora estabelecido, estabelecer o horizonte de aplicação da orientação do Tribunal aos litígios já formalizados por ocasião do julgamento deste recurso extraordinário.

Portanto, devem ser resguardadas da modulação dos efeitos, consoante precedentes acima colacionados, especialmente a ADI 5469, as ações judiciais ajuizadas até o início do julgamento do mérito do recurso extraordinário (05/02/2021)".

Reitero, portanto, à luz das considerações acima, que não há que se falar em contradição, omissão ou obscuridade no acórdão embargado. Também é certo não haver no julgado nenhum erro material a ser corrigido. Insta, ademais, destacar que não se prestam os embargos de declaração para o fim de se promover o rejuízo da causa.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: ARE nº 934.932/MGAgR-ED, Primeira Turma, Rel. Min. **Edson Fachin**, DJe de 6/10/16; ARE nº 808.403/RJ-AgR-ED, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 19/10/16.

Ademais, à luz das considerações acima, não vislumbro razões para se alterar a modulação os efeitos da decisão.

Ante o exposto, voto pela rejeição dos embargos de declaração.

Plenário Virtual - minuta do voto