

**EXCELENTÍSSIMOS(AS) SENHORES(AS) MINISTROS(AS) DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**MANIFESTAÇÃO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA E DEMAIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO**  
**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 714.139 – TEMA 745/RG**  
**SESSÃO DE JULGAMENTO VIRTUAL COM INÍCIO EM 26/11/2021**  
**PROPOSTA DE MODULAÇÃO DE EFEITOS**

O ESTADO DE SANTA CATARINA, *Recorrido*, e os ESTADOS DO 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, TOCANTINS, *Amici Curiae*, vem à ilustre presença de Vossas Excelências oferecer **MANIFESTAÇÃO** relativamente à proposta de modulação, que será objeto da continuação do julgamento no Plenário Virtual, de 26.11.2021 a 03.12.2021, consoante as seguintes razões:

## **1. CABIMENTO**

De início, importa ressaltar que a presente Manifestação se dá com o desiderato de **cooperar e contribuir** com o debate de **extrema envergadura federativa** por esta Excelsa Corte Suprema, a teor do art. 6º, do Código de Processo Civil.

Ainda, por se tratar, também, de ***questões de fato***, se faz oportuno e adequado, considerando o julgamento em Plenário Virtual e os termos do art. 5º-A, § 6º, da Resolução n. 642/2019, do Supremo Tribunal Federal, com a redação dada pela Resolução n. 675/2020, apresentá-las no presente petítório, a bem da defesa dos interesses públicos notoriamente influenciados pelo julgamento e pela modulação que será objeto de apreciação do e. Colegiado.

## **2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO**

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Lojas Americanas S.A. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a segurança pleiteada pela Recorrente, assentando que inexistente ofensa ao princípio da seletividade na legislação

catarinense em relação à alíquota de 25% de ICMS no consumo de energia elétrica e na prestação de serviços de telecomunicações.

Pretende a Recorrente que lhe sejam assegurados os seguintes direitos: **a)** pagar o ICMS incidente sobre as operações relativas a serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica pela alíquota interna de 17% e **b)** creditar-se dos valores recolhidos de ICMS nos últimos 10 (dez) anos pela alíquota de 25%, ou, alternativamente, que lhe sejam restituídos tais valores em pecúnia.

A matéria de fundo que conduz a controvérsia diz respeito à discussão quanto à aplicação imperativa do princípio tributário da seletividade ao regime de cobrança do ICMS, no que concerne especificamente à fixação das alíquotas de energia elétrica e serviços de telecomunicação.

O recurso foi submetido à sistemática da repercussão geral, a qual restou reconhecida pelo Plenário Virtual dessa e. Corte em **12.06.2014**. Iniciado o julgamento em **05.02.2021**, houve pedido de vista do e. Min. Dias Toffoli, com retorno em **11.06.2021**, oportunidade em que novo pedido de vista do e. Min. Gilmar Mendes suspendeu o julgamento. Pautado novamente, ainda em Plenário Virtual, com reinício em **12.11.2021**, foi concluída a colheita dos votos. Contudo, o julgamento foi suspenso para apreciação da proposta de modulação formulada pelo e. Min. Dias Toffoli, o que se dará já na assentada a se iniciar, no Plenário Virtual, em **26.11.2021**.

### **3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO E DA TESE.**

Tratando-se de continuação de julgamento para se colher, especificamente, votos a respeito de proposta de modulação, muito embora sejam os Peticionantes contrários ao entendimento da maioria que se formou, esclarece-se que a presente Manifestação se limitará, com a objetividade que se espera, aos aspectos fático-jurídicos da proposta de modulação.

No que concerne à matéria de mérito, a tempo e modo oportunos, pelo instrumento recursal adequado, maiores digressões serão apresentadas com o fito de demonstrar a imperiosa necessidade de releitura dos r. fundamentos vencedores da tese, por ora, definida.

Com efeito, o e. Min. Dias Toffoli propôs a modulação dos efeitos da decisão com os

seguintes fundamentos, respectivamente sobre o ICMS em relação à energia elétrica e aos serviços de telecomunicações:

Não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade em alusão, considerando o relevante impacto dessa decisão nas finanças do estado bem como o fato de que, há muito, várias outras unidades editaram leis em dissonância com a compreensão acima, gerando receitas e expectativas de receitas até então tidas legítimas, julgo ser o caso de se modularem os efeitos dessa decisão, de modo que ela **produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro**.

Preserva-se, assim, o exercício financeiro ora em andamento. Destaco que medida como essa tem sido observada pela Corte em modulações de efeitos quando em jogo questões tributárias que provoquem relevantes repercussões nas contas pública. Nesse sentido: ADI nº 5.469/DF e RE nº 1.287.019/DF, sessão de 24/2/21.

Ressalvo da proposta de modulação as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito. Diligência como essa tem sido observada pela Corte em julgados recentes. Nessa direção: RE nº 605.552-ED-Segundos, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 12/4/21. (grifos no original)

[...]

A legislação em questionamento, contudo, não acompanhou essa evolução econômico-social, mantendo a tributação desses serviços pelo ICMS com aquela alíquota, sem fazer qualquer distinção. **Tornou-se, com o passar do tempo, inconstitucional.**

Nesse ponto, destaco que é extremamente difícil precisar o momento exato em que a lei passou a ser incompatível com o texto constitucional. Além disso, anote-se que a lei questionada continuou sendo aplicada, **com presunção de constitucionalidade**, até os dias de hoje, gerando receitas e expectativa de receitas para o Estado de Santa Catarina.

Em razão dessas circunstâncias: (i) julgo inconstitucional a lei questionada no tocante à alíquota de 25% de ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, determinando a aplicação da mesma alíquota do ICMS pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, I, da Lei 10.297/96); e (ii) desde logo, **proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro**.

Preserva-se, também aqui, o exercício financeiro ora em andamento.

Ademais, julgo que, quanto a essa modulação, também deve ser ressalvadas as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito. (grifos no original)

O e. Min. Nunes Marques acompanhou a proposta de modulação.

Existem, portanto, duas situações modulares: **1ª) pro futuro**, em relação à aplicação da inconstitucionalidade assentada na tese, a partir do início do próximo exercício financeiro;

2ª) retroativa, em relação às ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento, publicação que ainda não ocorreu.

### **3.1 MARCO TEMPORAL DA MODULAÇÃO. PREMISSA INAFSTÁVEL DA SEGURANÇA JURÍDICA E ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE FINALIZAÇÃO DE PLANOS E LEIS ORÇAMENTÁRIOS.**

A proposta de modulação do e. Min. Dias Toffoli, sensível à situação jurídica e fática vivenciada no Estado de Santa Catarina e em todas as demais unidades federativas estaduais, definiu que a produção de efeitos da decisão deve se dar no futuro, a partir do início do próximo exercício financeiro.

As razões para tanto, expostas no voto, são:

- i) impacto da decisão nas finanças dos Estados;**
- ii) edição de leis pelos Estados;**
- iii) expectativas de geração de receitas;**
- iv) preservação do exercício financeiro;**
- v) repercussões relevantes nas contas públicas.**

Nada obstante serem totalmente pertinentes tais razões, denotando, de fato, a consciência e o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como *guardião da Federação*, em temas que tocam questões tributárias que alcançam as unidades federativas como um todo, é certo que o **marco temporal** eleito não se coaduna com a premissa inafastável de se concretizar, em uma modulação de efeitos, a segurança jurídica e administrativa.

O art. 27 da Lei 9.868/1999, a propósito, aplicável nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, se coaduna com a necessidade de se pautar pela segurança jurídica os fundamentos da modulação.

Mais recentemente, por alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, realizada pela Lei n. 13.655/2018, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro uma “cláusula geral” de modulação, aplicável, portanto, em todos os processos com o objetivo expresso de dotar de segurança jurídica e eficiência a criação e aplicação do direito público.

Em destacada perspectiva, o art. 23 da LINDB prescreve:

**Art. 23.** A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, **impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.**

O referido “regime de transição” se impõe, assim, no novo condicionamento de direito, o que é o caso aqui retratado, de inauguração pela decisão de condicionamento ao *direito constitucional de tributação dos Estados* pelas alíquotas que estão definidas em leis e que foram estabelecidas em estreita conformidade com suas competências constitucionais.

A pergunta que se faz, portanto, para clarear o marco temporal *pro futuro* da modulação é a seguinte: o início do próximo exercício financeiro para aplicação da tese atende a segurança jurídica e as premissas para novo condicionamento do direito dos Estados de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais?

A resposta, no entendimento dos Estados, é negativa.

Isso porque **as leis orçamentárias que têm como fundamento as receitas provenientes dos impostos não são programadas apenas para um exercício financeiro.** A programação orçamentária dos entes federativos está assentada, como planejamento de Estado e não de Governo, em programas que perpassam um exercício financeiro. As disposições do art. 165 da Constituição Federam consentem com esses fundamentos.

Daí que é salutar a referência à “CARTA DO COMSEFAZ - COMITÊ NACIONAL DOS SECRETÁRIOS DE ESTADO DA FAZENDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOBRE O RE 714.139/SC” (anexa), que assim se expressa:

Defendemos que a modulação dos efeitos da decisão alinhe-se ao prazo de vigência dos Planos Plurianuais (PPAs) de todos os entes subnacionais aqui impactados. E isso porque o PPA é o instrumento fundamental de planejamento de médio prazo, pensado para um período de quatro anos, onde são estimadas as metas e programas a serem cumpridos neste período. Trata-se de legítimo instrumento de Estado, e não meramente de Governo, dado que sempre se inicia no último ano de mandato governamental, possuindo vigência por mais três anos no mandato seguinte.

E o PPA leva em consideração, em sua formulação, a previsão de receita para o período de quatro anos, sendo o instrumento que primeiro corporifica a ideia de promoção de serviços públicos que impactem a vida de toda a população,

pois lá estão contidas metas superiores para expansão da educação e da saúde públicas (novas escolas, novos hospitais, por exemplo), bem como da segurança pública, proteção social, cultura, além dos Poderes Legislativos e Judiciários estaduais, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, e todas as demais atuações absolutamente indispensáveis para o bem viver em nosso país. Só para ter uma dimensão do impacto financeiro, a redução das alíquotas em decorrência da decisão significará uma perda de R\$ 27 bilhões por ano para os entes.

Em assim sendo, indiscutivelmente, a decisão desta Egrégia Corte terá impacto manifesto e expressivo nas finanças públicas, pois reduzirá a possibilidade de tributação na energia elétrica e nas comunicações que representam os setores que mais trazem arrecadação aos entes, juntamente com os combustíveis.

Dessa forma, caso não seja possível a modulação, todos os PPAs aprovados em 2020, com vigência a partir deste ano, e válidos até 2024, restarão inviabilizados em suas diretrizes, objetivos e metas. Não se pode olvidar, evidentemente, que as leis de diretrizes orçamentárias e as leis orçamentárias atualmente vigentes e aquelas já aprovadas para 2022 restarão ainda mais prejudicadas, dado o seu caráter iminente.

É salutar pontuar que os entes subnacionais ainda padecem dos efeitos da pandemia que, em face do desaquecimento da economia, afetaram negativamente as receitas arrecadadas. Com isso, as contas públicas, que para muitos entes federados já se mostravam em desequilíbrio, sofreram uma deterioração sem precedentes, o que compromete completamente a qualidade dos serviços prestados à população.

Destarte, na eventualidade da inexistência de modulação dos efeitos da decisão supramencionada alinhada ao PPA, ocorrerão severos efeitos deletérios não apenas sobre a necessária previsibilidade da receita pública, mas também sobre a provisão dos serviços públicos essenciais à sociedade.

Com efeito, para além de se constituir em elemento imperioso no conjunto do processo orçamentário, configurando-se, portanto, num dos pilares essenciais para atendimento aos preceitos legais afetos à responsabilidade fiscal, a previsibilidade da receita afigura-se indispensável, uma vez que os entes subnacionais encontram-se em meio à execução dos seus respectivos planos plurianuais, cujas metas e diretrizes foram elaboradas com base na realidade econômica e tributária anterior à prolação da decisão e que, portanto, não levaram em conta os seus efeitos.

Cabe assinalar ainda que a decisão em tela vem se somar a uma série de outros eventos recentes que impactaram enormemente as finanças dos entes subnacionais, de que são exemplos a ADO 25, as decisões afetas ao TUST/TUSD, o fim da definitividade da base de cálculo da ST, a questão das transferências entre estabelecimentos do mesmo titular (ADC 49), a instituição do piso da enfermagem (Lei nº. 2.564/20), dentre outros.

Nesta perspectiva, com a frustração considerável da receita estimada e o alto grau de engessamento em relação às despesas, para os entes que já se encontravam em situação difícil, lograr o equilíbrio será tarefa quase inexequível.

Ainda em decorrência do que se expõe, a redução da receita impactará no cálculo da Capacidade de Pagamento (CAPAG) dos entes subnacionais, o que impedirá que grande parte deles recorra a novos empréstimos com garantia da União, o que, conseqüentemente, reduzirá a capacidade de investimento em projetos em prol da sociedade.

Por fim, o impacto é catastrófico não só para os Estados e Distrito Federal, mas também para os Municípios, que recebem sua quota-parte do ICMS arrecadado, ressaltando-se que, para alguns deles, a receita daí decorrente é, senão a única, a mais representativa fonte de financiamento das políticas públicas.

Dessa forma, vimos, mui respeitosamente, solicitar que a decisão ora referida e a redução das alíquotas dela resultante se deem alinhadas à vigência dos atuais Planos Plurianuais, preservando as diretrizes, os objetivos e as metas já aprovados pelos parlamentos estaduais, e oportunizando que os Estados consigam absorver gradualmente em suas políticas o citado impacto arrecadatário.

Não é demais relembrar que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária disposta na Constituição Federal exige que todos os Poderes (Legislativo, Executivo e **Judiciário**) controlem e avaliem “o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União” (art. 74, I), dispositivo que é aplicável igualmente aos Estados e Municípios.

Por conseguinte, é um *imperativo constitucional* a atuação do Poder Judiciário no sentido do dever de fiscalizar o cumprimento de metas do plano plurianual e, conseqüentemente, em assentar na decisão que se deve cumprir tal preceito constitucional. O cumprimento da Constituição, nesse particular, se dá com o entendimento de que **a diminuição das receitas públicas por decisão judicial deve buscar, em contrapartida, respeitar as metas já eleitas nos planos plurianuais, de modo que a imposição de perdas de receitas expressivas – na verdade as maiores dos Estados -, deve ser implementada nos próximos planos plurianuais**, sendo, portanto, inaplicável a tese tão-somente com ressalva do exercício vigente, que não espelha e não concretiza a segurança jurídica e administrativa necessária para se dar efetividade à modulação de efeitos da decisão.

Sucessivamente, é necessário ainda pontuar, no caso de não ser este o entendimento sufragado pelos e. Ministros(as), que o próximo exercício financeiro já se inicia em **37 dias**, prazo extremamente exíguo para se alterar o orçamento e o rearranjo financeiro e administrativo para dar cumprimento ao quanto estabelecido na tese de Repercussão Geral.

A bem da verdade, a programação orçamentária dos Estados para o próximo exercício já está completamente prevista e aprovada nas leis orçamentárias, tendo-se considerado a arrecadação do ICMS com as alíquotas definidas nas leis estaduais, sem qualquer previsão para suportar a perda de arrecadação que advirá do nivelamento das alíquotas para 17%.

Nesse sentido, para concretizar o quanto adequadamente descrito na proposta de modulação do e. Min. Dias Toffoli (impacto da decisão nas finanças dos Estados; edição de leis pelos Estados; expectativas de geração de receitas; preservação do exercício financeiro; repercussões relevantes nas contas públicas), se evidencia necessário estipular a modulação dos efeitos da decisão para, ao menos, **o exercício financeiro de 2023, de forma que a perda de receita possa ser projetada na LDO e LOA**. O prazo requerido, embora não seja ideal, minora, ao menos, os impactos deletérios do reconhecimento da inconstitucionalidade das alíquotas diferenciadas de ICMS.

### **3.1.1 DANO EMERGENTE AOS ERÁRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS. PREJUÍZOS EVIDENTES À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A CARGO DOS ESTADOS.**

Sobreleva apresentar, faticamente, alguns dados que demonstram a imperatividade de que a modulação respeite leis e planos orçamentários já aprovados, democraticamente, pelos Parlamentos dos Estados e que estão imergidos nas receitas públicas que serão utilizadas para a implementação das diversas obrigações constitucionais de prestação dos serviços públicos que são encargos dos Estados.

Em petição apresentada nos autos (peça n. 443), quando ocorrido o início do julgamento, e nos Memoriais encaminhados em todas as oportunidades em que o processo foi pautado, os Estados, por intermédio do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal, colacionaram Nota Técnica com quadro em que se descreveu expressivos dados do impacto financeiro que se faz oportuno rerepresentar:

**IMPACTO DA DEFINIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE ENERGIA  
ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES**

(Preços de 2019 - em milhões de R\$)

UF	Telecomunicações	Energia	<b>Perda Total</b>	Arrecadação ICMS 2019	% de Perda
AC*	R\$ 24	R\$ 23	R\$ 47	R\$ 1.413	3,33%
AL	R\$ 100	R\$ 73	R\$ 173	R\$ 4.208	4,11%
AM	R\$ 171	R\$ 316	R\$ 487	R\$ 10.039	4,85%
AP	R\$ 23	R\$ -	R\$ 23	R\$ 945	2,46%
BA	R\$ 377	R\$ 1.072	R\$ 1.449	R\$ 24.718	5,86%
CE	R\$ 242	R\$ 468	R\$ 710	R\$ 13.152	5,40%
DF	R\$ 344	R\$ 148	R\$ 492	R\$ 8.182	6,01%
ES	R\$ 154	R\$ 446	R\$ 600	R\$ 11.452	5,24%
GO	R\$ 479	R\$ 1.177	R\$ 1.656	R\$ 17.126	9,67%
MA	R\$ 127	R\$ 33	R\$ 160	R\$ 7.883	2,03%
MG	R\$ 1.049	R\$ 2.026	R\$ 3.075	R\$ 51.945	5,92%
MS	R\$ 135	R\$ 33	R\$ 167	R\$ 10.048	1,66%
MT	R\$ 176	R\$ 602	R\$ 779	R\$ 13.366	5,83%
PA	R\$ 276	R\$ 468	R\$ 745	R\$ 12.250	6,08%
PB	R\$ 163	R\$ 381	R\$ 544	R\$ 5.904	9,21%
PE	R\$ 260	R\$ 499	R\$ 759	R\$ 17.939	4,23%
PI	R\$ 101	R\$ 189	R\$ 290	R\$ 4.489	6,46%
PR	R\$ 800	R\$ 2.300	R\$ 3.100	R\$ 31.503	9,84%
RJ	R\$ 909	R\$ 1.410	R\$ 2.319	R\$ 37.015	6,26%
RN	R\$ 113	R\$ 129	R\$ 242	R\$ 5.725	4,23%
RO	R\$ 99	R\$ 41	R\$ 140	R\$ 4.013	3,49%
RR	R\$ 19	R\$ -	R\$ 19	R\$ 1.117	1,69%
RS	R\$ 1.010	R\$ 2.250	R\$ 3.260	R\$ 35.743	9,12%
SC	R\$ 344	R\$ 1.150	R\$ 1.494	R\$ 23.370	6,39%
SE	R\$ 71	R\$ 119	R\$ 190	R\$ 3.548	5,36%
SP	R\$ 1.190	R\$ 2.400	R\$ 3.590	R\$ 149.774	2,40%
TO	R\$ 49	R\$ 101	R\$ 150	R\$ 3.020	4,98%
<b>TOTA</b>	<b>R\$ 8.805</b>	<b>R\$ 17.856</b>	<b>R\$ 26.661</b>	<b>R\$ 509.886</b>	<b>5,23%</b>

Fonte: Dados informados pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e Distrito Federal.

\*Foi utilizada a média percentual da região para estimar as perdas do estado do AC.

Em informações igualmente disponibilizadas nos autos, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda, para o **Estado de Santa Catarina**, Recorrido, a redução da alíquota de 25% para 17% diminuirá **32% da arrecadação atual do setor, o que equivale a R\$ 96,6 milhões por mês ou superior a R\$ 1 BILHÃO anual.**

No **Estado do Rio de Janeiro** o impacto do valor da perda de arrecadação, projetado com dados dos 10 meses de 2021, é **superior a R\$ 2 BILHÕES, ou R\$ mais de R\$ 200 milhões**

mensais.

No Estado de Goiás os dados são, de igual modo, impactantes, alcançando mais de **R\$ 1,8 BILHÃO**, “que corresponde uma redução de 10,80% na arrecadação total de ICMS do Estado de Goiás do ano de 2019”, conforme documentos anexos:

<b>ESTIMATIVA DO IMPACTO DA REDUÇÃO DAS ALÍQUOTAS DO ICMS APLICADAS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA/TELECOMUNICAÇÕES PARA 17%</b>		
<b>Resumo do impacto anual estimado, a partir dos dados do ANO DE 2019 (EFD e GCI-CONV 115) - CONSIDERADO REAJUSTE TARIFÁRIO DE 16,45% ENEL</b>		
<b>DESCRIÇÃO</b>	<b>VALOR</b>	<b>%</b>
VALOR DO IMPACTO ANUAL EM RELAÇÃO AO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA CONSIDERANDO 17% COM REAJUSTE TARIFÁRIO 16,45% ENEL	-1.371.133.598,93	-52,46%
VALOR DO IMPACTO ANUAL EM RELAÇÃO AO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES 17%	-478.922.812,66	-49,85%
<b>TOTAL DO IMPACTO ANUAL DOS 2 SETORES 17%</b>	<b>-1.850.056.411,59</b>	
<b>ARRECADAÇÃO TOTAL DE ICMS DO ESTADO DE GOIÁS EM 2019</b>	<b>17.125.880.144,12</b>	
<b>PERCENTUAL DO IMPACTO DOS 2 SETORES NA ARRECADAÇÃO TOTAL DE ICMS EM 2019</b>		<b>-10,80%</b>

Note-se, ilustrativamente, que a composição das receitas de impostos é utilizada para a definição de aplicação de despesas, **muitas obrigatórias constitucionalmente**, em áreas sensíveis à Federação brasileira, como saúde e educação.

Dessarte, como assente, nos termos dos arts. 198, § 2º, II e 212, *caput*, se impõe que as despesas com saúde e educação sejam aplicadas de acordo com a receita dos impostos estaduais, respectivamente, 12% e 25%. O pagamento de débitos de precatórios, de igual modo, tem seus valores definidos de acordo com o comportamento da receita, a teor do art. 101, *caput*.

Em outras palavras, somente tomando em consideração os dados descritos na tabela acima, elaborada pelo COMSEFAZ, que demonstra a perda anual de R\$ 26 bilhões para os Estados, se pode afirmar, com certo grau de certeza, que **a prestação dos serviços públicos**

de saúde e educação serão extremamente afetados e prejudicados, **COM UMA PERDA PARA A SAÚDE, EM ÂMBITO NACIONAL, SUPERIOR A R\$ 3 BILHÕES E, PARA EDUCAÇÃO, DE MAIS DE R\$ 6 BILHÕES.** Não há, deveras, política pública que se sustente em tal cenário de franca e expressiva perda de arrecadação.

Tal reflexão, que se traz à guisa de contribuição e cooperação para o debate jurisdicional, é que se impõe fazer em questão de notória repercussão no federalismo fiscal-tributário nacional. A alteração na tributação em um Estado Federal, com as vicissitudes e complexidades inerentes a tal forma de Estado, repercute diretamente no modo de administrar e de prestar, principalmente, os serviços públicos que a população brasileira é notoriamente carente, principalmente em tempos contemporâneos de crise sanitária e dos efeitos dela decorrentes, em todos os sentidos.

Nesse contexto, reveste de notório e **excepcional interesse social**, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999 - cuja exegese em tudo se amolda aos recursos extraordinários com repercussão geral - a modulação dos efeitos para momento em que o planejamento orçamentário-financeiro e administrativo tenha exauridas as receitas então já programadas.

### **3.1.2 EFEITOS NAS FINANÇAS DOS MUNICÍPIOS. REFLEXO SISTÊMICO DA APLICAÇÃO DA TESE EM CURTO ESPAÇO DE TEMPO.**

A repartição de receitas tributárias disciplinada na Constituição Federal (art. 158, IV) dispõe que 25% da arrecadação do ICMS será destinado aos Municípios.

Consectário lógico desta repartição é a evidente minoração de receitas para os entes municipais pela perda de arrecadação, o que denota que o prejuízo da decisão não se limita aos Estados, mas, igualmente, se espraia por **todas as municipalidades da Federação brasileira**, já com os cofres públicos combalidos pelo enfrentamento da crise sanitária.

A “Carta” do COMSEFAZ demonstra também essa repercussão deletéria nas contas públicas municipais, o que evidencia o reflexo abrangente e negativo para todos os entes federativos.

De fato, a questão é deveras sensível e, por envolver alteração na própria estrutura tributária, orçamentária, fiscal e administrativa por todo o território nacional, é importante se ter presente que a *transição* para o implemento da tese assentada deve cuidar em não

inviabilizar o exercício e a manutenção de políticas públicas a cargo não apenas dos Estados, mas, de igual modo, dos Municípios.

### 3.2 RESSALVA ÀS AÇÕES AJUIZADAS. INCENTIVO À JUDICIALIZAÇÃO DESENFREADA DO TEMA. LITIGÂNCIA DE MASSA. A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA”.

A proposta de modulação dos efeitos da decisão do e. Min. Dias Toffoli ressalva as ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento.

Os Estados signatários entendem, com o devido respeito, que tal modo de estabelecer a modulação não atende às premissas da segurança jurídica pelas quais uma modulação de efeitos deve ser realizada. Pelo contrário, constata-se, inclusive, que a ressalva proposta eleva a insegurança jurídica no país e na atuação do próprio Poder Judiciário.

Com efeito, na medida em que se estabelece como marco temporal da retroatividade do reconhecimento da inconstitucionalidade a data da publicação da ata de julgamento, **que ainda não ocorreu**, há imenso incentivo à judicialização das controvérsias que envolvem o tema decidido, com uma corrida de litigância de massa deletéria não apenas no aspecto financeiro dos Estados, mas, de igual modo, para a prestação jurisdicional, com o congestionamento dos órgãos do sistema da Justiça.

Dados, por exemplo, da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina já expõem esta problemática e uma corrida ao Poder Judiciário para propor ações antes da publicação da ata de julgamento, com a expectativa de afastar a modulação temporal *pro futuro* que é necessária, como já se expôs. À guisa de contribuição fática para o julgamento da modulação é pertinente apresentar alguns dados:

Ano	Processos por Ano
2006	4
2007	1
2008	8
2009	1
2010	3
2011	1
2014	2
2015	41
2016	120
2017	107
2018	109

2019	63
2020	83
2021	161
<b>Total Geral</b>	<b>704</b>

Veja-se o aumento do número de ações no ao de 2021 em relação aos períodos anteriores. Trata-se, ademais, de ações já cadastradas no órgão Procuradoria-Geral do Estado, não englobando, portanto, as dezenas ou centenas de ações propostas que não ainda não foram objeto de citação.

Dos 161 processos por ora cadastrados **apenas no ano de 2021**, os valores das causas – que muitas vezes não refletem o proveito econômico almejado, que é sempre superior -, ultrapassa **R\$ 24 milhões**.

Considerando os 704 processos por ora cadastrados, o valor da Judicialização ultrapassa R\$ 77 milhões, quantia que é muito superior, já que os dados consideram o valor dado à causa, sem atualização e sem consectários.

Portanto, a proposta de modulação que ressalva as ações judicializadas, a par de não concretizar a segurança jurídica, força uma despesa de eventual ressarcimento ou repetição do indébito que **pode facilmente alcançar, em todos os Estados, a cifra de bilhões de reais**.

Ou seja, além da tese definida no julgamento afastar uma expressiva receita constitucional, legal e legítima dos entes federativos, a modulação com a ressalva dos casos judicializados impõe, ainda, uma despesa bilionária em repetição do indébito.

Em tal contexto não se pode deixar de consignar a famosa parábola da *tragédia dos comuns*, “que ilustra como os recursos comuns (*bens comuns*) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria a *tragédia*)”<sup>1</sup>, o que se aplica à justiça brasileira no que se pode denominar, com Erik

---

<sup>1</sup> WORKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85. Assim explica o autor: “A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um campo que a rodeava, chamado *Town Common*. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, portanto, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma *concorrência no consumo*. Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, ela esgotou-se e *Tow Common* acabou tornando-se um terreno barroso e inútil para todas as ovelhas. O pequeno conto traz lições importantíssimas e extremamente úteis aos objetivos deste

Navarro Wolkart, da *tragédia da justiça*. É pertinente, a propósito:

No caso da Justiça, várias soluções são possíveis, ainda que algumas sejam indesejáveis. Outras, ainda que óbvias, encontram barreira na Constituição Federal.

Note-se que, do ponto de vista jurídico, não se pode excluir o acesso à Justiça e aos meios inerentes à busca da tutela jurisdicional efetiva. No entanto, assim como a municipalidade na parábola poderia ter limitado o número de ovelhas por família ou simplesmente taxado o pastoreiro, a lei brasileira pode criar regras que promovam a *internalização das consequências negativas do uso* da atividade jurisdicional, diminuindo a ânsia no ajuizamento de novas demandas ou estimulando comportamentos que levem os processos pendentes a terminar mais rapidamente<sup>2</sup>.

Nesses termos, o reconhecimento da necessidade de modulação dos efeitos da decisão - em razão do impacto da decisão nas finanças dos Estados, da edição de leis pelos Estados, das expectativas de geração de receitas da preservação do exercício financeiro e das repercussões relevantes nas contas públicas -, denota que a tese seja apenas aplicada no marco temporal prospectivo, sem retroação, com o que, além de se evitar a desorganização orçamentária-financeira-administrativa dos entes federativos que, em última *ratio*, protege e possibilita a prestação de serviços públicos essenciais, evita-se também a anunciada *tragédia da justiça*, como exposto pelo e. Min. Luiz Fux no prefácio da obra referenciada, que reflete e se aplica inteiramente à presente demanda constitucional-federativa.

Dá que, subsídio normativo novamente aplicável é o quanto disciplina a LINDB no art. 24:

**Art. 24.** A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**

---

trabalho. O que causa a tragédia é a evidente divergência entre os incentivos públicos e privados ao uso da terra. Enquanto do ponto de vista social seria interessante preservar parte da gleba para proporcionar sua contínua renovação, do ponto de vista privado cada família deseja colocar cada vez mais ovelhas na gleba, aumentando, assim, seus rendimentos. De outro lado, de nada adiantaria apenas uma ou duas famílias conscientizarem-se do problema. É preciso uma *ação coletiva organizada* de um grande número de famílias. Sem essa *coordenação da coletividade*, as *externalidades* causadas pela utilização do pasto acabem levando ao seu esgotamento. É esse o trágico fim dos *bens comuns*". (grifos no original)

<sup>2</sup> WORKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 92.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em **atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial** ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por **prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.**”

Ou seja, considerando as situações jurídico-tributárias já consolidadas e constituídas com base em entendimento que, inclusive, se lastreia na jurisprudência dos tribunais nacionais, é que a modulação proposta, com a ressalva das ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento não se mostra adequada e contrária, com o devido respeito, as novas disposições da LINDB que objetiva dar segurança jurídica na aplicação do direito público.

Nessa demanda de repercussão geral se tem presente, na esteira do art. 24 da LINDB, atos jurídicos de tributação com produção já exauridos e situações plenamente constituídas, baseadas em leis reconhecidas constitucionais pelos Tribunais de Justiça o que, no próprio Supremo Tribunal Federal o tema era praticamente pacífico no sentido de se tratar de questão infraconstitucional, não passível de análise pelo Suprema Corte, até então ser admitida a repercussão geral.

Em síntese, em qualquer dos casos de modulação de efeitos, **os Estados requerem que não sejam ressalvados os processos judiciais em curso. Isto é, requerem que, havendo ressalva dos mesmos, que o resultado do julgamento se projete para os fatos geradores futuros.**

O volume de processos já em curso no Judiciário brasileiro, nos quais se discute o tema aqui em debate, é enorme, e representa significativo impacto financeiro, impossível de ser honrado pelos Estados sem que haja sério desequilíbrio econômico de suas programações orçamentárias, especialmente se considerada a iminente perda de arrecadação e necessária reorganização das prioridades de atuação estatal.

Além disso, o início do julgamento do presente Tema 745 se deu em fevereiro de 2021, 09 meses atrás, e nesse intervalo o número de processos ajuizados a respeito do assunto foi crescente, movimento involuntariamente incentivado pelos precedentes dessa e. Corte, a exemplo da ADI 5469, RE 1287019 e 605552, que previram na modulação de efeitos a ressalva dos casos judicializados.

No presente feito, entretanto, referida ressalva representa impacto financeiro exacerbado, pois a matéria tem sido objeto de judicialização em massa, veiculada por peças

processuais padrão e repetidas, prática jurídica com nítido caráter oportunista, adotada por um sem número de contribuintes que buscam, antecipadamente, se furtar da possível modulação de efeitos a ser aplicada pela Corte.

Tomando-se mais um Estado da federação como exemplo, tem-se que a ressalva dos processos judicializados representa, somente para o Estado do Rio de Janeiro, a obrigação de restituir aos contribuintes, em juízo (repetição do indébito), montante superior a R\$-1,5 bilhões de reais.

Ou seja, além de deixar de arrecadar, por ano, algo em torno de R\$-2,3 bilhões de reais, o Estado do Rio de Janeiro teria que honrar dívida judicial superior a R\$-1,5 bilhões de reais, relativamente aos processos já em curso, na hipótese de a modulação de efeitos ressalvar os casos judicializados.

Ainda no exemplo do Estado do Rio de Janeiro, atualmente existem aproximadamente 5.000 (cinco mil) processos judiciais em tramitação, versando sobre o Tema 745/RG. Ao final de 2020 o número de processos judicializados era, aproximadamente, de 3.500 (três mil e quinhentos) processos, que representavam um impacto de R\$-1.451.439.000,00 (um bilhão, quatrocentos e cinquenta e um milhões, quatrocentos e trinta e nove mil reais). Dez meses depois, o Estado carioca é réu em mais 1.500 novos processos, com perspectiva de dívida judiciária muito superior àquela apurada ao final do ano passado.

***A modulação de efeitos, como se vê, e com todo o respeito, não deve ressalvar 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, impedindo-se, dessa forma, as repetições de indébito.***

### **3.2.1 ISONOMIA QUE DEVE SER CONCRETIZADA COM CRITÉRIOS OBJETIVOS**

Dessa forma, os Estados brasileiros defendem que não deve haver ressalva à modulação de efeitos. Contudo, se assim não entender essa e. Corte, eventual ressalva de casos judicializados deve considerar **data específica** – e não a publicação da ata, que sequer ocorreu até o momento.

Os Estados petionantes consideram que eventual ressalva da modulação de

efeitos somente pode considerar as ações ajuizadas até o INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO VIRTUAL, ocorrida em 05 fevereiro de 2021. Lembre-se que o presente feito seguiu em julgamento durante praticamente todo o ano forense, sendo incluído e retirado do Plenário Virtual, com sinalização de votos disponibilizados e com ciência dos contribuintes, que tiveram meses para se organizar e correr ao Judiciário, na esperança da repetição do indébito acobertada pela ressalva de modulação.

Sucessivamente, os Estados entendem que a ressalva à modulação deva ter como marco temporal, se não o início da sessão virtual ocorrida em fevereiro de 2021, no máximo, o dia em que todos os votos foram incluídos no Plenário virtual, isto é, 22 de novembro de 2021. Após essa data, já era de todo conhecida a orientação dessa e. Corte a respeito do assunto, revelando-se a mais absoluta má-fé dos contribuintes que ajuizaram suas demandas já no intuito de garantir a repetição do indébito, conhecedores do resultado do julgamento.

A fixação objetiva do marco temporal (data específica da sessão de julgamento) prestigia a isonomia entre todos os contribuintes e preserva a boa-fé processual.

Já a ressalva da modulação para ações ajuizadas até a data da publicação da ata de julgamento (que sequer ocorreu até o momento) privilegia litigantes habituais, litigantes profissionais e que detém melhores condições informacionais. No quadro assim delineado, a proposta de modulação acaba por afastar contribuintes que, embora estejam na mesma situação fático-jurídica, não serão beneficiados com a aplicação da tese. Evidente, portanto, o tratamento não uniforme e em desacordo com tratamento isonômico entre todos que se encontram atingidos pela decisão. Há nítido privilégio informacional de grandes litigantes.

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.

Emerge, então, a necessária irretroatividade da tese, a necessária preservação da tutela da confiança legítima dos Estados na tributação que lhes eram exercidas, principalmente pelos diversos precedentes judiciais que lhes eram favoráveis.

Trata-se, a rigor, a definição da tese do presente Recurso Extraordinário, de verdadeiro *overruling* que, para tanto, deve, na esteira do § 4º, do art. 927 do Código de Processo Civil, considerar os “princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

A tese definida compele uma readequação da base tributária e do planejamento público, orçamentário, financeiro e administrativo dos Estados, mas, também, dos setores privados. A isonomia entre contribuintes não pode – até para manter a concorrência entre os agentes do mercado (CF, art. 170, IV) –, privilegiar pessoas e empresas que tem poder econômico para acompanhar a demanda, em detrimento de outras que, na mesma situação jurídica-tributária, não tem as mesmas condições e capacidades.

Disso decorre a necessidade de um critério modular uniforme, objetivo e isonômico que não perpassa por situações privilegiadas de determinados setores da economia.

#### **4. PEDIDOS**

Ante o exposto, os Estados peticionantes requerem a Vossas Excelências:

##### **(A) QUANTO À MODULAÇÃO DE EFEITOS DO JULGADO:**

**(A.1)** que haja modulação de efeitos prospectivos, para que a tese fixada tenha eficácia a partir do próximo Plano Plurianual, de forma a preservar a capacidade de arrecadação e as políticas públicas já planejadas pelos Estados-membros, e a fim de que haja tempo hábil para o planejamento e adequação das despesas, frente à significativa redução das receitas tributárias;

(A.2) sucessivamente, que haja modulação de efeitos prospectivos, para que a tese fixada tenha eficácia a partir das próximas leis orçamentárias (LDO e LOA para o exercício de 2023), preservando-se, dessa forma, a execução orçamentária programada e aprovada pelas leis que vigorarão no exercício de 2022, que foram projetadas com base na arrecadação com as alíquotas atualmente em vigor nos Estados-membros;

**(B) QUANTO À RESSALVA DOS CASOS JUDICIALIZADOS:**

(B.1) que não haja ressalva das ações ajuizadas a respeito do tema, evitando-se, dessa forma, a repetição do indébito de valores bilionários pelos Estados da federação, que já sofrerão significativo impacto financeiro com a queda de arrecadação futura;

(B.2) sucessivamente, caso venha a se ressalvar da modulação os casos judicializados, que seja considerado marco temporal objeto (*dia calendário*), o qual os Estados-membros indicam: a data de reconhecimento da repercussão geral (12/06/2014) ou a data de início de julgamento em plenário virtual (05/02/2021), eis que sinalizam o melhor cenário de boa-fé processual e de respeito à relevante atividade jurisdicional desempenhada por essa Suprema Corte, afastando-se a prática do oportunismo judicial.

Nestes termos, pedem e esperam deferimento.

Brasília, 25 de novembro de 2021

**ALISSON DE BOM DE SOUZA**  
Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina  
OAB/SC 26.157

**RODRIGO MAIA ROCHA**  
Procurador-Geral do Estado do Maranhão  
Presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais  
dos Estados e Distrito Federal – CONPEG  
OAB/MA 6469

**Weber Luiz de Oliveira**  
Procurador do Estado de Santa Catarina  
OAB/SC 24.276

**Viviane Ruffeil Teixeira Pereira**  
Procuradora do Estado do Pará  
Presidente da Câmara Técnica do CONPEG  
OAB/DF 53.464