

## VOTO – VOGAL

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Trata-se de embargos de declaração, contra acórdão proferido pelo Plenário desta Corte, que julgou procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, para assentar a necessidade de respaldo em convênio estadual firmado perante o CONFAZ, para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais referentes ao ICMS pelo Estado, nos termos da alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, em acórdão assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PREFERENCIAL – AUSÊNCIA DE CONSENSO DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ADEQUAÇÃO. Mostra-se adequada a ação direta de inconstitucionalidade quando há tratamento tributário diferenciado em lei da unidade da Federação, sem remissão a consenso entre os demais Estados. TRIBUTO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – DELEGAÇÃO AO PODER EXECUTIVO – ALÍQUOTA – IMPROPRIEDADE. Surge discrepante da Constituição Federal lei por meio da qual se delega ao Poder Executivo fixação de alíquota de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, pouco importando a previsão, na norma, de teto relativo à redução. PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. TRIBUTO – “GUERRA FISCAL”. Consubstancia “guerra fiscal” o fato de a unidade da Federação reduzir a alíquota do ICMS sem a existência de consenso, mediante convênio, entre os demais Estados.”.

Nas razões dos embargos de declaração, alega-se a existência de erro material no acórdão embargado, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 5º do art. 12, da Lei estadual 4.181/2003, tendo em vista que tal dispositivo não contém o citado parágrafo, já que apenas alterou a redação do art. 14 da Lei 2.657/96 para acrescentar-lhes os parágrafos 4º e 5º, sendo este último o objeto da ação.

Aduz-se, ainda, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão para a preservação da segurança jurídica, já que a Lei estadual 4.181/2003,

regulamentada pelo Decreto 36.545/2004, que operou a redução de alíquota do ICMS incidente sobre o querosene da Aviação Civil (QAV), no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, vigorou por oito anos, produzindo efeitos concretos às empresas que se beneficiaram da alíquota reduzida.

Argumenta-se, nesse contexto, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* trará efeitos nefastos ao mercado de aviação civil, já que as empresas beneficiadas seriam compelidas a recolher o imposto de forma retroativa, cujo impacto para o sistema de distribuição de combustível é estimado em R\$ 533.296.000,00 (quinhentos e trinta e três milhões, duzentos e noventa e seis mil reais).

Segundo o Estado do Rio de Janeiro, tal impacto poderá causar o fechamento de empresas distribuidoras, “ *em prejuízo de toda a cadeia produtiva e do sistema de abastecimento* ”. (eDOC 33, p. 7)

Pugna-se, assim, pelo saneamento do erro material apontado e na concessão de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

O Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, propõe voto pelo parcial acolhimento dos embargos de declaração, apenas para corrigir o erro material alusivo ao dispositivo declarado inconstitucional.

Acompanho o Relator quanto ao reconhecimento do erro material contido no julgamento, mas **divirjo**, em menor parte, no tocante aos efeitos *ex tunc* concedidos à declaração de inconstitucionalidade por esta Corte, por entender necessária a modulação de efeitos da decisão, conforme passo a expor.

Note-se que a modulação de efeitos da declaração direta de inconstitucionalidade de dispositivo normativo é um poder conferido ao STF pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, condicionado à presença de interesse social e à necessidade de garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Tal instituto busca evitar que a decisão proferida por esta Corte afete, de forma negativa e relevante, importantes valores sociais, especialmente os princípios da boa-fé e da confiança legítima, que, no caso, respaldam os atos praticados e o eventual tratamento favorável concedido aos contribuintes beneficiados com base na legislação impugnada, desde a sua edição, em 29 de setembro de 2003, até a declaração de sua inconstitucionalidade em julgamento proferido na data de 1º.6.2011 (Dje 29.6.2011).

Tratando-se de ato normativo que vigeu e produziu efeitos por quase de 8 (oito) anos, com a presunção de sua constitucionalidade pelos contribuintes do tributo, a situação enseja a necessária proteção das expectativas legitimamente criadas.

Esse entendimento também foi aplicado por esta Corte no julgamento da ADI 4.481, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 19.5.2015, e da ADI 5.467, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 16.9.2019. Nesse último, assentou o Ministro relator que a modulação de efeitos da decisão proferida por esta Corte exerce a função de “ *conciliar a validade e a cogência das normas constitucionais com a segurança jurídica dos contribuintes* ”.

Dessa forma, voto no sentido de acompanhar o Relator quanto ao reconhecimento do erro material contido no acórdão e **divirjo**, em menor grau, para conferir à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da data do julgamento do mérito desta ação, em 1º.6.2011.

Plenário Virtual - minuta de voto-04/08/2017:12