

Excelentíssimo Senhor Ministro **DIAS TOFFOLI** do Egrégio Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário nº 714.139/SC
(Tema 745 da Repercussão Geral)

SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL), devidamente qualificado nos autos do processo em referência, em que atua na qualidade de *amicus curiae* regularmente habilitado, vem, respeitosa e tempestivamente¹, à presença de Vossa Excelência para, com fundamento nos artigos 138, §1º, e 1.022, II, do Código de Processo Civil, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

contra o v. acórdão registrado sob o EVENTO 495, publicado em 15.03.2022, o que faz pelas razões de direito a seguir aduzidas.

¹ Nos termos dos artigos 1.003, §5º e 1.023 do Código de Processo Civil, é de 5 dias o prazo para a oposição de embargos de declaração, no qual serão computados apenas os dias úteis, na forma do art. 219 do mesmo diploma. Sendo assim, considerando-se a publicação da decisão embargada em 15.03.2022, o prazo para interposição do presente recurso encerra-se apenas em **22.03.2022**.

I. DA NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO DO V. ACÓRDÃO EMBARGADO NO TOCANTE À DELIMITAÇÃO DAS RESSALVAS À MODULAÇÃO DE EFEITOS

1. O v. acórdão embargado, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, no mérito, fixar a tese de que, uma vez *“adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao 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”*.

2. Na ocasião, modularam-se os efeitos da decisão para que sua eficácia se dê *“a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)”*.

3. A modulação de efeitos nos termos em que deferida pela Corte, em especial no que diz respeito ao marco temporal da ressalva das ações judiciais em curso, resultou do **acolhimento parcial** das razões apresentadas pelos Estados por meio da manifestação de EVENTO 469, na qual foram apontados dados e números da discussão judicial sobre o tema no país, em cada Estado, com o objetivo de argumentar que a prática de ressaltar as ações judiciais em curso, usualmente adotada pelo Tribunal, *“acaba por se revelar em estímulo à judicialização, esvaziando a boa-fé inicialmente presumida por essa e. Corte”*.

4. Os Estados postularam, assim, que não fosse feita qualquer ressalva à modulação, de modo que fosse atribuída à decisão eficácia prospectiva total, **impedindo-se, assim, a repetição de indébitos e os efeitos nas contas públicas dela decorrentes**. Confira-se, a propósito, trecho da manifestação:

*“(…) A modulação de efeitos, como se vê, e com todo o respeito, não deve ressaltar os processos judicializados e merece se projetar, integralmente, para as situações futuras, **de forma que os efeitos do julgado, mesmo para os processos já em curso no Judiciário, alcancem, tão-somente, os fatos geradores futuros, conforme os efeitos prospectivos aplicados ao caso, impedindo-se, dessa forma, as repetições de indébito.***

Contudo, se assim não entender essa e. Corte, eventual ressalva de casos judicializados deve considerar data específica – e não a publicação da ata de julgamento.

*Dessa forma, e **sucessivamente, requerem os Estados** da federação que seja reconhecido como marco temporal para a ressalva da modulação às ações ajuizadas:*

(i) a data do reconhecimento da repercussão geral, em 12.06.2014. A partir de então se deu conhecimento, ao menos para a comunidade jurídica, do debate constitucional sobre o tema, que poderia redundar em uma tese vinculante;

(ii) a data limite em que se admitiu o ingresso de amicus curiae, em 16.12.2020. Dessa forma, é possível obstar, também, uma corrida desigual dos litigantes habituais e com melhores condições informacionais após a ciência da pauta do julgamento;

(iii) a data do início do julgamento, em 05.02.2021;

(iv) a data do lançamento do último voto na sessão virtual do Pleno 22.11.2021.

No entanto, **todos esses marcos temporais**, além do proposto pelo e. Min. Dias Toffoli (publicação da Ata), **não são isonômicos, porquanto privilegiam e incentivam a judicialização e discriminam contribuintes em detrimento de outros que assim não se pautaram**. (...). (EVENTO 469 – grifos nossos)

5. A partir dos trechos acima reproduzidos, constata-se que o cerne da pretensão dos Estados reside, essencialmente, na **prevenção de repetições de indébito**, isto é, na máxima mitigação dos efeitos pretéritos da decisão, a ser alcançada por meio da manipulação do marco temporal da ressalva das ações judiciais em curso (quanto anterior esse marco, menor os impactos das repetições de indébito).

6. É sobre esse ponto que a Embargante, com a *devida vênia*, entende ser necessária a integração do julgado por meio destes embargos de declaração, de modo que sejam sanados **vícios de omissão** que, caso sanados, poderão conferir maior eficácia à decisão final de mérito e manter coerência com os posicionamentos da Corte sobre o tema da modulação de efeitos, sem que se verifique, ao mesmo tempo, qualquer interferência na preocupação dos Estados a que se pretendeu atender por meio da modulação.

7. Explica-se: historicamente, o uso da técnica da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, quando em favor do ente público, volta-se à **preservação das finanças públicas e do planejamento orçamentário** – elementos que, no caso concreto, foram expressamente invocados e se revelam presentes até mesmo no marco temporal escolhido para o início da produção de efeitos da decisão, qual seja, o encerramento dos Planos Plurianuais dos Estados. Tal preocupação, aliás, ficou evidente nos votos dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.²

² Confira-se:

“Em relação ao ICMS sobre energia elétrica, verifica-se que a adoção da tese de repercussão geral acima impactará, de maneira relevante, as finanças de diversos estados, sendo certo, afora isso, que várias unidades federadas editaram leis em dissonância com tal tese, gerando receitas e expectativas de receitas até então tidas

8. Em termos instrumentais, no caso concreto, a preservação da expectativa orçamentária se dará por duas vias: **(i)** manutenção da incidência do ICMS às alíquotas vigentes até o fim do exercício de 2023 e **(ii) vedação à repetição de indébitos tributários**. Em outras palavras, esse é o **objetivo central** perseguido pela modulação de efeitos.

9. A busca pela realização desse objetivo por meio da modulação de efeitos vem sendo observada na atuação da Corte desde as primeiras ocorrências do uso da técnica em matéria tributária., a exemplo do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 556.664/RS, 559.882/RS e 560.626/RS, em 12.6.2008, nos quais se reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que estabeleciam prazos prescricional/decadencial de 10 anos para tributos de natureza previdenciária. Na ocasião, buscou-se, expressamente³, afastar o direito de repetição do indébito dos contribuintes que haviam recolhido os tributos nos prazos previstos na legislação impugnada, ressalvados os contribuintes que possuíam ação judicial em curso.

10. Nada obstante, o amadurecimento do instituto da modulação tem exigido que sejam feitas ressalvas, que funcionam como vetor de equilíbrio à modulação, atuando em sentido contrário, com o objetivo de mitigá-la (dado que necessariamente ocorrem em julgamentos contrários aos interesses do Fisco). A jurisprudência da Corte vem **ampliando o conteúdo dessas ressalvas**, de modo a excluir da modulação de efeitos **situações que não impactam o seu objetivo**

legítimas.

(...)

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". (Min. Dias Tóffoli)

"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.

Com isso, as expectativas de receitas podem ser recalibradas e adequadamente redimensionadas nas despesas de capital assumidas e na formulação das políticas públicas, sem alcançar e prejudicar a execução dos programas em andamento". (Min. Gilmar Mendes).

³ Colhe-se do voto do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, relator: "*Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; **mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições**, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento. Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, **os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte**, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento"* (RE 556.664-RS, Tribunal Pleno, DJ 14.11.2008, fl. 1943).

central, qual seja, a preservação das expectativas orçamentárias para os exercícios subsequentes à declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, equilibra-se o interesse fazendário com o direito do contribuinte de não recolher tributo inconstitucional.

11. No julgamento da **ADI 5.481/DF** (*ICMS sobre extração de petróleo no Estado do Rio de Janeiro – sessão em 29.03.2021*), o Tribunal deliberou por modular a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual carioca que instituiu ICMS sobre a exploração de petróleo, atribuindo-lhe eficácia *ex tunc* – o que, a rigor, convalidaria pagamentos e cobranças relativos aos fatos geradores anteriores à decisão. Como vetor de equilíbrio, em contrapartida, foram ressalvados não apenas as **ações judiciais em curso**, mas, também, **(i)** as hipóteses em que o contribuinte **não recolheu o ICMS**; e **(ii)** os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de **processo administrativo**, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito.

12. Outras hipóteses em que a modulação vem adquirindo contornos próprios que se refletem, por consequência, na natureza das ressalvas, diz respeito aos casos em que a decisão da Corte versa sobre **conflitos de competência tributária** (tais como entre ICMS e ISS, por exemplo).

13. Nesses casos, o racional das modulações de efeitos tem se pautado na busca pela redução da complexidade e da litigiosidade, de modo a convalidar pagamentos de um ou de outro tributo recolhidos em desacordo com a decisão. Nesses casos, a modulação exclui dos efeitos da decisão os contribuintes que recolheram no passado, ainda que o tributo indevido, inviabilizando a repetição de indébito e assegurando, ao mesmo tempo, que não venha a ser exigido pelo tributo diverso.

14. Essa situação é verificada, por exemplo, no julgamento do **Recurso Extraordinário 605.552 – ED / RS** (*Tema 379 - Imposto a incidir (ICMS ou ISS) em operações mistas realizadas por farmácias de manipulação – sessão em 15.03.2021*). Ao se proceder a essa espécie de modulação, foram empreendidas inúmeras ressalvas, quais sejam: **(i)** as hipóteses de comprovada bitributação; **(ii)** as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; **(iii)** os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento; **(iv)** as ações judiciais atinentes à

controvérsia e pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito, devendo, em todos esses casos, ser observado o entendimento desta Corte e o prazo decadencial e o prescricional.

15. No mesmo sentido, mencione-se a paradigmática modulação de efeitos aprovada no julgamento conjunto das **ADI's 1.945/MT e 5.659/MG** (*ICMS x ISS sobre operações com software* – sessão em 24.02.2021).

16. Na ocasião, no mesmo sentido, buscou-se a convalidação de pagamentos de um ou de outro tributo, vedada a repetição e a cobrança, ressalvando-se inúmeras hipóteses em que, por circunstâncias específicas (como a bitributação, por exemplo), o contribuinte seria excluído da modulação de efeitos.

17. Também como fruto da evolução do uso da técnica da modulação de efeitos pelo Tribunal, observa-se que, em determinadas hipóteses nas quais também é acolhido, ao mesmo tempo, o argumento do impacto econômico-orçamentário (perda de arrecadação tributária), a modulação em favor do fisco (no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade apenas *ex nunc* da tributação) pode acabar resultando em ressalva parcial do direito dos contribuintes, isto é, **ressalva dos que possuem questionamento judicial ou administrativo, mas desde que não tenham efetuado o pagamento – hipótese em que não terá direito à repetição do indébito.**

18. Essa solução foi adotada no **Recurso Extraordinário 851.108/SP** (*Tema 825 - Possibilidade de os Estados-membros fazerem uso de sua competência legislativa plena, ante a omissão do legislador nacional em estabelecer as normas gerais pertinentes à competência para instituir o ITCMD* – julgamento em 27.02.2021), em que a modulação de efeitos em favor do Fisco foi contrabalanceada pela ressalva dos contribuintes que possuíam ações em curso questionando a quem recolher o tributo ou cobranças, desde que não tivessem efetuado o pagamento.

19. As decisões sobre modulação de efeitos citadas acima contêm um traço comum: **ao mesmo tempo em que vedam a repetição do indébito, preservando-se as expectativas orçamentárias do fisco, também impõem que cobranças em relação a fatos geradores pretéritos observem a orientação que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal no que concerne à constitucionalidade do tributo.**

20. Noutros termos, trata-se como consolidadas as situações em que já houve pagamento do tributo pelo contribuinte, mas, caso isso ainda não tenha ocorrido, a cobrança deverá se dar na linha do que foi reputado constitucional.

21. Por isso, determinou este E. Supremo Tribunal Federal que, não tendo sido efetuado o recolhimento em relação a fatos geradores pretéritos: **(i)** não poderia ser cobrado ICMS sobre extração de petróleo (ADI 5.481/DF); **(ii)** somente ISS poderia ser cobrado sobre operações de venda de medicamentos manipulados sob encomenda (RE 605.552/RS); **(iii)** somente ISS poderia ser cobrado sobre licenciamento de software (ADI's 1.945/MT e 5.659/MG); **(iv)** não poderia ser cobrado ITCMD nas hipóteses que dependem de prévia lei complementar (RE 851.108/SP). E tudo isso foi feito por meio de ressalvas à modulação de efeitos.

22. Frise-se: **tomam-se como consolidadas as situações em que o pagamento já ocorreu, mas se impede que as cobranças, mesmo em relação a fatos geradores pretéritos, adotem parâmetros reputados inconstitucionais.**

23. Trazendo o racional para o presente caso, tem-se que, para preservar a expectativa orçamentária dos Estados, (i) fica vedada a repetição de indébito e (ii) mantém-se a incidência do tributo com base nas alíquotas vigentes até o fim do exercício de 2023. Todavia, em relação aos fatos geradores pretéritos (anteriores à data de início do julgamento de mérito), se não foi efetuado o recolhimento, a cobrança realizada pelo fisco, seja na esfera administrativa ou na judicial, não poderá adotar alíquotas já consideradas inconstitucionais por este e. Supremo Tribunal Federal. Atinge-se, assim, um equilíbrio entre os interesses do fisco e os direitos do contribuinte.

24. No caso concreto, considerando-se que a preocupação demonstrada pelos Estados por meio da manifestação de EVENTO 469 reside, justamente, em preservar as expectativas orçamentárias dos anos subsequentes ao julgamento, faz-se necessária a complementação das hipóteses de ressalva fixadas pelo v. acórdão embargado.

25. Isso porque, para além de ressalvar as ações judiciais em curso, devem ser **ressalvadas também as hipóteses em que o contribuinte não efetuou o recolhimento do tributo em relação aos fatos geradores ocorridos até a data do início do julgamento de mérito (mesmo marco temporal fixado para as**

ressalvas das ações judiciais), obstando-se o prosseguimento das cobranças em relação a tais fatos geradores, seja na esfera administrativa ou na esfera judicial, com base em alíquotas inconstitucionais.

26. A rigor, em qualquer desses casos, não há impacto orçamentário aos Estados, pois não há repetição de tributo pago, ou seja, não há qualquer restituição a ser feita. Ademais, obstar o prosseguimento das cobranças relativas aos fatos geradores ocorridos até a data do julgamento de mérito não interfere nas expectativas de receitas dos anos de 2021 a 2024, que a decisão de modulação procura preservar.

27. Em suma, este e. STF postergou os efeitos da inconstitucionalidade para 2024, mas se **omitiu** em relação à necessária **ressalva das cobranças** relativas aos fatos geradores anteriores à data do julgamento de mérito. Suprir tal omissão não é incompatível com o objetivo central da modulação realizada, pois as expectativas orçamentárias serão preservadas pela incidência das alíquotas vigentes sobre as prestações correntes⁴ e pela vedação à repetição do indébito.

28. Excluir das ressalvas à modulação de efeitos os contribuintes postos em quaisquer dessas situações significaria, em última análise, autorizar arrecadação nova nos moldes já declarados inconstitucionais. Não é esse o objetivo da modulação de efeitos, que, como visto, ao buscar preservar o equilíbrio orçamentário estatal, visa a evitar a devolução de tributos já pagos.

29. Vale ressaltar que, do recentíssimo julgamento do **Recurso Extraordinário nº 574.706 – ED / PR (Tema 69 – Exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS)**, no qual o Plenário desta Corte concluiu pela modulação dos efeitos da decisão, colhem-se manifestações dos Ministros no sentido de que, independentemente da ressalva às ações judiciais, a cobrança de valores pretéritos não recolhidos pelo contribuinte, logicamente, também não poderia ocorrer.

30. Esse aspecto foi suscitado pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes e corroborado pela Ministra Carmen Lúcia, Relatora, conforme se extrai **(i)** do voto-

⁴ Nesse contexto, as empresas seguirão obrigadas a aplicar as alíquotas vigentes em relação aos fatos geradores ocorridos entre a data do julgamento e o fim do exercício de 2023, exatamente em observância à modulação de efeitos determinada por este e. STF, com vistas a preservar a expectativa orçamentária dos Estados.

vogal proferido pelo Ministro e **(ii)** das Notas Taquigráficas que refletem as discussões mantidas na sessão de julgamento. Confirmam-se:

(i) VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

“(…) **Adiro**, pois, à proposta de modulação apresentada pela Eminente Relatora, **ressaltando que não cabe a cobrança dos débitos tributários relativos ao PIS/COFINS, nos quais não se incluiu na base de cálculo o ICMS, e que estão pendentes de pagamento pelo contribuinte em razão deste específico aspecto, em discussão nestes autos.** Ficam dispensados do pagamento os sujeitos passivos **que não recolheram (ou não depositaram em juízo)** os valores de PIS e COFINS, com a parcela do ICMS na base de cálculo. Em outros termos, **a Fazenda não pode exigir qualquer valor eventualmente não adimplido em qualquer tempo, relativo ao ICMS na base do PIS e da COFINS.**

Diante do exposto, ACOLHO, EM PARTE, os Embargos Declaratórios, para modular os efeitos do julgado, na forma proposta pela Ilustre Relatora” (fl. 87 de 179)

(ii) NOTAS TAQUIGRÁFICAS

(…) A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA (RELATORA) - Sim, até porque, Ministro Alexandre, o período que fica é um período muito pequeno relativamente à tomada de providências. Então está dentro exatamente da lógica, é mão dupla. Só não esclareci, porque, na esteira do que a gente faz, nós nos preocupamos com o que já está formalizado, mas Vossa Excelência tem razão.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Obrigado, Ministra. Então, Presidente, é assim que voto, acompanhando integralmente a eminente Relatora

31. Todo esse cenário, que alia os fundamentos do próprio pedido formulado pelos Estados na manifestação de EVENTO 469, de um lado, à própria orientação desta Corte quanto ao escopo das ressalvas às modulações de efeitos, de outro, corroboram a necessidade de que seja **complementada a delimitação das ressalvas** à modulação de efeitos apontadas pelo v. acórdão embargado, suprindo-se as **omissões** relativamente a **hipóteses fáticas que não se relacionam ao dever estatal de proceder à restituição de indébitos tributários.**

II. CONCLUSÃO E PEDIDO

32. Ante o exposto, requer-se sejam conhecidos e providos estes embargos de declaração, nos termos da fundamentação, para fins de integração do v. acórdão embargado no que se refere à delimitação das hipóteses fáticas ressalvadas da modulação de efeitos, de modo a excluir da atribuição de eficácia futura à decisão não apenas as ações judiciais em curso até a data de 5.2.2022, mas, também,

- (a) as hipóteses em que o contribuinte **não recolheu o tributo** em relação aos fatos geradores ocorridos até a data do início do julgamento de mérito (05.02.2022);
- (b) consequentemente, determinando-se que ficam obstados o prosseguimento das cobranças em curso bem como o início de novas cobranças, seja na esfera administrativa ou na esfera judicial, em relação aos fatos geradores ocorridos até a data do início do julgamento de mérito (05.02.2022), com base em alíquotas majoradas inconstitucionais, limitando-se o tributo a ser exigido à incidência da alíquota aplicável às operações em geral.

33. Ambas as situações ora referidas não se relacionam ao objetivo da modulação de efeitos empreendida no caso dos autos e tampouco ao fundamento do pedido formulado pelos Estados, qual seja, a vedação à repetição de indébitos. Por essa razão, devem compor as hipóteses ressalvadas da modulação, caracterizando-se, portanto, vício de omissão sanável pela via integrativa dos embargos de declaração.

34. Saliente-se que a ampliação das hipóteses de ressalva da modulação de efeitos, ainda que tida como resultante da atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, não resulta em extrapolação dos limites cognitivos estabelecidos no artigo 1.022 do CPC, na medida em que figura como decorrência lógica e necessária do saneamento dos vícios apontados e, portanto, revela-se plenamente possível.

Nesses termos,
pede deferimento.

Brasília, 21 de março de 2022.

Luiz Roberto Peroba Barbosa
OAB/SP nº al130.824

Saul Tourinho Leal
OAB/DF nº 22.941

André Torres Dos Santos
OAB/DF nº 35.161

