

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Exceto em relação aos itens (1) e (2) da ressalva quanto à modulação dos efeitos da decisão, verifica-se não haver omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

No julgado embargado, a Corte assentou ser "vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional".

Em meu voto, ao tratar do ITCMD, consignei haver a regra especial do art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal. E, citando lições de Alberto Xavier, aduzi que nem a competência a que se refere o art. 24, § 3º, do texto constitucional, nem a autorização prevista no art. 34, § 3º, do ADCT, poderiam ser invocadas para se fundamentar a existência de um direito dos estados e do Distrito Federal de legislar imediatamente sobre a matéria discutida nos autos, sem a interposição necessária de lei complementar.

Ademais, ao versar sobre a proposta de modulação dos efeitos da decisão, consignei que: a) várias unidades federadas já haviam editado leis prevendo a cobrança do ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal; b) a ausência de modulação ensejaria, entre outras consequências, a inviabilidade de cobrança da tributação em questão em relação a fatos geradores passados e a fatos geradores futuros, bem como inúmeras repetições de indébito tributário; c) no Estado de São Paulo, a decisão, sem modulação de efeitos, provocaria relevantes impactos financeiros negativos, destacando trechos da nota técnica da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo.

Na sequência, registrei que a Corte, em algumas decisões anteriores, havia reconhecido a possibilidade de os estados, com base na competência legislativa plena, editarem leis prevendo a cobrança do ITCMD sobre doações ou bens objetos de herança provenientes do exterior.

Nessa toada, ponderando a segurança jurídica e o interesse social, entendi ser adequada a proposta de modulação dos efeitos da decisão sugerida pelo Ministro **Roberto Barroso**.

Quanto à votação da proposta de modulação dos efeitos, verifica-se que a decisão de julgamento foi assim lavrada:

“O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 825 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Cármem Lúcia, Luiz Fux (Presidente) e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso. **Na sequência, por maioria, modulou os efeitos da decisão**, atribuindo-lhes eficácia ex nunc, a contar da publicação do acórdão em questão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (1) a qual Estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente, **vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que reajustou seu voto nesta assentada. Tudo nos termos do voto reajustado do Relator**. Foi fixada a seguinte tese: ‘É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional’. No tocante ao apelo direcionado ao legislador, o Tribunal, por maioria, entendeu não ser o caso e divergiu do voto do Relator. Ficaram vencidos nessa proposta os Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber, Roberto Barroso e Nunes Marques. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021” (grifo nosso).

Nesse ponto, destaco que o Ministro **Alexandre de Moraes**, embora divergindo quanto ao mérito, consignou, expressamente, o seguinte em seu voto-vista: “Caso a posição sustentada neste voto acabe vencida, **registro desde logo que acompanho a proposta de modulação dos efeitos do julgado, apresentada pelo Ilustre Relator**” (grifo nosso).

Reitero, portanto, que, exceto em relação àquele primeiro ponto, não há que se falar em contradição, omissão ou obscuridade no acórdão embargado. Também é certo não haver no julgado nenhum erro material a ser corrigido. Insta registrar que não se prestam os embargos de declaração para o fim de se promover o rejulgamento da causa.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: ARE nº 934.932/MG–AgR-ED, Primeira Turma, Rel. Min. **Edson Fachin**, DJe de 6/10/16; ARE nº 808.403/RJ–AgR-ED, Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 19/10/16.

Passo a tratar das alegações a respeito do caráter cumulativo ou alternativo daqueles itens (1) e (2).

Com devida vênia dos que pensam em contrário, embora se tenha utilizado a conjunção e, no lugar da conjunção ou, no julgado embargado, esclareço que o caráter dos citados itens é alternativo.

Considerando as particularidades do tema de repercussão geral e do caso concreto bem como as consequências da decisão, julgo não fazer sentido se ressalvarem da modulação apenas as ações judiciais pendentes de conclusão até aquele momento as quais preencheram ambas as condições mencionadas naqueles itens, mas deixar de fora da ressalva as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento que preencheram só a condição do item (1) ou só a condição do item (2).

A título de exemplo, se fossem cumulativos os itens em questão, o contribuinte que pagou para mais de um estado o ITCMD e possui ação pendente de conclusão até aquele marco, na qual levantou a discussão mencionada no primeiro item, não teria sua situação ressalvada. Ou seja, se dois ou, quiçá, mais estados foram agraciados com o pagamento do ITCMD pelo mesmo contribuinte, todas essas unidades federadas teriam suas finanças preservadas. Ao contribuinte restaria suportar todas as cargas tributárias. Em outras palavras, se estaria chancelando a bitributação efetivamente concretizada.

Anote-se que as hipóteses de comprovada bitributação têm merecido atenção da Corte em outros julgados. Nesse sentido: RE nº 605.552-ED, DJe de 12/4/21, e ADI nº 5.659/MG, sessão de 24/2/21, ambos do Tribunal Pleno, de minha relatoria.

Ademais, se fossem cumulativos aqueles itens, também não teria sua situação ressalvada o contribuinte com ação pendente de conclusão até aquele marco na qual contestou, em face de apenas um único estado, a validade do ITCMD, não tendo sido esse anteriormente pago. Penso não ter sido essa a intenção da maioria da Corte, no julgado embargado.

Esses são apenas alguns exemplos que demonstram que aqueles itens não devem ser compreendidos cumulativamente.

Ante o exposto, acolho em parte ambos os embargos de declaração para, sanando obscuridade, esclarecer que possuem caráter alternativo, e não cumulativo, os itens (1) e (2) da ressalva quanto à modulação dos efeitos da decisão.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/06/2021 00:00