Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO:

1. Conforme relatado, trata-se de Embargos de Declaração, com pedido de concessão de efeitos infringentes, opostos pelo Governador do Estado de Tocantins, contra acordão proferido por este Supremo Tribunal que declarou a inconstitucionalidade do inc. VI do art. 6º e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 3.617/19 do Estado de Tocantins.

2. Sustenta o embargante, em síntese, que o acórdão embargado foi omisso em relação à suposta perda de objeto da ação direta, decorrente do advento da Lei n. 4.303/23 do Estado de Tocantins, bem como obscuro quanto à declaração de inconstitucionalidade do inc. VI do art. 6º e dos §§ 1º e 2º do art. 7º, todos da Lei n. 3.617/19 do Estado de Tocantins. Ademais, ressalta a necessidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social. (e-doc. 70)

3. Em contrarrazões, a Associação Brasileira dos Produtores de Soja - APROSOJA BRASIL defende que os Embargos não merecem ser providos, *"em virtude da ausência de vícios de omissão ou obscuridade apontados, seja: (i) pela continuidade da cadeia normativa; (ii) pela fraude processual permanentemente intentada pelo Governo embargante; (iii) pela imprestabilidade de se manejar os embargos com o objetivo de rever o julgamento da causa, ou, ainda; (iv) pelo pressuposto de que, ao concluir o julgamento em tela, diante dos aditamentos apresentados, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que se faziam presentes todos os pressupostos necessários ao julgamento da ação, rejeitando, por óbvio, todas as questões preliminares, no que se inclui, logicamente, a suposta perda superveniente do objeto, conforme fixado na ADI 4985, Rel. Min. Alexandre de Moraes"* (fls. 11-12, e-doc. 74), bem como em face da ausência dos pressupostos para a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. (e-doc. 74)

4. Ressalto que, anteriormente, em 22/02/24, a APROSOJA BRASIL opôs embargos de declaração, com a finalidade exclusiva de

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

sanar suposta omissão decorrente da não apreciação do aditamento à petição inicial realizado em 28/12/23, no qual informou a esta Corte a edição da Lei estadual n. 4.303/23. Na ocasião, requereu a retificação do primeiro parágrafo do voto do Relator, na decisão de mérito da ação direta, para a inclusão do seguinte trecho "redação original e aquelas dadas pelas Lei estadual 4.029/2022 e Lei estadual 4.303/2023". (e-doc. 67)

5. **No julgamento dos referidos Embargos de Declaração**, iniciado em 15/03/24, em Plenário Virtual, em seguida suspenso em razão de pedido de destaque e, finalmente, retomado em 12/04/24, **acompanhei o Relator, o Ministro Luiz Fux, a fim de desprover os embargos, por entender inexistente a omissão apontada pela APROSOJA BRASIL**, tendo como fundamentos o caráter extemporâneo do pedido de aditamento da petição inicial e a inexistência de continuidade normativa entre a Lei n. 4.303/23 e a Lei n. 3.617/19, ambas do Estado de Tocantins.

6. Nos presentes Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado de Tocantins, o Relator, o Ministro Luiz Fux, votou pelo não provimento do recurso, amparando-se nas seguintes razões: i) a existência de indícios de tentativa de fraude à jurisdição desta Corte, com a revogação das normas impugnadas após o início do julgamento do feito, justifica a continuidade do julgamento da ação direta; ii) a inconstitucionalidade por arrastamento do inc. VI do art. 6º e dos §§ 1º e 2º do art. 7º, todos da Lei estadual n. 3.617/19, ante a ausência de autonomia normativa em relação ao *caput* do art. 7º da mesma lei; e iii) o não cabimento da modulação dos efeitos da decisão, uma vez que *"o embargante não demonstrou boa-fé na edição das normas declaradas inconstitucionais, nem tampouco comprovou que a eventual restituição dos valores relativos à contribuição ao Fundo Estadual do Transporte (FET) recolhidos nos anos anteriores poderia efetivamente inviabilizar a prestação de serviços públicos de interesse da população, fazendo apenas ilações genéricas nesse sentido"*.

7. Com a máxima vênia, **divirjo, em parte, do Relator**, pelas razões

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

que passo a expor.

8. Primeiramente, ressalto que **acompanho o Relator quanto à inexistência de omissão no que se refere à perda do objeto da ação direta,** em decorrência da edição da Lei n. 4.303/23 do Estado de Tocantins.

Para isso, valho-me da jurisprudência desta Corte que determina, excepcionalmente, o prosseguimento do julgamento, no controle abstrato de constitucionalidade, a despeito da revogação da norma impugnada no curso do processo, quando i. houver continuidade da cadeia normativa viciada; ii. o feito for incluído em pauta antes do exaurimento da eficácia da lei de caráter temporário; iii. o ato normativo houver produzido efeitos que se encontram em curso e iv. na hipótese de indício de fraude à jurisdição constitucional. Nesse sentido: ADI 5287, Relator o Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, Dje, 12/09/16; ADI 3306, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe, 07/06/11; ADI 763, Relator o Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 04/12/15.

9. No presente caso, observo que a norma impugnada - a Lei n. 3.617/19 do Estado de Tocantins - sofreu, por duas vezes, modificações no curso da presente ação direta, ajuizada em abril de 2020. A primeira delas decorreu da edição da Lei estadual n. 4.029/22, que deu ensejo ao primeiro pedido de aditamento da petição inicial, realizado pela associação autora em 16/12/22. A segunda alteração decorreu do advento da Lei estadual n. 4.303/23, o qual resultou no segundo pedido de aditamento, formulado em 29/12/23.

10. Sublinho que o julgamento do mérito da ação direta foi iniciado em 01/09/23, em Plenário Virtual, tendo sido posteriormente suspenso em virtude de pedido de Vista do Min. Gilmar Mendes. Por sua vez, **a Lei estadual n. 4.303/23 foi editada em 21/12/23, ou seja, após o início do julgamento da ação**, o que corrobora a suspeita de fraude à jurisdição deste Supremo Tribunal, na forma da jurisprudência colacionada.

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

11. Outrossim, **acompanho o voto do Relator no que se refere à inexistência de obscuridade quanto à inconstitucionalidade do inc. VI do art. 6º e dos §§ 1º e 2º do art. 7º, todos da Lei estadual n. 3.617/19**, que se dá por arrastamento, em virtude da ausência de autonomia normativa em relação ao *caput* do art. 7º da mesma lei.

Nesse particular, cito a jurisprudência desta Corte que, de maneira pacífica, admite a referida modalidade de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, na hipótese em que a norma declarada inconstitucional constitui fundamento de validade para outro preceito normativo. Nesse sentido: ADI 6738, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 25/11/22; RE 1380103 AgR-segundo, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 11/11/22; ADI 4362 ED, Relator o Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 08/09/21; ADI 5922 AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 09/03/20.

12. Por sua vez, **em relação ao pedido de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, divirjo do Relator**, por considerar necessário evitar a retroatividade dos efeitos da decisão, em proveito da segurança jurídica e da proporcionalidade.

13. Destaco que, consoante a firme jurisprudência deste Supremo Tribunal, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, o pedido de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pode ser formulado a qualquer momento, desde que antes do trânsito em julgado da decisão. Dessa maneira, é cabível a formulação do pedido de modulação após a decisão de mérito, em sede de embargos de declaração, como no presente caso. Nessa linha, cito:

> *"(...)* ***1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou pelo cabimento dos embargos de declaração para se pleitear a modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado de***

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

> ***constitucionalidade*** *(nesse sentido: ADI nº 3.601/DF-ED, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 15/12/10; ADI nº 1.301/RN-ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 19/9/18; e ADI nº 3.775/RS-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/20)"*. (ADI 6180 ED, Relator o Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 17/10/2023)

14. Nesse sentido, como exceção à regra da nulidade da lei inconstitucional, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 prevê a possibilidade de manejo da técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de que sejam dados efeitos prospectivos à decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

15. Na espécie, o acórdão embargado declarou inconstitucional o recolhimento destinado ao Fundo Estadual do Transporte - FET, previsto no *caput* do art. 7º da Lei n. 3.617/19, sob o fundamento de que ele *"apresenta características de imposto, pois incide sobre situação reveladora de riqueza relacionada exclusivamente aos contribuintes, não vinculada a qualquer atividade estatal"*, e, além disso, por *"possuir fato gerador (operações de saída de produtos de origem vegetal) e base de cálculo (valor destacado no documento fiscal) idênticos aos do ICMS, forçoso concluir que se trata de adicional de alíquota do ICMS com receita vinculada, à semelhança dos adicionais do ICMS destinados aos fundos estaduais de combate à pobreza, porém, in casu, sem amparo constitucional"*.

16. Observo que, em situações semelhantes, nas quais declarada a inconstitucionalidade de exação, esta Corte decidiu modular os efeitos da decisão, a fim de evitar o impacto desproporcional sobre as finanças públicas. Nesse sentido:

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ART. 44, I, A, E II, A, DA LEI 12.670/1996, DO ESTADO DO CEARÁ. ALÍQUOTA DO ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE. HIPÓTESES DO ART. 155, §2°, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TESE FIXADA NO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL NO RE 714.139-RG/SC. PERCENTUAL SUPERIOR À ALÍQUOTA GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ADI CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE. I - O Plenário do STF consolidou o entendimento de que são inconstitucionais leis estaduais e distritais, considerada a essencialidade dos bens e serviços, que instituam alíquotas do ICMS incidentes sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral (RE 714.139-RG/SC, Redator Min. Dias Toffoli, Tema 745 da Repercussão Geral). II – Modulação dos efeitos da declaração a fim de que esta decisão tenha eficácia a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até 5/2/2021. III - Ação conhecida e pedido julgado procedente, com declaração de inconstitucionalidade do art. 44, I, a, e II, a, da Lei 12.670/1996, do Estado do Ceará". (ADI 7124, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 27/09/22)

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

"Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento. 1. A Corte fixou, no acórdão embargado, a tese de que "[i]ncide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira". 2. A ausência de modulação dos efeitos da decisão ensejaria impactos financeiros indesejados em desfavor dos contribuintes, bem como dos estados e dos municípios, entes políticos cujas finanças já estão combalidas, e resultaria em grande insegurança jurídica, indo de encontro à boa-fé dos contribuintes que recolheram um tributo acreditando ser o correto. 3. Embargos de declaração acolhidos, modulando-se os efeitos da decisão embargada, bem como se estabelecendo que ela produza efeitos ex nunc a partir do dia da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a se convalidarem os recolhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, ficando ressalvados: (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 do mérito; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de

Plenário Virtual - minuta de voto - 17/04/2024

> *conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito. Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte, bem como o prazo decadencial e o prescricional"* (RE 605552 ED-segundos, Relator o Ministro dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 12/04/21)

17. No caso em análise, a modulação dos efeitos da decisão é uma exigência decorrente do princípio da proporcionalidade, que se revela **adequada e necessária à preservação das finanças do Estado de Tocantins.**

Ademais, há que se notar que se trata de arrecadação tributária oriunda de setor fortemente beneficiado pela "Lei Kandir" e que usa intensamente a malha rodoviária para o escoamento da produção destinada à exportação. Tal arrecadação foi direcionada a Fundo Estadual do Transporte (FET), isto é, a obras de recuperação e manutenção de rodovias, em proveito do segmento contribuinte. Assim, **a eventual devolução dos recursos, além de prejudicar genericamente as finanças públicas, acabaria por atingir exatamente os interesses dos setores econômicos representados pela entidade autora (ora embargada), o que constitui fator adicional a recomendar a modulação**.

18. Ante o exposto, dou **PROVIMENTO PARCIAL aos presentes Embargos de Declaração**, a fim de que a declaração de inconstitucionalidade do inc. VI do art. 6º e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 3.617/19 do Estado de Tocantins produza efeitos **a partir da publicação da ata de julgamento do mérito da presente ação direta**, sendo inexigível a devolução dos valores recebidos pelo Estado de Tocantins até o referido marco temporal.

É como voto.