

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Os presentes embargos de declaração giram em torno de duas questões.

A primeira consiste na alegada nulidade da decisão embargada, na parte em que tratou da modulação dos efeitos da decisão. Nesse ponto, sustenta a embargante, em síntese, que: a) a modulação dos efeitos da decisão já teria sido afastada na sessão de 12/11/21 a 22/11/21; b) no julgamento da nova proposta de modulação dos efeitos foram integralmente acolhidos os argumentos constantes de requerimento protocolado pelo Estado de Santa Catarina somente em 25/11/21, sem que tenha havido a abertura de oportunidade para que a embargante e os **amici curiae** apresentassem argumentos contrários.

A segunda questão consiste na rediscussão da modulação dos efeitos da decisão. Nesse ponto, pretende a embargante que sejam ressalvadas da modulação todas as ações ajuizadas até a data da publicação da ata de julgamento do mérito do recurso extraordinário.

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, segundo a jurisprudência da Corte, é essencial, na alegação de nulidade, a demonstração concreta de prejuízo. Nesse sentido: RE nº 599.867/MG-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 6/11/17; RE nº 787.122/AgR-RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 17/3/17.

No caso, ora embargante, que é **parte** do processo, não demonstrou qual seria o efetivo prejuízo em relação ao caso concreto quanto à nulidade suscitada. Ademais, note-se que o Tribunal, por maioria, ressaltou da modulação dos efeitos da decisão as ações ajuizadas até 5/2/21, o que abarca

o feito em questão. Não se vislumbra, assim, qualquer prejuízo quanto ao presente caso concreto.

Como se isso não fosse o bastante, registro que, 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 **juízo foi suspenso** para a colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais Ministros a respeito dessa proposta. A respeito desse ponto, transcrevo a respectiva pertinente:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 745 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada a seguinte tese: "Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços". Por fim, quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, **o juízo foi suspenso para colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais ministros**. Plenário, Sessão Virtual de 12.11.2021 a 22.11.2021” (grifo nosso).

Como se vê, na sessão de 12/11/21 a 22/11/21, apenas se **iniciou** a apreciação da proposta de modulação dos efeitos da decisão, mas **não se finalizou** essa apreciação, em razão da suspensão do julgamento acima destacado. Não há que se falar, portanto, que, na ocasião, teria sido ela rejeitada.

Abro parêntese para consignar que a jurisprudência da Corte permite a adoção da medida de suspensão do julgamento para posterior apreciação

ou continuidade de apreciação de proposta de modulação dos efeitos da decisão. Nesse sentido, **vide** os julgamentos da ADI nº 5529/DF e da ADI 5.659/MG. Fecho parêntese.

Posteriormente, em continuidade de julgamento quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta, 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 prosseguiu 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, ficando ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).

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. Nesse contexto, chamo a atenção para o fato de que foram debatidos argumentos favoráveis e contrários a uns e a outros, e não apenas os que desfavoreciam os contribuintes. Note-se, aliás, ter o Ministro **Edson Fachin** votado pela não modulação dos efeitos da decisão.

Paralelamente a isso, cumpre lembrar que, presentes as condições para a modulação dos efeitos da decisão, a Corte tem o dever constitucional de estabelecê-la, inclusive na hipótese de sequer ter havido pedido formulado quanto a isso. Nesse sentido: ADI nº 3.601/DF-ED, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 15/10/10.

Passo a tratar da segunda questão ventilada nos embargos de declaração.

Verifica-se que, no julgado embargado, a Corte, ao tratar das ações a serem ressalvadas da modulação dos efeitos da decisão, adotou, por maioria, o marco por mim sugerido (data do início do julgamento do mérito), não aplicando, no caso, a data da prolação da decisão ou a data da publicação da ata de julgamento do mérito. Também aqui houve aquela ponderação dos interesses em conflito.

A respeito do assunto, transcrevo trecho do voto que proferi:

“[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 ressalvadas 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)**”.

Ainda sobre o assunto, vale conferir trecho do voto do Ministro **Gilmar Mendes** :

“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).

Dessa forma, com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos apenas a partir da vigência do Plano Plurianual 2024-2027, ressalvadas as ações ajuizadas até o início do julgamento do mérito deste 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 de voto - 20/05/2022 00:00