



Na Mídia

13/12/2021 | [Valor Econômico](#)

Toffoli apresenta proposta inédita para alcance de decisões

Três deles foram contratados pela indústria farmacêutica, a grande interessada no julgamento, marcado para amanhã

Joice Bacelo



Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) vêm restringindo cada vez mais a possibilidade de o contribuinte escapar da chamada modulação de efeitos - a definição de data futura para que uma decisão da Corte entre em vigor. Dias Toffoli apresentou uma proposta inédita para o caso da redução do ICMS sobre luz, telefone e internet.

Disse que seria uma forma de frear a “corrida” ao Judiciário. Mas, segundo advogados, poderá ter efeito contrário, aumentando a judicialização.

Os ministros definiram pela redução das alíquotas em novembro, mas há possibilidade de a decisão começar a valer só em 2024. Toffoli mudou o voto. Ele havia sugerido, inicialmente, o ano de 2022. Na sexta-feira, porém, cedeu à pressão dos Estados e alterou a data.

Geralmente, quando há modulação, os contribuintes que têm ações em curso não são afetados. Ou seja, para esse grupo fica resguardado o cumprimento imediato da decisão. É sobre esse ponto, especificamente, que a jurisprudência está oscilando.

Até o ano passado, os ministros consideravam as ações ajuizadas até a publicação das atas de registro das sessões, o que ocorre alguns dias depois da proclamação do resultado. As empresas aproveitavam esse intervalo - entre a data da decisão e a publicação da ata - para recorrer à Justiça com base no precedente.

Agora, sensibilizados com a situação das contas públicas, os ministros estão espremendo essa janela de tempo. Fizeram isso, por exemplo, ao decidir sobre o diferencial de alíquotas (Difal) do ICMS no comércio eletrônico. Proibiram os Estados de fazer essa cobrança, mas aplicaram a modulação de efeitos e essa decisão terá validade em 2022.

Eles deixaram de fora da modulação os contribuintes que ajuizaram ações até o dia do julgamento, quando foi proclamada a decisão. Antes, portanto, da publicação da ata. Quem estava esperando para entrar com ação acabou prejudicado.

Os contribuintes apresentaram recurso contra essa decisão. Está em julgamento no Plenário Virtual e tem conclusão prevista para sexta-feira. O relator, Dias Toffoli, o único que proferiu voto até agora, entende que a decisão deve ser mantida (ADI 5469).

Toffoli assumiu posição ainda mais restritiva sobre a redução de ICMS nas contas de luz, telefone e internet. Esse tema também está em julgamento no Plenário Virtual e tem desfecho previsto para sexta-feira (RE 714139).

O ministro atendeu pedido dos governadores e sugere que a redução ocorra somente em 2024. A redução das alíquotas de ICMS é considerada como uma bomba fiscal. Estão estimadas perdas de R\$ 26,7 bilhões por ano.

Só ficariam de fora dessa modulação aqueles contribuintes que entraram com ação até a data do início do julgamento - 5 de fevereiro. Essa antecipação, para momento anterior à proclamação do resultado, é inédita na Corte.

“Vale registrar o que disseram diversos Estados da federação: ‘o movimento de judicialização se intensificou nos últimos dias de julgamento’. A proposta de modulação sugerida visa a combater tal espécie de corrida ao Judiciário”, justifica Dias Toffoli em seu voto.

O ministro Gilmar Mendes também disponibilizou o voto no sistema e concordou com a modulação proposta por Dias Toffoli. O desfecho ainda depende de outros oito ministros. O relator é o ministro Marco Aurélio, que se aposentou em junho e não participará da votação.

“Gera insegurança o mesmo ministro, em julgamento no mesmo dia e relativo ao mesmo tributo, adotar períodos diferentes para a modulação”, observa Rafael Ristow, sócio do escritório Bonaccorso, Cavalcante, Oliveira e Ristow Advogados, destacando que falta um critério objetivo para essas definições.

A proposta de modulação não pegou bem no meio jurídico. Advogados dizem que as empresas correm para entrar com ações porque o STF tem cada vez mais optado por modular as suas decisões e, consequentemente, cada vez mais dado tratamento pior para aqueles que não têm processo em curso.

Em questões tributárias, dizem, essa diferenciação tem impacto concorrencial. Uma empresa que paga menos tributo que a outra pode oferecer preços melhores e ficar em vantagem comercial.

“O contribuinte acaba olhando o que o próprio Judiciário indica. Se só tem direito aquele que entra com ação, o que o jurisdicionado vai fazer? Propor ação. E cada vez mais cedo. Assim que o tema aparecer todo mundo vai correr”, diz Tércio Chiavassa, do escritório Pinheiro Neto.

Advogados entendem que a modulação de efeitos deveria ser usada em casos excepcionais somente. “É um instrumento para preservar a segurança jurídica”, afirma Priscila Faricelli, do escritório Demarest. Ela cita que o Código de Processo Civil (CPC), no artigo 927, estabelece a modulação para hipóteses de mudança de jurisprudência.

Usar esse instrumento de forma exagerada, segundo os especialistas, pode estimular os governos a criarem leis sabidamente inconstitucionais, já que não têm nada a perder ou perdem muito pouco em relação aos ganhos obtidos durante o período em que a norma esteve vigente.

“No tribunal do Rio de Janeiro, por exemplo, existiam decisões recorrentes reconhecendo a inconstitucionalidade das alíquotas de ICMS aplicadas. O Estado passou mais de 15 anos perdendo os processos e suspendendo os efeitos dessas decisões com base em pedidos de suspensão de segurança”, observa Maurício Faro, do escritório BMA.

A tributação sobre energia e telecomunicações foi levada à Justiça por grandes consumidores. Eles questionavam o fato de as alíquotas de ICMS estarem em patamar superior ou semelhante às aplicadas para produtos supérfluos.

Os ministros decidiram que a alíquota, nessas duas situações, não pode ser maior que a ordinária - aplicada para os produtos em geral e, em algumas localidades, até 10% mais baixa. O caso que está em discussão envolve Santa Catarina, mas a decisão vincula todo o país.

