



TEMA Nº 745 – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA – NULIDADES, AFRONTA A DIREITOS/GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E VÍCIO DE OMISSÃO A SEREM APRECIADOS E SANADOS

Ref.: Recurso Extraordinário nº 714.139/SC

AMERICANAS S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF nº 00.776.574/0006-60, com sede na Rua Sacadura Cabral, nº 102, Parte, Saúde, Rio de Janeiro/RJ, CEP. 20.081.902, nova denominação social de **B2W COMPANHIA DIGITAL**, sucessora por incorporação de **LOJAS AMERICANAS S/A**¹, vem, por seus advogados, com fulcro no art. 1.022, incisos I e II, do CPC, opor os presentes **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM PEDIDO DE EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO, especificamente quanto à parte do acórdão que trata da modulação dos seus efeitos**, consoante as razões expostas a seguir.

BREVES CONSIDERAÇÕES

1

A r. decisão que acolheu a nova proposta de modulação pretérita dos efeitos (para ressaltar, tão somente, as ações judiciais ajuizadas até a data do início do julgamento do processo), merece ser reformada, com a decretação da sua nulidade por afronta aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, na medida em que:

1 *a referida modulação já tinha sido apreciada e rejeitada pelo Plenário Virtual do STF (não atingimento do quórum constitucional), na sessão de julgamento iniciada em 12.11.2021 e finalizada 22.11.2021 (com apresentação dos votos de todos os Ministros);*

2 *assim, não poderia este julgamento ter sido suspenso após o seu encerramento ante a inexistência de previsão normativa, notadamente do próprio Regimento Interno do STF.*

Além disso, a proposta de modulação foi aprovada em sessão de julgamento posteriormente designada, para acolher o indevido e extemporâneo requerimento protocolado pelo Estado de SC somente em 25.11.2021, sem que esta Corte tenha oportunizado à ora Embargante (e aos *amicus curiae*) apresentar seus argumentos contrários, cerceando, assim, o seu direito de defesa.

Os presentes Embargos de Declaração também são cabíveis para que o Plenário do STF possa revisitar o tema **(modulação dos efeitos pretéritos)** à luz da afronta aos direitos/garantias constitucionais de ação (artigo 5º, XXXV), isonomia (artigo 5º *caput*) e segurança jurídica (sob a ótica, inclusive, da confiança legítima), argumentos/violações estes que tiveram origem no próprio acórdão embargado e, portanto, devem ser enfrentados pelo Plenário desta Corte.

Por fim, o cabimento dos presentes embargos de declaração tem fundamento na omissão desta Corte quanto à análise dos argumentos jurídicos contrários à modulação pretérita adotada pelo acórdão embargado, em detrimento dos requisitos previstos nos artigos 927, §§ 3º e 4º, do CPC/15, bem como no art. 27, da Lei nº 9.868/99.

Portanto, não há dúvidas quanto ao cabimento dos presentes embargos de declaração, os quais devem ser julgados com base nos fundamentos abaixo expostos, inclusive atribuindo-se efeitos infringentes, a fim de que, ao menos, seja adotada como marco temporal para ressalva dos efeitos da modulação pretérita, a data da publicação da ata de julgamento de mérito do presente processo (preservando as ações judiciais ajuizadas até tal data) ou, quando muito, a data de sua finalização, nos termos dos precedentes sobre o tema existentes nesta Corte Suprema.

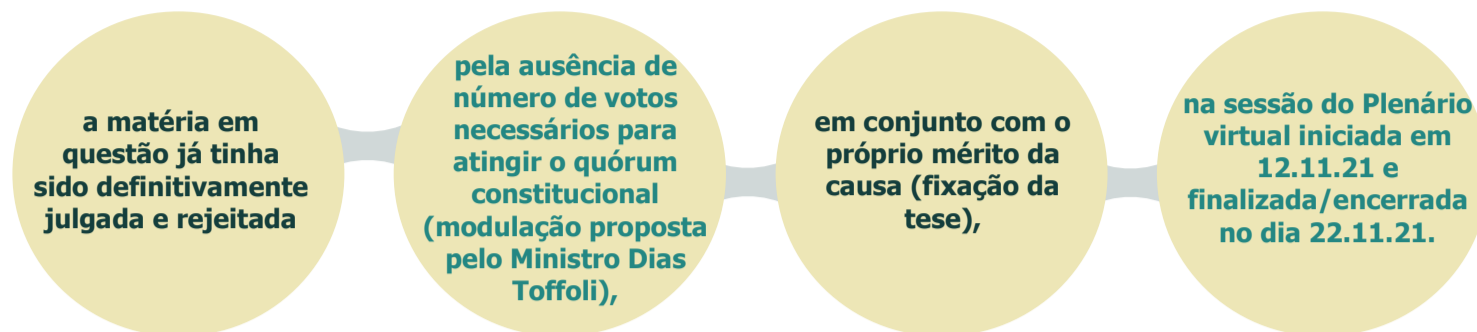
DA NULIDADE DA MODULAÇÃO DE EFEITOS ADOTADA – PROCEDIMENTO ATÍPICO, CONTRÁRIO ÀS NORMAS DO STF E AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

2

Nova análise acerca da modulação deverá ser provocada pelo Estado de Santa Catarina pelas vias próprias (à luz, inclusive, da própria jurisprudência desta Corte Suprema), oportunizando à ora Embargante a apresentação de defesa (contrarrazões), inclusive em razão da própria inovação desta E. Corte no que tange à definição do marco temporal para a modulação pretérita, sem precedentes até então.

¹ Atos anexos e documentos de representação em anexo – Doc.01

O julgamento da nova proposta de modulação dos efeitos requerida formalmente nos autos pelo Estado de SC (somente em 25.11.2021) e que foi acolhida integralmente por maioria dos Ilustres Ministros dessa Suprema Corte (sessões ocorridas em 26.11.21 a 03.12.21 e 10.12.21 a 17.12.21) não possui respaldo no próprio Regimento Interno desta Casa de Justiça e afronta o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, **na medida em que**



Pela leitura da certidão de julgamento da sessão plenária virtual iniciada no dia 12.11.21, **restou finalizado/encerrado** o julgamento do Tema nº 745 em **22.11.2021**, COM O VOTO DE TODOS OS MINISTROS QUE COMPÕEM ESSA CORTE SUPREMA, fixando-se a tese favorável aos contribuintes, bem como sendo REJEITADA a proposta de modulação inicial trazida pelo Min. Dias Toffoli (*eficácia da decisão a partir de 2022 ressalvadas as ações ajuizadas até a data da publicação da ata de julgamento de mérito do Recurso*), **já que foi acompanhada apenas pelo Min. Nunes Marques e, portanto, não atingindo o quórum constitucional para a referida modulação.**

Isto é, o julgamento do Plenário Virtual, que iniciou em 12.11.21 e terminou em 22.11.21, teve por objetivo - e assim o fez - a análise de ambos os temas (matéria de mérito e proposta de modulação apresentada pelo Ministro Dias Toffoli), cujo desfecho contou com os votos de todos os Ministros do Plenário do STF, sendo certo que o único que acompanhou a proposta de modulação dos efeitos foi o Ministro Nunes Marques, fazendo com que, por consequência, tenha sido rejeitada ante à insuficiência de votos necessários para atingir o quórum constitucional.

Cabe lembrar que até o início do julgamento em questão (22.11.21) não havia qualquer requerimento formal do Estado de SC para modulação dos efeitos da decisão do STF, mas apenas proposta formulada pela Procuradoria Geral da República - PGR em seu parecer juntado aos autos, proposta esta que, inclusive, foi acolhida integralmente pelo voto anterior proferido pelo Ministro Dias Toffoli, mas posteriormente rejeitada.

Neste contexto, não há dúvidas de que a proposta de modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma estadual de SC (e fixou a tese) foi levada a julgamento e rejeitada pelo Plenário do STF na sessão plenária iniciada em 12.11.21 e encerrada no dia 22.11.21, na medida em que, para aprová-la, **necessário o voto favorável /expresso de ¾ dos membros da Corte, o que não ocorreu (apenas dois votos neste sentido).**

O quórum constitucional é para aprovar a modulação dos efeitos da decisão (prolação de votos favoráveis) e não para rejeitá-la!! Assim, não sendo atingido ¾ de votos, tem-se por conclusão óbvia de que a proposta formulada (pela parte ou por um dos Ministros) foi rejeitada pela Corte.

Entretanto, o Ministro Relator (em substituição ao Relator originário), em decisão posterior ao encerramento da sessão virtual do Plenário e sem qualquer respaldo normativo, determinou a suspensão do julgamento - já finalizado, inclusive com fixação da tese - para suposta colheita de votos em relação à referida proposta de modulação, a qual, como dito acima, já tinha sido rejeitada ante o não atingimento do quórum constitucional para sua aprovação (todos os votos já tinham sido disponibilizados no sistema virtual).

Ora, tal procedimento - inédito - **viola frontalmente as garantias constitucionais fundamentais ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dispostas no art. 5º, LIV e LV, da CF/88 (cláusulas pétreas), além da própria segurança jurídica!**

A Resolução nº 642/2019², o STF delimitou as regras sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais, dispondo expressamente em seu art. 2º, §§ 4º e 5º, sobre as hipóteses de suspensão dos julgamentos em sessões virtuais.

As ÚNICAS hipóteses de suspensão do julgamento virtual pelo STF (arts. 143, 147 e 173, todos do Regimento Interno do STF), para posterior colheita de votos, **ocorrem quando NÃO HÁ:**

1 Na sessão Plenária ordinária, presença mínima de 6 ministros;

² Art. 2º As sessões virtuais serão realizadas semanalmente e terão início às sextas-feiras, respeitado o prazo de 5 (cinco) dias úteis exigido no art. 935 do Código de Processo Civil entre a data da publicação da pauta no DJe, com a divulgação das listas no sítio eletrônico do Tribunal, e o início do julgamento.

(...)
§ 4º Não alcançado o quórum de votação previsto nos arts. 143, caput e parágrafo único, e 147 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ou havendo empate na votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes.

§ 5º O disposto no § 4º aplica-se à hipótese prevista no art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal." - grifou-se



- 2 Na sessão Plenária **que vise julgar matéria constitucional** ou eleger Presidente e Vice-Presidente, membros do CNM e do TSE, **presença mínima de 8 ministros**;
- 3 Na sessão Plenária que **visa julgamento de matéria constitucional**, não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, **por ausência/licença de ministros em número que possa influir no julgamento**;
- 4 Na sessão de Turmas, **presença mínima de 3 ministros**.

Nenhuma destas hipóteses ocorreu na sessão de julgamento virtual realizada entre os dias 12.11.2021 e 22.11.2021, **o que se comprova da simples verificação da certidão de julgamento exarada nos autos, em que consta expressamente a composição Plenária por 10 dos 11 Ministros do STF, com exceção apenas do Min. Marco Aurélio** (em razão de sua recente aposentadoria), inclusive com todos os votos já proferidos e disponibilizados no sistema.

Portanto, a suspensão de julgamento imposta neste caso NÃO TEM RESPALDO nas normas internas que regem os procedimentos do STF e afrontam o devido processo legal, sendo que a proposta inicial de modulação de efeitos para 2022, ressalvadas as ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento de mérito, já tinha sido analisada e rejeitada pelo não atingimento do número de votos favoráveis necessários para respeitar o quórum constitucional (leia-se, votos favoráveis de $\frac{3}{4}$ dos Ministros), uma vez que já constava do voto do Min. Dias Toffoli e da certidão de julgamento da sessão virtual realizada entre os dias 11.06.2021 a 18.06.2021, sendo acompanhada apenas pelo Min. Nunes Marques, que apresentou sua declaração de voto na sessão de 12.11.2021 a 22.11.2021



Eventual reavaliação da questão da modulação de efeitos da decisão proferida quando do julgamento do Tema nº 745 do STF, pelo Plenário, dependeria, portanto, do manejo de embargos de declaração pela parte interessada (no caso, o Estado Recorrido e os demais Estados na condição de *amicus curiae*), após a publicação do acórdão que declarou a inconstitucionalidade da norma estadual do Estado de SC, tal como restou consignado pelo STF quando do julgamento do RE 574.706 (Tema 69)³.

Por sua vez, o v. acórdão embargado, na parte ora impugnada, também afrontou os direitos/garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, já que além da impossibilidade de suspensão do julgamento ENCERRADO para reanálise da modulação de efeitos já rejeitada pelo não atingimento do quórum constitucional, **houve alteração da proposta inicial até então apresentada**, acolhendo-se integralmente a proposta dos Estados em requerimento formal protocolado nos autos pelo Estado de Santa Catarina somente em 25.11.2021, **sem que, em momento algum, fosse determinada a intimação da parte Recorrente (ora Embargante) e dos demais amicus curiae (SINDITELEBRASIL E ABRINT) para que apresentassem sua contra argumentação**.

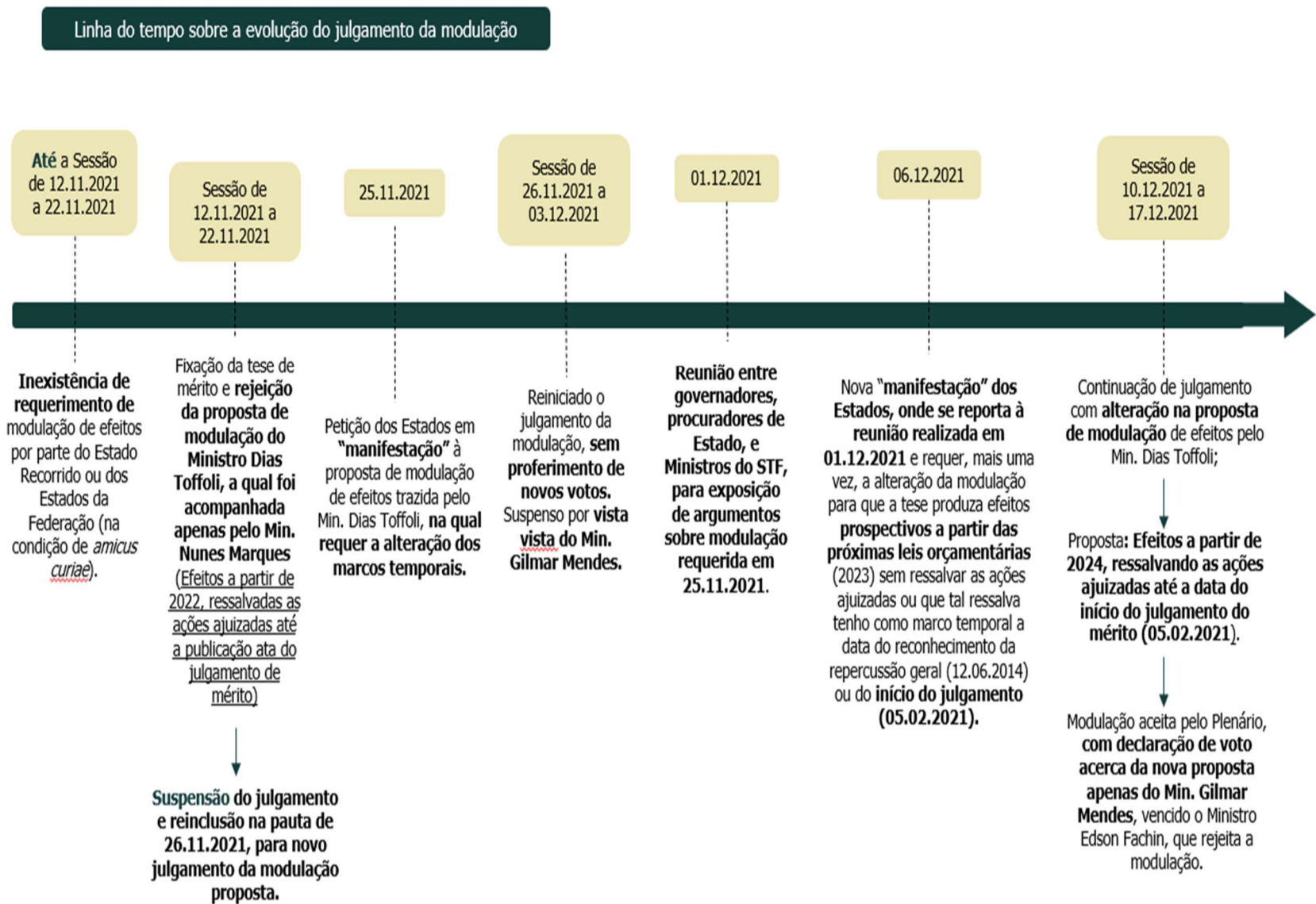
Com efeito, o referido "decisum" reconheceu a inconstitucionalidade da fixação, pelos Estados, de alíquotas de ICMS superiores à ordinária em relação aos serviços de fornecimento de energia elétrica e telecomunicações, em razão da afronta ao princípio constitucional da seletividade (artigo 155, § 2º, III), mas concluiu, ao final, **por alterar a proposta anterior formulada pelo Ministro Dias Toffoli e modular os efeitos da referida decisão, para passar a ter eficácia apenas a partir de 2024 (eficácia prospectiva), ressalvadas apenas as ações ajuizadas até 05.02.2021, isto é, até a data em que iniciou a sessão virtual de julgamento do mérito (eficácia retroativa)**.

A referida decisão final (sobre a modulação dos efeitos) foi proferida pela maioria dos Ministros do Plenário Virtual em 17.12.2021, após pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes ocorrido em 06.12.2021, ocasião em que de forma surpreendente e anômala, restou acolhida integralmente a proposta de modulação (e seus respectivos argumentos) formulada pelo Estado de SC de forma inovada e intempestiva no processo **somente em 25.11.2021** (e após a indevida suspensão do julgamento do Plenário Virtual ocorrido no período de 12.11.21 a 22.11.21).

De fato, a simples leitura da certidão de julgamento ocorrido em 06.12.2022 (suspenso por pedido de vista) e dos posteriores votos condutores proferidos pelos Ministros Gilmar e Dias Toffoli (este último, voto "reajustado"), leva a concluir, sem qualquer dúvida, que a proposta de modulação de efeitos foi alterada no curso do seu julgamento após a apresentação de requerimento atípico e extemporâneo protocolado em 25.11.2021, **do qual não foi dada vista formal à ora Embargante e nem aos Amicus Curiae que a auxiliam (SINDITELEBRASIL E ABRINT) para apresentar suas contrarrazões e provas contrárias aos documentos juntados, à luz do contraditório e ampla defesa**.

³ No caso do RE nº 574.706, restou consignado no acórdão de mérito que eventual modulação poderia ser suscitada em embargos de declaração. Os embargos foram opostos e parcialmente providos, sendo imposta a modulação a partir da data da publicação da ata de julgamento de mérito, ressalvadas as ações ajuizadas até aquela mesma data.

Cabe, inclusive, a linha do tempo abaixo, onde fica evidente o atropelo dos fatos ocorridos e a forma injurídica em que se deu a modulação dos efeitos no presente caso, em nítido cerceamento do direito de defesa da ora Embargante:



Veja-se que a forma como a modulação foi alterada e julgada no curso do processo de tamanha envergadura/relevância jurídica econômica e social, sem atender/respeitar o direito de defesa da ora Embargante, encerra em si flagrante inconstitucionalidade decorrente da afronta direta aos direitos/garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório (cláusulas pétreas), mormente pelo próprio STF, órgão jurisdicional guardião da Constituição Federal.

Por sua vez, não há dúvidas de que o acórdão embargado adotou como único e exclusivo fundamento para modular os efeitos para 2024 (e, no que interessa ao presente recurso, ressaltar apenas as ações judiciais anteriores à 05 de fevereiro de 2021), alegações de ordem financeira/orçamentária apresentados no processo pelos Estados de forma tardia e intempestiva, isto é, **sem que a ora Embargante e muito menos os *amicus curiae* pudessem exercer o seu direito de apresentar suas razões contrárias à pretensão estatal.**

Os próprios votos condutores da modulação dos efeitos confirmam tal assertiva (Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli), ao expressamente se reportarem aos termos/fundamentos expostos no requerimento do Estado de SC protocolado nos autos em 05.12.2021, bem como na reunião/audiência pública que tiveram com os representantes dos Estados (sem, mais uma vez, a presença de qualquer representante da ora Embargante e/ou dos *amicus curiae*).

Assim, espera a Embargante que tal nulidade **da parte do v. acórdão que modulou os efeitos da decisão** seja reconhecida por este Plenário, já que se trata, inclusive, de matéria de ordem pública, de observância obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário, seja porque a modulação já fora analisada e rejeitada na sessão encerrada/finalizada em 22.11.2021 nos termos do próprio Regimento Interno do STF (sob pena de afronta ao devido processo legal), seja porque violou os direitos/garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa da ora Embargante, ao alterar a proposta de modulação até então apreciada e acolher o requerimento do Estado de SC formulado nos autos de forma indevida e extemporânea somente em 25.11.2021, sem que, para tanto, tenha oportunizado à ora Embargante (e respectivos *amicus curiae*) apresentar seus argumentos e provas em sentido contrário.

**DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COM RESSALVA APENAS DAS AÇÕES AJUIZADAS ATÉ 05.02.2021 –
VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AÇÃO, À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA**

3

Por outro lado, a inédita ressalva trazida para resguardar o direito apenas daqueles que ajuizaram ações sobre o mesmo tema até o início do seu julgamento (05.02.2021), sem precedentes nesta Corte Suprema, acabou por afrontar os direitos/garantias constitucionais de ação (artigo 5º, XXXV), isonomia (artigo 5º *caput*) e segurança jurídica (sob a ótica, inclusive, da confiança legítima).

➤ **DA AFRONTA AO DIREITO DE AÇÃO E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Ao ressaltar da modulação dos efeitos apenas as ações ajuizadas até 05.02.2021 (data do início do julgamento pelo STF, mas com vários pedidos de vista posteriores), com fundamento em supostas e não comprovadas razões de conveniência financeira dos Estados, **e sem qualquer substrato jurídico que justifique restringir o direito ao livre acesso à justiça dos jurisdicionados**, o acórdão embargado violou nitidamente o direito constitucional de ação, criando, ainda, regra totalmente anti-isonômica, onde contribuintes que estão em igualdade de condições não terão os mesmos direitos resguardados, o que viola a isonomia e o próprio Estado Democrático de Direito.

O conceito de Estado Democrático de Direito (artigo 1º, da CF/88) limita os órgãos de poder, legitimados democraticamente ou por força da Constituição - como é o caso do STF - ao determinar sua vinculação ao próprio direito que criam, executam ou aplicam, sendo garantidos meios de proteção dos direitos dos cidadãos contra o arbítrio e a injustiça dos poderes públicos, de onde nasce a garantia fundamental ao direito de ação, disposta no art. 5º, XXXV, da Constituição, nos termos da qual *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

A uníssona doutrina sempre defendeu que o acesso aos tribunais para uma tutela jurisdicional efetiva é "um direito fundamental, consistindo em uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito".

*GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA "Constituição da República Portuguesa Anotada, I", Coimbra, 2014, p. 408

Dessa forma, a imposição de efeitos prospectivos (*ex nunc*) a uma decisão que declara a inconstitucionalidade da cobrança de um tributo, **deve sempre resguardar/ressalvar as ações judiciais pendentes sobre a mesma matéria, no mínimo, até a data da sua prolação, ou, de acordo com a jurisprudência do próprio STF, até a data em que esta decisão passa a estar apta a produzir efeitos, qual seja, a partir da publicação da ata de julgamento de mérito, sob pena de afronta direta ao direito de ação, ou seja, à garantia fundamental de acesso à tutela jurisdicional.**

Caso isso não seja observado, chega-se à esdrúxula situação na qual o autor da ação judicial proposta contra a norma declarada posteriormente inconstitucional pelo STF "ganhará o processo, perdendo-o", mas a Fazenda "perde-lo-á, ganhando-o"⁴, motivo pelo qual, no exercício da ponderação de direitos onde, por um lado, tem-se a necessidade de manutenção dos efeitos transitórios das normas tributárias julgadas inconstitucionais por razões de segurança jurídica ou interesse social, e, por outro, a restrição ao direito de não ser tributado por impostos declarados inconstitucionais, dever-se optar pela via menos sacrificial para direitos dignos de tutela constitucional, que é a que salvaguarda das ações pendentes daqueles que recorreram aos tribunais para a defesa desses direitos.

Não por acaso este Egrégio STF, em diversos precedentes em matéria tributária, sempre que acolheu a proposta de modulação dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade (efeitos *ex nunc*), **assim o fez ressaltando as ações judiciais já ajuizadas, tendo sempre como marco temporal a data do julgamento final de mérito do Plenário ou a publicação da ata do julgamento.**

No presente caso, porém, para total surpresa da Embargante e de todos os jurisdicionados, o STF, ignorando seus próprios precedentes e própria proteção à garantia fundamental do direito de ação, resolveu ressaltar da modulação imposta apenas as ações ajuizadas até o início do julgamento de mérito do Tema nº 745, justificando tal ressalva em dois argumentos: (i) "razoabilidade" do marco temporal, que protegeria "certas ações"; e (ii) coibir a judicialização supostamente mais "intensa" após o início do julgamento, o que traria graves prejuízos financeiros aos Estados.

Ora, a modulação, tal como fundamentada pelo acórdão embargado, foge a todo e qualquer limite da razoabilidade e não possui respaldo na própria Constituição Federal, posto que contraria, inclusive, a própria força vinculante dos precedentes do STF (julgados em repercussão geral, como o tema em questão) e o direito de ação dos jurisdicionados, uma vez que o parâmetro adotado para a referida modulação (combater a crescente judicialização do tema, mesmo antes da própria conclusão do julgamento) faz letra morta o direito ao livre acesso à Justiça.

⁴ ÁVILA, HUMBERTO. "Segurança Jurídica", S. Paulo, 2011, p. 556.



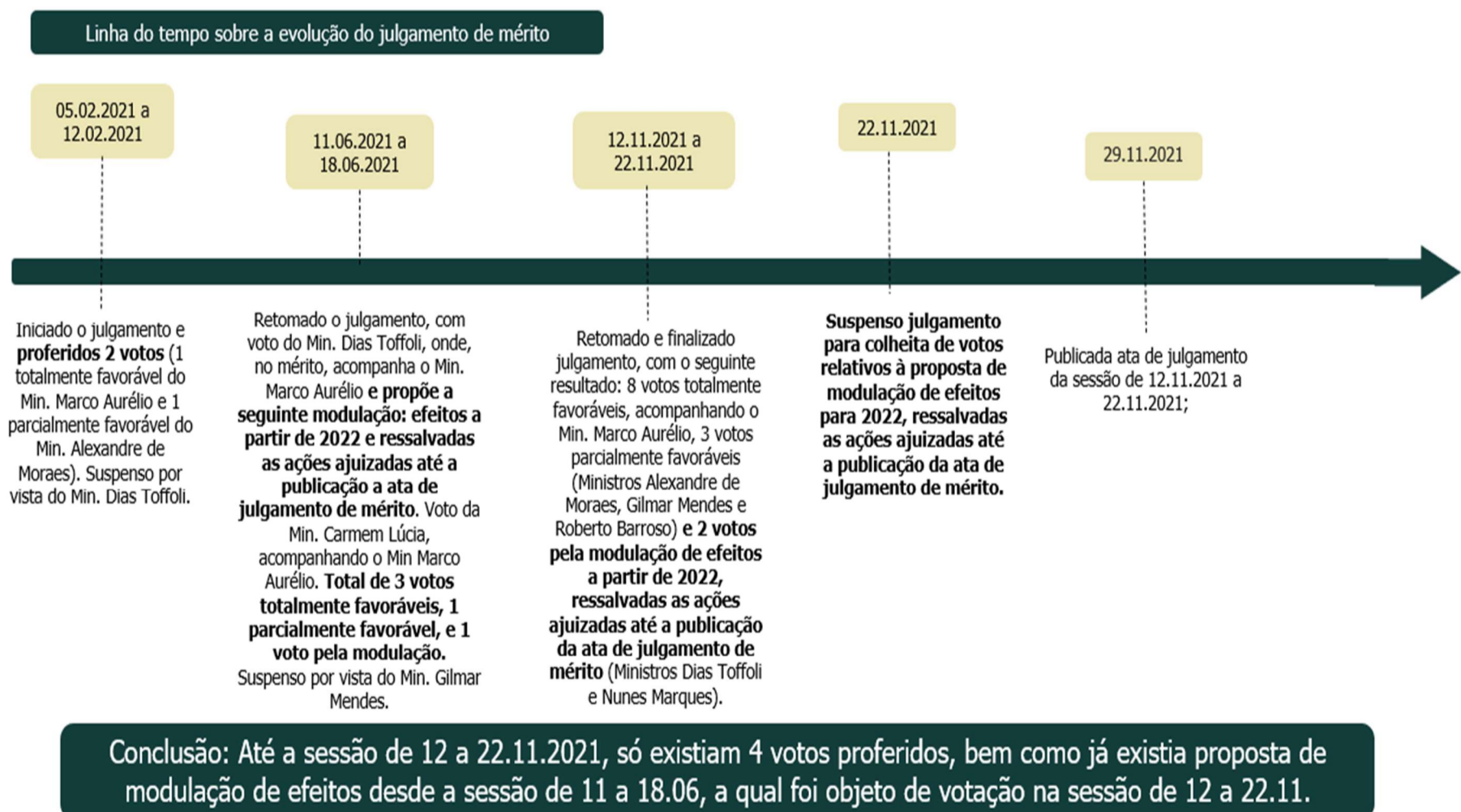
Frise-se, inclusive, que o julgamento de mérito do RE nº 714.139/SC foi suspenso por 2 vezes, em razão de vista dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, sendo que, até a pauta iniciada em 16.11.2021, o que se tinha eram apenas 3 dos 11 votos dos Ministros que compõem o Plenário deste Eg. STF, havendo divergência de entendimento e de teses propostas pelo Min. Marco Aurélio (acompanhado, até então, apenas pelo Min. Dias Toffoli) e pelo Min. Alexandre de Moraes. **Ou seja, até 22.11.2021, não havia sequer maioria formada a favor ou contra a tese defendida pela ora Recorrente.**

Impedir que os jurisdicionados que exerceram seu regular e tempestivo direito de ação (e sem saberem, ainda, o resultado final do julgamento) sejam beneficiados pela decisão favorável ao seu direito reconhecido posteriormente pelo própria Corte Suprema (em repercussão geral), sob a justificativa de coibir a judicialização mais “intensa” após o início do julgamento (que sequer ainda tinha resultado), revela-se inadmissível do ponto de vista constitucional, bem como retira a própria efetividade e põe em dúvida ao público em geral sobre maneira linear que esta Corte deve, para o bem do direito e formação jurisprudencial, tomar em suas decisões, já que nega aplicação ao próprio instituto da repercussão geral, que determina que a decisão (já proferida, claro) se aplique a todas as ações judiciais que foram propostas sobre o mesmo tema até, no mínimo, a véspera do julgamento do mérito pela Corte.

Portanto, a manutenção da modulação tal como definida pelo v. acórdão embargado irá chancelar graves violações à Constituição, porquanto neutraliza e até sobrepõe indevidamente os efeitos naturalmente decorrentes de decisão declaratória de inconstitucionalidade e impõe, aos jurisdicionados que ingressaram regular e tempestivamente com ação judicial própria antes do julgamento final do tema pelo STF, **imenso, infundado e injurídico ônus decorrente não somente da impossibilidade de reaverem os valores pagos indevidamente, como também terão que suportar a cobrança do tributo já declarado inconstitucional (inclusive em seu próprio processo) por mais 2 anos, ou seja, até 2024, em nítida ofensa ao direito constitucional de ação!!!**

Por fim, a modulação pretérita acolhida pelo v. acórdão embargado também afrontou o princípio da isonomia, já que desconsiderou completamente o fato de que, impondo a ressalva dos efeitos da modulação tão somente às ações judiciais propostas antes de 05.02.2021, cria uma situação de desigualdade entre contribuintes/jurisdicionados que estavam exatamente na mesma situação até o final do julgamento de mérito do Tema nº 745, do STF, qual seja – ingressaram com ação judicial quando ainda havia total incerteza acerca do reconhecimento de seu direito pela Corte Suprema!

Para melhor visualização, cabe trazer a evolução do julgamento do presente Recurso Extraordinário, durante os 9 meses em que esteve em curso:



Tal linha do tempo demonstra claramente que, **antes de 22.11.2021, NÃO ERA POSSÍVEL ÀS PARTES E, MUITO MENOS, AOS DEMAIS JURISDICIONADOS QUE INGRESSARAM COM AÇÕES JUDICIAIS, PREVER O RESULTADO FINAL DO JULGAMENTO DO TEMA 745, PELO STF**, já que, até então, existiam apenas 4 votos de mérito proferidos (3X1).

Constata-se também que a **proposta inicial** de modulação do Min. Dias Toffoli foi apresentada na sessão de julgamento do Plenário virtual ocorrido somente no período de 11.06.2021 a 18.06.2021, tendo sido objeto de análise e votação FINALIZADA EM 22.11.2021

Os dois marcos temporais acima destacados, por si só, já afastam o argumento infundado de “razoabilidade” no estabelecimento do início do julgamento (05.02.2021) para ressalva quanto aos efeitos da modulação às ações judiciais ajuizadas, já que até o final do julgamento de mérito, **ocorrido em 22.11.2021**, os jurisdicionados não possuíam qualquer certeza acerca do reconhecimento ou

não da inconstitucionalidade da norma impugnada e muito menos se a proposta de modulação de efeitos seria ou não acolhida, motivo pelo qual, exercendo o seu direito constitucional de ação, ingressou no Poder Judiciário para resguardar o seu direito de forma tempestiva, ou seja, antes do término de julgamento, à luz dos próprios precedentes do STF.

Portanto, não há dúvidas de que os contribuintes que ajuizaram ações sobre o tema em qualquer data antes do final do julgamento pelo STF (22.11.2021) estavam na mesma situação e tinham exatamente semelhante perspectiva, não sendo “razoável” e, muito menos, constitucional, retirar do campo de proteção dos efeitos da modulação as ações ajuizadas no período de quase um ano entre o início e a finalização do julgamento do Tema 745, pelo STF.

Desta forma, **a modulação dos efeitos adotada pelo v. acórdão também impõe afronta direta ao princípio da isonomia**, uma vez que, sem qualquer razoabilidade e substrato jurídico, permitirá que só alguns se aproveitem realmente do conteúdo normativo de uma decisão que, em repercussão geral, deveria atingir todas as ações em curso até o julgamento de mérito do tema, inclusive estimulando a produção de normas inconstitucionais pelos Entes Públicos e perpetuando uma certeza de impunidade no País!

➤ **DA VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA (SOB A ÓTICA DA CONFIANÇA LEGÍTIMA)**

Não obstante a afronta às garantias fundamentais acima demonstradas, o v. acórdão embargado, ao ressalvar da modulação dos efeitos apenas as ações judiciais propostas até 05.02.2021, desconsiderou os próprios precedentes da Corte Suprema sobre o tema, criando critério/marco temporal atípico e sem qualquer justificativa plausível, o que viola nitidamente o princípio da segurança jurídica, inclusive desrespeitando o dever de manter estável, íntegra e coerente a sua própria jurisprudência sobre a mesma matéria debatida (art. 926, CPC/15), bem como a necessidade de respeito aos referidos precedentes (art. 927 e art. 489, § 1.º, V e VI; art. 985, I e II; art. 1.039 etc.)

De fato, o STF, sempre que aplicou a técnica da modulação em matéria tributária buscou preservar os contribuintes com ações judiciais em curso até a data da publicação da do julgamento do tema. Isto porque, é pacífico o entendimento de que as decisões proferidas por esse C. STF, seja em controle concentrado de constitucionalidade ou difuso (em repercussão geral), somente produzem efeitos a partir da publicação da ata da respectiva sessão de julgamento.

Tal entendimento, por certo, está em consonância com o disposto no art. 1040, do CPC, o qual condiciona a eficácia e respectivas providências decorrentes do efeito vinculante do julgado (em repetitivo) à publicação da ata de julgamento, na medida em que, enquanto não proferida decisão de mérito pelo STF, nada existe e, portanto, não está apta a produzir qualquer efeito. É uma questão de lógica!

E é justamente dentro deste contexto que o STF vem, também reiteradamente, salvaguardando da modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, as ações em curso sobre o mesmo tema ajuizadas antes da publicação da ata de julgamento, porquanto enquanto inexistente decisão da Corte que possa ser aplicada às referidas ações (de forma favorável ou desfavorável), os jurisdicionados possuem o legítimo direito de se oporem judicialmente à exigência fiscal que reputam inconstitucional, com todos os efeitos dele decorrentes, em respeito ao

livre acesso ao Judiciário (direito de ação).



A jurisprudência da Corte sempre buscou prestigiar a efetividade das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade das leis em matéria tributária, como também o próprio direito de ação dos contribuintes e o livre acesso à justiça, além de adotar parâmetro isonômico para aplicação dos efeitos da decisão plenária (resguardando, assim, o direito de todos os contribuintes que ingressaram com ações judiciais antes da definição de mérito do tema apreciado pela Corte Suprema).



A própria Corte Suprema reconhece, há tempos, que ordenamento jurídico pátrio NÃO PERMITE que sejam desconsideradas as ações em curso até o efetivo julgamento da questão afetada em repercussão geral, para fins de ressalva da modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade da lei, já que o contrário redundaria numa violação de um direito/garantia fundamental da ação prevista constitucionalmente e corolário do Estado Democrático de Direito.

Revela-se evidente que os jurisdicionados que procuraram o Judiciário para questionar antecipadamente a exigência fiscal dita inconstitucional possuíam a LEGÍTIMA CONFIANÇA de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma e eventualmente modulados os seus efeitos para o futuro (*ex nunc*) pelo STF, seriam resguardados os seus direitos pleiteados em ações judiciais propostas anteriormente à publicação da ata de julgamento, o que não ocorreu no presente caso.

E ao decidir, no presente caso, pela adoção de modulação pretérita dos efeitos da decisão de forma inédita e totalmente contrária aos seus próprios precedentes (e sem qualquer critério jurídico justificável), o STF frustra as legítimas expectativas dos autores de ações judiciais em curso (ajuizadas antes da prolação da decisão que julgou o mérito do Tema 745) de ver seus direitos ditos violados (pretensão resistida) devidamente protegidos pelo Poder Judiciário, à luz dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, o que por certo afronta sobremaneira o princípio da segurança jurídica que rege o ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, também sobre este prisma devem ser providos os presentes aclaratórios, para que, uma vez reconhecida a afronta ao princípio da segurança jurídica (sob a ótica da confiança legítima do jurisdicionado), seja reformado parcialmente o v. acórdão, a fim de que sejam ressalvadas da modulação dos efeitos (*ex nunc*) as ações judiciais propostas sobre o tema até a data da publicação da ata de julgamento de mérito.

4 DA OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DA VIOLAÇÃO AO PRÓPRIO INSTITUTO DA MODULAÇÃO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS

Por fim, e ainda com relação à modulação pretérita dos efeitos da decisão, o v. acórdão embargado omitiu-se com relação à análise dos próprios requisitos legais para sua concessão, sendo certo que as razões adotadas para a definição do marco temporal para modulação *ex nunc* (leia-se, a partir de 2024) não se enquadram no conceito de relevante interesse social e segurança jurídica para fins de ressaltar tão somente as ações ajuizadas antes da data de início do julgamento (05.02.2021).

No caso em exame, extrai-se dos votos proferidos pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes (seguidos pela maioria, à exceção do Ministro Edson Fachin) que a modulação pretérita dos efeitos da decisão de mérito, para ressaltar somente as ações em curso antes de 05.02.21, está baseada nos seguintes fundamentos:

- (i) *combate à corrida dos jurisdicionados ao Poder Judiciário, para pleitear seu legítimo direito de não ser exigido de forma inconstitucional tributo majorado sobre serviços essenciais à vida; e*
- (ii) *prejuízo financeiro aos Estados em razão do volume de ações ingressadas após o início do julgamento, considerando o contexto econômico-social do País e dos próprios estados da Federação.*

Da leitura dos fundamentos acima, não há dúvidas de que não somente estão distantes dos requisitos previstos em lei para a modulação pretérita dos seus efeitos, inclusive da própria jurisprudência consolidada desta própria Corte Suprema, **como até AFRONTAM a segurança jurídica e o interesse social!**

De fato, e como já exposto nos tópicos anteriores deste recurso, a proteção à segurança jurídica e ao interesse social está atrelada à própria manutenção da regular eficácia retroativa do julgado às ações judiciais propostas até a data do julgamento final deste processo, posto que protege direitos/garantias constitucionalmente asseguradas como o direito de ação e isonomia, bem como o próprio interesse social destes jurisdicionados de não serem indevidamente compelidos até 2024 ao pagamento de tributo majorado de forma declaradamente inconstitucional, mormente sobre serviços essenciais/indispensáveis à proteção da vida e a dignidade dos consumidores, além do próprio desenvolvimento/sobrevivência das empresas em cenário nacional.

Em outros termos, não é razoável e - aqui sim - afronta a segurança jurídica e o próprio interesse social privar tais jurisdicionados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da exigência fiscal em questão, impondo a eles o ônus de terem que arcar com cobrança inconstitucional até 2024, bem como não serem ressarcidos dos valores que pagaram indevidamente por anos em suas faturas de energia e telecomunicações, **mesmo tendo ingressado tempestivamente com ação judicial (tal como fizeram vários outros contribuintes/consumidores), em nítido insulto ao direito de ação e a própria isonomia.**

Aliás, tais consumidores/contribuintes já estão há décadas obrigados ao recolhimento aos cofres públicos de indevidas quantias de ICMS sobre serviços notoriamente essenciais. E tudo isso em meio a crises econômicas profundas como a atual (fruto da pandemia), que castigam ainda mais a vida e a dignidade dos cidadãos e reduzem a capacidade de investimentos e/ou sobrevivência das empresas em geral, **sem que os Estados, em sua maioria, tenham feito o seu dever de casa de administrar com responsabilidade seus gastos e/ou melhorar suas finanças públicas em prol da Sociedade, inclusive com a própria arrecadação indevida do ICMS sobre tais serviços.**

Portanto, a modulação pretérita tal como fundamentada no v. acórdão embargado (combater a crescente judicialização do tema), representa um desrespeito inaceitável ao direito de ação e aos princípios da isonomia e legalidade estabelecidos na CF, eis que não atende aos requisitos legais para a sua adoção, como também viola a própria segurança jurídica e a proteção do interesse social, afronta esta materializada na impossibilidade dos jurisdicionados, que ingressaram com ações judiciais após 05.02.2021, exercerem o seu legítimo direito de não mais serem compelidos ao pagamento de exigência fiscal já declarada inconstitucional pelo próprio STF, bem como de reaverem o que pagaram indevidamente nos últimos anos, **em nítido enriquecimento ilícito dos Estados.**

Tal fundamento fora utilizado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto vencido, para afastar a modulação tal como adotada no acórdão embargado.

No mais, importante ressaltar não houve qualquer alteração jurisprudencial que justifique a imposição da modulação pretérita à luz da segurança jurídica e interesse social. Antes pelo contrário, o tema em questão teve repercussão geral reconhecida em 2014, inclusive com parecer favorável à declaração de inconstitucionalidade proferido pela Procuradoria Geral da República – PGR, bem como já existiam inúmeras decisões proferidas pelos Tribunais reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança tal como questionada, dentre elas uma proferida pelo próprio STF, nos autos do RE 634.457/RJ (Ministro Relator Ricardo Lewandowski, julgado em 15.08.2014).

A corrida ao Judiciário será combatida, assim, não com decisões que impeçam/limitem o livre acesso à Justiça (direito de ação), mas justamente concedendo às decisões do STF (em controle de constitucionalidade) eficácia plena/impositiva às ações judiciais em curso antes do término do julgamento, em respeito aos interesses dos jurisdicionados, na medida em que estimula e impõe aos entes públicos o dever de produzir normas fiscais em observância às garantias e princípios constitucionais. É uma forma de educar os entes tributantes, sempre mais fortes na relação jurídica entre sujeitos ativos e passivos.

Os Estados estavam cientes da – *grande* - possibilidade de definição da matéria por este E. Supremo Tribunal Federal de forma favorável aos contribuintes/consumidores, mas nada fizeram para suportar ou reduzir o eventual impacto financeiro de tal decisão, seja mediante alteração em sua própria legislação ou melhora no trato das suas finanças públicas.

Senão, será mais fácil para os entes públicos (em especial, os Estados), no afã arrecadatário, continuarem a produzir normas que instituem ou majoram sem qualquer obediência à CF, em total desrespeito aos interesses sociais e à segurança jurídica, certos de que, uma vez declarada sua inconstitucionalidade, terão prazo para regularização futura da sua injuridicidade e, pior, ainda não serão condenados a restituir o que indevidamente recebeu a título de tributo.

Por fim, no que tange ao último fundamento adotado pelo v. acórdão embargado (alegado impacto financeiro dos Estados), importante desde já demonstrar que o v. acórdão afrontou a própria jurisprudência consolidada deste Eg. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a “segurança arrecadatária” e “interesse orçamentário” NÃO SÃO ARGUMENTOS JURÍDICOS E NÃO CONFIGURAM INTERESSE SOCIAL para a adoção da modulação dos efeitos em matéria tributária.

De fato, veja o acórdão do Plenário deste Egrégio STF que rejeitou a modulação requerida do RE 870947 (Tema 810), justamente **porque a modulação não pode retirar o efeito prático da declaração de inconstitucionalidade e, ainda, porque o interesse fiscal das Fazendas Públicas não se enquadra no conceito de segurança jurídica e interesse social, passível de justificar a modulação de efeitos da decisão:**

*"QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDO.
(...)*

*3. A respeito do requerimento de modulação de efeitos do acórdão, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite a estabilização de relações sociais surgidas sob a vigência da norma inconstitucional, com o propósito de **prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima depositada na validade de ato normativo emanado do próprio Estado.***

*4. Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A **preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada.** Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da CORTE.*

5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados.

*6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, **que não vislumbro superado no caso em debate.** Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, **pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma.***

*7. As razões de **segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional.***


8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada.” – grifou-se

*“A apresentação do valor, no entanto, **além de não ser precisa, já que não são bem determinadas as explicações a respeito de sua origem, não consiste em um argumento jurídico**”.* (Voto vencido do Ministro Edson Fachin)

Portanto, à luz da jurisprudência pacífica desta Egrégia Corte Suprema, também não merece prevalecer o argumento de ordem financeira adotado pelo v. acórdão recorrido, na medida em que a simples alegação de perda de arrecadação ou impacto orçamentário não é suficiente para comprovar o cumprimento dos requisitos previstos na lei para modulação dos efeitos da decisão em matéria tributária.

De todo modo, ainda que se possa utilizar com fundamento/parâmetro para a modulação pretérita a eventual perda financeira, veja que os argumentos e documentos trazidos pelos Estados não podem ser adotados para aplicar a modulação às ações judiciais propostas após o início do julgamento do mérito da presente ação judicial, na medida em que não se comprova a referida perda financeira e muito menos o impacto alegado no plano plurianual dos Estados, a vencer em 2024.

Primeiramente, porque embora possa ter ocorrido um aumento da procura ao Poder Judiciário após o início o início do julgamento do presente processo, certamente mais de 97% dos consumidores/contribuintes de energia e telecomunicações não ingressaram com ações judiciais (em especial, a grande parcela de consumidores pessoas físicas), seja pelo provável e compreensivo desconhecimento do tema, pelos custos processuais e/ou até mesmo pela confiança no Poder Judiciário, relativamente à atribuição de eficácia plena e retroativa ao referido “decisum” (o que, como visto, não ocorreu).

 **Isto é, os Estados não somente deixarão de restituir todo o valor que receberam indevidamente nos últimos anos de mais de 97% da população brasileira (consumidores finais de energia e telecomunicações, que efetivamente arcam com o custo financeiro do ICMS), como também continuarão a exigir o imposto inconstitucionalmente majorado até 2024, em razão da modulação dos efeitos imposta por essa Corte Suprema.**

Neste contexto, revela-se injurídica e sem provas, bem como foge ao bom senso, a alegação dos Estados – acolhida pelo v. acórdão embargado – de que a corrida ao Judiciário trouxe impactos financeiros relevantes, que possam justificar a não ressalva dos efeitos da modulação a todas as ações judiciais ingressadas até o julgamento final do mérito, em detrimento ao próprio direito constitucional de ação (livre acesso à justiça) e acarretando, inclusive, o enriquecimento ilícito dos Estados.

Por sua vez, a mera especulação sobre o montante pretensamente envolvido nas lides propostas após 05.02.2021 (9 meses até o julgamento final), como também eventual impacto econômico/ orçamentário supostamente enfrentado pelos Estados, SEM QUALQUER COPROVAÇÃO EFETIVA NOS AUTOS ACERCA DESTES IMPACTOS, também não são suficientes para embasar a excepcional análise e deferimento da modulação de efeitos para atingir ações judiciais já propostas.

Antes pelo contrário, veja que o principal argumento do v. acórdão embargado (alegado pelos Estados e acolhido por esta Corte) é o impacto negativo nos orçamentos dos Estados, já comprometidos com o plano plurianual que encerra em 2024, sendo certo, porém, que o referido plano plurianual não vai ser afetado em razão das ações judiciais propostas após 05.02.2021.

Isto porque, para aqueles poucos que ingressaram com ações judiciais após 05.02.2021, a repetição do indébito do ICMS nestas ações judiciais irá ocorrer muito além do final do plano plurianual de 2024, na medida em que as decisões judiciais ainda deverão transitar em julgado, com respectivo início de execução de sentença e, ao final, o pagamento dos valores VIA PRECATÓRIO!!!

A título de exemplo, em uma perspectiva bem otimista:



Se uma ação judicial transitar em julgado em 2022, o Autor desta ação provavelmente irá receber os valores pagos indevidamente, via precatório, somente **no final de 2025**, de acordo com as novas regras constitucionais (artigo 100).



Ou seja, os Estados terão um longo prazo para devolução do referido indébito tributário e, por ser via precatório, poderão adequar o seu orçamento sem qualquer impacto no plano plurianual de 2024.

Portanto, constata-se por todos os ângulos que a alegação dos Estados de perda de arrecadação e/ou grave impacto orçamentário no plano plurianual de 2024 com o aumento da judicialização do tema após 05.02.2021, além de não comprovada, não possui qualquer substrato jurídico e/ou econômico a justificar a ressalva da modulação dos efeitos somente para as ações judiciais proposta até 05.02.21, na medida em que não atende aos requisitos legais da proteção à segurança jurídica ou relevante interesse social.

5

DO PEDIDO

Pelas razões acima, requer a Embargante que os presentes embargos de declaração sejam conhecidos e providos pelo Plenário desta Eg. Corte Suprema, com efeitos modificativos, para:

- 1 que seja reconhecida/declarada a nulidade parcial do v. acórdão, reformando/afastando exclusivamente a parte em que determinou a modulação dos efeitos da decisão (*ex nunc*) e ressaltou apenas as ações judiciais propostas até 05.02.2021, seja porque a referida modulação já tinha sido apreciada e rejeitada pelo Plenário Virtual do STF na sessão de julgamento iniciada em 12.11.2021 e finalizada 22.11.2021 (com apresentação dos votos de todos os Ministros), seja porque a nova proposta aprovada em sessão de julgamento posterior acolheu integralmente o indevido e extemporâneo requerimento protocolado pelo Estado de SC somente em 25.11.2021, sem que esta Egrégia Corte Suprema tenha oportunizado à ora Embargante (e aos *amicus curiae*) apresentar seus argumentos contrários, em nítido cerceamento do seu direito de defesa, afrontando, assim, princípios de devido processo legal, contraditório e ampla defesa; ou



2

caso seja afastada a alegação de nulidade, que ao menos seja reformado parcialmente o v. acórdão embargado na parte da modulação dos efeitos da decisão, para que sejam resguardados dos seus efeitos todas as ações ajuizadas até a data da publicação da ata de julgamento de mérito do Recurso Extraordinário, em respeito aos direitos/garantias constitucionais de ação, isonomia, segurança jurídica, bem como do disposto nos artigos 927, §§ 3º e 4º, do CPC/15, e art. 27, da Lei nº 9.868/99.

Por fim, requer-se que **TODAS** as publicações e intimações relativas a este processo sejam: (i) endereçadas **EXCLUSIVAMENTE** aos advogados **GERSON STOCCO DE SIQUEIRA (OAB/RJ 75.970)** e **LEANDRO DAUMAS PASSOS (OAB/RJ 93.571)**, sob pena de nulidade, conforme o disposto no art. 272, § 5º, do CPC; e (ii) feitas **EXCLUSIVAMENTE** por meio do Diário da Justiça Eletrônico e/ou Sistema de Processo Eletrônico oficial deste Tribunal, não sendo autorizado o envio de intimações por e-mail e/ou telefone (WhatsApp), uma vez que eventual fornecimento de tais dados nos autos ou mediante cadastro perante este Tribunal não ocorreu para esta finalidade.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 22 de março de 2022.

Gerson Stocco de Siqueira
OAB/RJ 75.970

Leandro Daumas Passos
OAB/RJ 93.571