

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DAVID DE LIMA SILVA

**DA NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS NA APLICAÇÃO DO TEMA
985 DO STF: ESTUDOS SOBRE O INSTITUTO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS
SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA.**

**SÃO PAULO
2023**

David De Lima Silva

Da Necessidade de Modulação de Efeitos na Aplicação do Tema 985 do STF: Estudos sobre o instituto da modulação de efeitos sob a ótica da segurança jurídica.

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Roque Antonio Carrazza, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

SÃO PAULO

2023

"Perfection and power are overrated. I think you are very wise to choose happiness and love."

("A perfeição e o poder são superestimados. Você foi muito sábio ao escolher a felicidade e o amor.")

AS Encruzilhadas do Destino (Livro 2, ep. 20). **Avatar: a lenda de Aang** [Seriado].
Direção: Michael Dante DiMartino. Produção: Michael Dante DiMartino, Aaron Ehasz e Bryan Kietzko. Nickelodeon Animation Studio: Burbank, 2006. Netflix (20 min.).

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Lenivaldo e Rosilene, por tudo que fizeram por mim, todos esses anos. Posso creditar, tranquilamente, o mérito desta graduação a essas duas pessoas. Sem eles, nada do que foi poderia ter sido, e sou imensamente grato por isso. Todos os sacrifícios individuais que ambos fizeram por mim tornou possível o que estou conquistando agora. Muito obrigado.

Aos meus irmãos Jhonny e Júlia, que me prestaram verdadeiro apoio todas as vezes que precisei. Ele, sendo o mais velho, me ajudando a tomar grandes decisões em minha vida, como a própria escolha do curso de direito, além de todas as pequenas coisas que, unidas, tornaram-se grandes e imprescindíveis. Ela, sendo a mais nova, me ajudando a ser uma pessoa melhor, consciente de meus passos, na medida que se espelha em mim. Amo-os profundamente.

À Sítia, minha amiga e companheira, que esteve comigo em todos os momentos, bons e ruins, ao longo desses anos de graduação. Posso dizer que me privou do sentimento de estar sozinho, trouxe clareza aos meus pensamentos e me apoiou em todas as coisas. Dedico também a ti tudo de bem-feito que eu fizer.

Aos meus amigos André Ramos, Bianca Chaves, Erica Andrade, Felipe Galo, Graziela Cristina, Jessica Amora, João Herberty, Kauane Aragão, Leandro Sutili, Mirian Oliveira, Natanael Moisés, Pedro Henrique Guimarães, Taylor Lima e Yngrid Victória Rocha por todo o companheirismo e apoio que me prestigiaram ao longo desse período. Com toda a certeza, essa jornada se tornou imensamente mais leve com a ajuda de vocês.

Ao Ítalo Matheus, amigo querido que se foi precocemente. Obrigado pela parceria de anos, por todo o apoio e carinho que me prestou em horas difíceis. Dedico também a você, que acreditou em mim e sempre manifestou o seu orgulho. Sinto saudades.

À Lua, minha gata, que me prestou, mesmo sem saber, suporte emocional durante esse período.

Ao meu Professor Orientador Roque Antonio Carrazza, de quem tenho a honra de ter sido orientando. Muito obrigado pelo direcionamento ao tema, desde escolher a bibliografia prévia e até, também, pelo material produzido que serviu como base para este trabalho acadêmico.

Por fim, ao Programa Universidade para Todos – PROUNI, criado em 2004, durante o primeiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT), com Fernando Haddad como o ministro da Educação, que tornou possível o meu ingresso na faculdade. Acredito

veementemente que, cada vez mais, essas pontes que criam acesso ao ensino precisam ser expandidas, podendo mudar cada vez mais histórias, inclusive como foi a minha.

RESUMO

SILVA, David de Lima. Da Necessidade de Modulação de Efeitos na Aplicação do Tema 985 do STF: Estudos sobre o instituto da modulação de efeitos sob a ótica da segurança jurídica.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da Modulação de Efeitos e a necessidade da sua aplicação quanto ao tema 985 do STF, onde se fixou a tese de que “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*”, em sentido contrário ao que a jurisprudência vinha decidindo, tecendo considerações sobre o princípio da segurança jurídica. A partir do método dedutivo, se pretende verificar a origem do instituto, analisar decisões do STF que envolvam modulação de efeitos, para concluir pela necessidade de modulação.

Palavras-chave: Modulação de Efeitos; segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal; terço constitucional de férias.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the institute of Effects Modulation and the necessity of its application concerning STF (Supreme Federal Court) ruling 985, which established the thesis that 'The incidence of a social contribution on the amount paid as a constitutional third of vacations is legitimate,' contrary to previous jurisprudence, while discussing considerations about the principle of legal certainty. Using a deductive method, the goal is to verify the origin of the institute, analyze STF decisions involving effects modulation, to conclude the necessity of modulation.

Keywords: Effects Modulation; legal certainty; Supreme Federal Court; constitutional third of vacations.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

MS – Mandado de Segurança

PIS – Programa de Integração Social

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 MODULAÇÃO DE EFEITOS	12
1.1 SURGIMENTO E APLICAÇÃO	12
1.2 IMPORTÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE NULO E ANULÁVEL	14
1.3 EFEITOS DOS ATOS INVALIDOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E APLICAÇÃO DO ART. 27 DA LEI 9.868/1999.....	19
1.4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL	23
2 APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL E O PREDOMÍNIO DA SUA UTILIZAÇÃO EM BENEFÍCIO DO FISCO	28
3 TEMA 985 DO STF	33
3.1 HISTÓRICO DO CASO.....	33
3.2 IMPACTO FINANCEIRO ÀS EMPRESAS E RISCO À SUA FUNÇÃO SOCIAL	35
3.3 NECESSIDADE DE MODULAR OS EFEITOS OS EFEITOS DO JULGADO	36
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Frequentemente, as decisões do Supremo Tribunal Federal, no que tange a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos de lei que versam sobre tributos, tanto no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, se fazem do instituto da modulação de efeitos. Isto é, de maneira sucinta, definir a partir de quando a referida declaração produzirá efeitos, restringindo a sua eficácia temporal.

O efeito das declarações de inconstitucionalidade tem como regra o efeito *ex tunc*. Isso implica dizer que, se determinado dispositivo de lei é inconstitucional, ele nunca teria produzido efeitos, ou até mesmo existido, de forma que todos os atos praticados com fundamento no referido dispositivo ter-se-iam como inexistentes, devendo eles serem desfeitos.

Esse instituto encontra respaldo legal no artigo 27 da lei 9.868/99, que cria a possibilidade de sua utilização quando há razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, sendo necessário que pelo menos dois terços dos membros da suprema corte votem no sentido de restringir os efeitos daquela declaração.

Recentemente, o Supremo Tribunal de Federal, por meio do recurso extraordinário nº 1.072.485/PR, que foi recebido como o tema de repercussão geral nº 985, analisou a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas (art. 7º, XVIII, da CF), para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal, à luz da Constituição Federal. Nessa ocasião, em sentido oposto a jurisprudência vigente, inclusive do próprio tribunal, fixou a tese de que “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*”.

Ocorre que a referida decisão, em que pese tenha fixado a tese para declarar legítima a cobrança, deixou de dizer a partir de qual momento reputar-se-ão legítimas as cobranças, se teria efeitos apenas prospectivos ou se, também, teria efeitos retroativos.

Diante de tal obscuridade, parte dos contribuintes afetos ao tema opuseram os competentes embargos de declaração, temendo por eventual violação aos seus direitos fundamentais, visando que a corte module os efeitos da decisão apenas com efeitos prospectivos, sob o risco de, caso não se entenda por modular, haja um grande prejuízo financeiro às empresas, que de boa-fé cumpriram com suas obrigações tributárias, em consonância com a jurisprudência até então vigente.

Dessa forma, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como pretensão a análise crítica e pormenorizada da necessidade da modulação de efeitos deste julgado em apreço, sob a ótica dos princípios que regem o Estado de Direito, levando em consideração outras vezes em

que o Supremo decidiu sobre modulação em matéria tributária, especialmente porque este caso ainda não foi definitivamente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, justificando a escolha do tema.

Para tanto, serão utilizados os precedentes da Suprema Corte em seus julgados, especialmente em situações em que a modulação foi desfavorável ao contribuinte, considerando os argumentos apresentados, especialmente para analisar a limitação aos direitos dos contribuintes em cada caso.

Contextualizando o tema, há de se falar no julgado da tese do século, a saber, o Tema 69, originado no Recurso Extraordinário nº 574.706, no qual se fixou o entendimento de que: *“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”*. Quando a Corte, provocada pelos Embargos de Declaração da União, julgou sobre a modulação de efeitos, determinou que a declaração de inconstitucionalidade só produziria efeitos a partir de 2017.

No referido julgado, houve uma clara limitação aos direitos fundamentais dos contribuintes, haja vista que, em que pese a corte tenha julgado inconstitucional o recolhimento do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, reputou como válidos os recolhimentos anteriores ao ano de 2017, nas hipóteses dos contribuintes que não demandaram em juízo, bem como reputou como válidos os recolhimentos nos casos dos contribuintes que demandaram, anteriores aos 5 anos que antecederam a sua demanda.

Nesse sentido, há de se questionar como julgará o STF no presente caso, haja vista que, na hipótese atual, a eventual modulação de efeitos seria em benefício do contribuinte (como deve ser), ao invés de beneficiar o Fisco, como ocorreu no julgado em comento, que não deveria ter ocorrido, porquanto desprovida de fundamento jurídico.

1 MODULAÇÃO DE EFEITOS

Neste capítulo será analisada a origem na Alemanha e Áustria do instituto da modulação de efeitos, abordando a problemática que sua utilização visou sanar, ao passo que será abordada a sua consolidação no direito brasileiro e as discussões doutrinárias quanto ao tema.

1.1 SURGIMENTO E APLICAÇÃO

A princípio, há de se mencionar que a Constituição da Áustria já previa o que, hoje, chamamos de modulação de efeitos, prevendo mesmo um prazo para que as declarações de inconstitucionalidade passassem a produzir seus efeitos. Confira-se, nas palavras de Salgado, em tradução livre:

“Neste sentido, é importante lembrar que o próprio Kelsen, a fim de evitar os inconvenientes decorrentes do vazio jurídico resultante da anulação de uma norma, defenderia a conveniência de adiar os efeitos da anulação até a expiração de um determinado prazo contado a partir da publicação da sentença de anulação. Em coerência com essa abordagem, o artigo 140.3 da Constituição austríaca habilitou o Tribunal Constitucional a prever uma prorrogação para a entrada em vigor dos efeitos da sentença de anulação.”¹

Esse mesmo destaque é realizado por Ana Paula Ávila:

“Em que pese se possa observar que, nesta matéria, a doutrina brasileira tenha se beneficiado do desenvolvimento que a decisão de apelo (Appellentscheidung) experimentou no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, há que se mencionar que a determinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com esta configuração (pro futuro), já havia sido positivada na Constituição Austríaca de 1920, que, neste particular, foi aperfeiçoada com a reforma de 1929. Segundo o art. 140 da Constituição Austríaca, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos a partir da publicação, a menos que o Tribunal fixe um termo inicial, que não pode ultrapassar

¹ “A este respecto, conviene recordar que já El mismo Kelsen, a fim de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un determinado plazo contabilizado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. Em coerência com este planteamiento, el art. 140.3 de la Constitución austríaca habilito al Tribunal Constitucional para prever una prorroga para la entrada em vigor de los efectos de la sentencia de anulación”. SALGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de La bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelsiano) de los sistemas de justicia constitucional. *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, out/nov/dez/2003 p. 74/75.

um ano, caso em que, durante todo o período até o prazo fixado, a lei deverá ser aplicada”²

Contudo, há de se reconhecer que o direito brasileiro sofreu grande influência do direito alemão, tendo importado dele diversos pontos, conforme se verifica pela leitura da Lei nº 9.868/99. Na edição da referida lei, foi apresentado em suas razões os modelos de controle em países como Portugal e Espanha, contudo restando clara a influência alemã.

É o que se denota da leitura da obra de Aline Lima de Oliveira, acerca dos efeitos da declaração:

“Em que pese o Direito alemão, ao construir um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, tenha se inspirado no modelo kelnesiano, no que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a inspiração foi outra. Diferentemente do modelo austríaco e, aproximando-se da técnica norte-americana, o Direito alemão adotou como regra a fórmula da declaração de nulidade absoluta da lei inconstitucional. Originalmente, quando o Tribunal Constitucional Federal se convenciu de que uma norma violava a Constituição, declarava a sua nulidade, com eficácia *ex tunc*. Embora não houvesse nenhuma norma expressa no sentido de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei seriam retroativos, a jurisprudência alemã se utilizou dessa fórmula, inicialmente, como única solução para fazer valer a supremacia da Constituição. Em decisão de 23/10/1951, ficou assentado que “se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da Grundgesetz é nula por causa de sua incompatibilidade com a Grundgesetz, tal lei não tem, desde o início (*ex tunc*), eficácia jurídica” (BVERFGGE 1, 14 – Südweststaat).

Essa orientação, no entanto, foi sendo atenuada na medida em que o Tribunal Constitucional Federal, na condição de intérprete da Constituição, passou a adotar outras variantes de decisão, além da declaração absoluta de nulidade da lei inconstitucional e da interpretação conforme a Constituição, que desde o início da sua jurisdição já utilizava. Verificou-se, assim, o desenvolvimento de alternativas para a efetiva aplicação da Lei Fundamental, quais sejam: a declaração parcial de nulidade sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e o apelo ao legislador nos casos de lei “ainda” constitucional (ou seja, em processo de inconstitucionalização), inadimplemento de dever constitucional de legislar ou falta de evidência da ofensa à Constituição.

² ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

O § 78, 1º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional dispõe que “caso o Tribunal Federal constitucional forme a convicção que o direito federal é incompatível com a Lei fundamental ou que o direito estadual conflita com a Lei Fundamental ou outro direito federal, deve declarar a sua nulidade”. Essa é a fórmula tradicional, que assenta na nulidade uma conseqüência lógica da inconstitucionalidade. O 2º período do referido parágrafo, por sua vez, trata da extensão da declaração de nulidade, a qual poderá incidir sobre outros dispositivos da mesma lei (não impugnados) caso o Tribunal os considere inconstitucionais pelos mesmos fundamentos.”³

Estando certa a influência do direito alemão no nosso sistema jurídico, tem-se que, nas palavras de Gustavo Peres Tavares:

“além de influenciar nas ações diretas adotadas pela Constituição de 1988, também foi amplamente adotado para a edição das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, principalmente pela influência do então Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Gilmar Ferreira Mendes (elaborador do projeto de lei que viria a se tornar a Lei nº 9.868/99), que logo após veio a se tornar Advogado-Geral da União e, finalmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

De fato, em razão da intensa dedicação ao estudo do sistema alemão de controle de constitucionalidade do Ministro Gilmar Mendes (mestre e doutor pela Universität Münster), a germanização do nosso sistema de controle é evidente.”⁴

Quanto a aplicação do instituto, tanto no Brasil quanto no mundo, houve em certo momento alguma discussão acerca da natureza do ato jurídico que se visa anular, sendo *nulo ou anulável*. A princípio, tal discussão havia maior importância ao direito brasileiro, diminuindo na medida em que o art. 27 da Lei 9.868/99 foi aceito.

1.2 IMPORTÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE NULO E ANULÁVEL

O legislador buscou inovar com a Lei 9.868/99, em seu art. 27, posto que, quanto a disciplina dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deu a possibilidade ao Supremo

³ OLIVEIRA, Aline Lima de. A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

⁴ TAVARES, Gustavo Peres. Modulação de efeitos de decisões em matéria de instituição e majoração de tributos – estudo de casos. São Paulo: COGEAE, 2014.

dispor sobre os efeitos produzidos pelos atos tidos por inválidos, na medida em que praticados de acordo com a norma vigente à época⁵.

Tais atos se dividem em duas categorias, podendo ser nulos ou anuláveis. O ato tido como nulo é aquele que, de tão grave a sua irregularidade que o eiva, a sua sanção é a de nulidade, implicando na invalidação do negócio jurídico de ofício, sem prazo para o apontamento de seu vício, podendo, portanto, ser apontado em qualquer momento.⁶

Segundo Massimo Bianca, “a nulidade é a mais grave forma de invalidade negocial. Ela exprime uma valoração negativa do contrato 1) por sua definitiva deficiência estrutural, ou pela falta ou impossibilidade originária de um elemento constitutivo ou, ainda, 2) em razão do dano social que provoca, ou seja, por sua ilicitude”.⁷

Nesse sentido, a nulidade se apresenta como ato insanável e irratificável, não sendo exigida, para tanto, ação específica para a decretação de nulidade, podendo ocorrer de forma incidental.⁸

Já, por outro lado, o ato tido como anulável é aquele cujo defeito é de menor gravidade, ganhando maior ênfase pela negativa ao ato nulo, posto que ele é sanável e ratificável, podendo ser apontado pela parte prejudicada, que é detentora do direito de desfazimento do ato, sendo, assim, pronunciada pelo juiz.

Nesse sentido, não pode o magistrado, estando diante de uma anulabilidade, decretar de ofício a nulidade, dependendo do apontamento desta, no tempo hábil, pela parte prejudicada. Caso não haja pronunciamento da parte, a anulabilidade será sanada pelo próprio tempo, visto que o direito de anulação está sujeito ao prazo decadencial contido no artigo 178 do Código Civil.⁹

À título de exemplo, é interessante pensar na anulabilidade na situação em que, quando da intimação de determinada pessoa para que tome ciência determinado ato judicial, por equívoco do oficial de justiça, este acaba por ser intimada outra pessoa, com nome idêntico, que mora na casa ao lado da pretendida. Esta pessoa intimada por engano, por conta própria, se dirige a casa de seu vizinho para o informar da intimação que recebera.

⁵ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

⁶ BNIDE JR., Hamid Cheraf. Efeitos do negócio jurídico nulo. 2007. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 41.

⁷ BIANCA, Massimo Cesare. Diritto civile: il contratto. 2. Ed. Ristampa. Milano: Giuffrè, 2000, v. 3, p. 612 *apud* BNIDE JR., Hamid Cheraf. Efeitos do negócio jurídico nulo. 2007. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 41.

⁸ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

⁹ *Ibidem*, p. 28.

Dessa forma, a pessoa que deveria tomar ciência do ato, ainda que por via não oficial, toma ciência do ato e se manifesta no processo. Neste caso se está diante de um ato anulável, que produziu efeitos e, ao final, não houve prejuízo as partes do processo.

Ainda, é interessante pontuar, que ambas as espécies de vício tiveram origem em momentos históricos distintos, bem como o lugar e o sistema jurídico ao qual nasceram, antes de existirem no direito brasileiro.

A esse respeito, são valiosas as palavras de Ana Paula Ávila, que teve o cuidado de trazer ao debate da modulação de efeitos este panorama histórico:

“É interessante perceber que nulidade e anulabilidade são dois sistemas que se constituíram em épocas cronologicamente distintas: o primeiro surge com o direito romano; o segundo, desenvolvido na Idade Média, estrutura-se a partir do direito canônico. Mas, o que hoje é conhecido como o dogma da nulidade do ato inconstitucional tem sua origem mais remota na Inglaterra, quando o Chief-Justice Coke afirmou, em seu famoso dictum, no caso Bonham (1610), que, quando um ato do parlamento é contrário ao direito e à razão, a common law deve controlá-lo e julgá-lo nulo.³ A tese da anulabilidade do ato inconstitucional, por outro lado, firma-se com Hans Kelsen que, compromissado com a segurança e a certeza jurídica, sustentava, em sua teoria pura do direito, a necessidade de manutenção dos atos produzidos pela lei considerada válida até o momento de sua cassação pela Corte competente. Desenvolvida inicialmente no âmbito do direito privado, a consolidação desses dois modelos o nulo e o anulável –, enquanto categorias distintas de invalidades, tem dividido os teóricos quando se trata de aferir a natureza do ato normativo lançado ao arripio da Constituição. Quem se anima a enfrentar o tema, percebe, de pronto, na doutrina do direito constitucional, o firme propósito de se estabelecer, em caráter definitivo, se uma norma declarada inconstitucional é um ato nulo ou um ato anulável”¹⁰

Retomando as distinções apontadas com relação aos tipos de defeitos, tem-se que algumas das suas distinções não tem caráter definitivo. Esse é o caso dos legitimados para alegação, que na situação da nulidade, se estende a todos, enquanto na anulabilidade há uma restrição aos prejudicados. Contudo, existem casos em que a alegação de anulabilidade é ampla, como nas situações de incapacidade relativa. Não apenas isso, mas tem-se que, apesar da inconstitucionalidade de normas ser normalmente tratada como nulidade, somente pode ser arguida pelas pessoas legitimadas pela Constituição Federal no seu art. 103, que trata das

¹⁰ Ibidem, p. 25

peçoas que podem propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade.¹¹

Dito isso, constata Ana Paula Ávila que os esforços para estabelecer traços distintivos entre as duas espécies de nulidades são sempre voltadas a aspectos exteriores da invalidade, bem como de todas as exceções, cria uma grande dificuldade na distinção entre elas. Isso porque, há, de fato, carência de elementos que sejam intrínsecos a elas, causando insegurança quanto a sua diferenciação.¹²

Por essa razão é possível aferir que depende do regime jurídico a ser fixado pelo legislador, dependendo da lei para dizer qual ato é nulo ou anulável. Nesse sentido, tem-se que o art. 27 da Lei nº 9.868 prevê formas de fixação de efeitos para diversas categorias de invalidade do ato, dando liberdade ao judiciário para, dependendo do caso, enquadrar em uma ou outra.

A respeito do tema, também é interessante trazer o que diz Regina Maria Macedo Nery:

"(...) o que nos leva a afastar a dicotomia acima citada (nulidade e anulabilidade), por considerar que, no campo do direito constitucional, ela não pode vigorar - já que, uma vez identificada a não concordância da norma inferior com os ditames constitucionais, não haverá possibilidade de se fazer tal diferenciação de graduação entre uma nulidade absoluta e uma relativa, pois a norma, assim viciada, padece de um só nível de invalidade, isto é, de inconstitucionalidade".¹³

Ainda, em um leve tom de conclusão, Ana Paula Ávila entende que, compreender a qualidade do ato pelo reconhecimento ou não da produção dos seus efeitos torna impossível o reconhecimento do que é próprio de cada espécie de invalidade:

“Da mesma forma, tomar como critério distintivo dessas figuras a legitimação ampla ou restrita para a arguição do defeito, a possibilidade de ser decretada ou não de ofício pelo juiz, a condição de poder ser argüida principal ou incidentalmente, ou o reconhecimento da produção ou não de efeitos, é fundar-se em traços que transcendem o defeito em si. Não se devem confundir os efeitos de um ato com o próprio ato, até porque, como se sabe, trata-se de instâncias distintas. A análise baseada nesses critérios torna impossível o reconhecimento do que é típico, intrínseco, ou próprio de cada tipo de invalidade. É dessa falta de tipicidade intrínseca, demonstrada pelas

¹¹ Ibidem, p. 29

¹² Ibidem, p. 31.

¹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 121.

figuras de nulidade e anulabilidade, que resulta a não-imposição, necessariamente, de uma forma típica e rígida para a fixação de efeitos num ou noutra caso, podendo haver flexibilidade na modulação desses efeitos no caso de desfazimento do ato, dependendo da liberdade de conformação do legislador.

Em breve conclusão, reitera-se que nulidade e anulabilidade não apresentam diferença intrínseca: são defeitos com maior ou menor potencialidade para desconstituir os efeitos do ato jurídico existente. É o legislador quem atribui a condição de nulidade ou anulabilidade para os defeitos que ele próprio descreve. O mesmo se diga em relação ao regime dos efeitos da invalidação do ato: é facultado ao legislador fixá-lo.”¹⁴

Para fortalecer esse posicionamento, Ana Paula Ávila utilizou de algumas situações do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo o que ocorreu com a simulação como vício de vontade regulado pelo direito civil. Destaca que, no Código Civil de 1916, a simulação foi tratada como causa de anulabilidade. Confira-se:

“Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).

II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (art. 86 a 113).”¹⁵

Contudo, com o novo Código Civil, passou a ser considerada causa de nulidade, enquanto o defeito é exatamente o mesmo. Confira-se o artigo 167 do novo Código:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.”¹⁶

Não obstante, há de se comentar sobre o artigo 1.561 do CC que outorga ao julgador, que afirma que “embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”, sendo claramente a atribuição de efeitos ex nunc em situação de nulidade.

Portanto, há de se concluir que, ao final, em que pese a doutrina tente se fixar em determinados pontos para dizer se um ato deve ser tido como nulo ou mesmo anulável, a partir da observância de seus efeitos, é de rigor compreender que uma ou outra conclusão depende do

¹⁴ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32-33.

¹⁵ BRASIL, 1916.

¹⁶ BRASIL, 2002.

ordenamento jurídico vigente e a forma pela qual o legislador irá olhar para a situação que a lei busca prever, atribuindo a condição de nulidade ou anulabilidade para os defeitos que ele descreve.

Embora não se tenha esgotado o tema no que diz respeito da discussão entre os referidos institutos, suas origens e aplicação, no que depende do ordenamento jurídico, entende-se que a questão está suficientemente amadurecida para que possamos falar do artigo 27 da Lei 9.868/1999.

1.3 EFEITOS DOS ATOS INVALIDOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E APLICAÇÃO DO ART. 27 DA LEI 9.868/1999

Como bem se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha forte na ideia de que os atos normativos inconstitucionais eram equivalentes aos atos nulos, projetando, portanto, os efeitos *ex tunc*, de forma que os atos praticados com base na lei declarada inconstitucional não poderiam produzir efeitos.¹⁷

No entanto, por mais que se sedimente ainda hoje na doutrina brasileira a prevalência da teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade, pelo menos desde 1949, a literatura jurídica pátria, principalmente através do magistério de Lúcio Bittencourt, vem caminhando no sentido de relativizar a concepção da retroatividade dos efeitos da decisão que promana a contrariedade à Constituição, por reconhecer que a decretação simplesmente não apaga os efeitos fáticos produzidos durante o período em que se acreditava na constitucionalidade.¹⁸

Esse tratamento para os efeitos tomou por base o sistema norte americano de controle de constitucionalidade, que é difuso e foi o primeiro sistema a ser adotado no Brasil, tendo transportado para o direito público a verdade até então indiscutida no direito privado, desde o direito romano, de que o nulo jamais produz efeitos ou convalesce.¹⁹

Veja-se trecho de um dos julgados do STF alinhado ao dogma:

“(...) atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. (...) A declaração de inconstitucionalidade de

¹⁷ COUTO E SILVA, Almiro Régis do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. In: Revista de Direito Público, nº 84, 43, p. 54, 1982.

¹⁸ O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1949, págs. 148/149.

¹⁹ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito.”²⁰

Contudo, há um certo tempo, antes mesmo do advento da Lei nº 9.868/1999, já era possível verificar discordâncias dentro da Corte, como bem asseverou o Ministro Leitão de Abreu em um de seus votos:

(...) a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”²¹

Nesse sentido, tais posicionamentos deram força à corrente contrária, alinhadas ao pensamento kelseniano para o controle de constitucionalidade austríaco, no sentido de que, na verdade, os atos praticados com fundamento na lei declarada inconstitucional são eivados de anulabilidade, forte na teoria da anulabilidade da lei inconstitucional. Essa tese também ganhou força no sistema norte americano, acreditando na necessidade de flexibilização.

Na maior parte dos julgados, embora presente a discussão, restaram votos vencidos. Contudo, houve situações em que foi reconhecido o excepcional efeito *ex nunc*. Esses foram os recursos extraordinários nº 105.789-1, sob relatoria do Ministro Carlos Madeira, de 15 de abril de 1986, e nº 122.202 sob relatoria do Ministro Francisco Rezek, de 10 de agosto de 1993.

Nesses dois casos, foi declarada a inconstitucionalidade da norma que gerava gratificação ao magistrado. Considerando o dogma até então aplicado, a tese da nulidade do ato inconstitucional, as gratificações recebidas até então, com base na lei inconstitucional, deveriam ser revertidas aos cofres públicos, em detrimento dos magistrados que a receberam durante o período de vigência.

²⁰ ADQO 652/MA. Relator: Min. Celso de Mello, de 2 de abril de 1992.

²¹ RE nº 79.343/BA, 31 de maio de 1977; RE nº 93.356/MT, 24 de março de 1981.

Com efeito, não foi dessa forma que o Supremo entendeu, escolhendo por não atribuir os tradicionais efeitos *ex tunc*, convalidando as gratificações recebidas no passado. O fundamento adotado para assim decidir foi de que o desfazimento dos efeitos produzidos pelas normas inconstitucionais implicaria a redução dos vencimentos dos magistrados, inadmissível segundo a Constituição.

A respeito de tais julgados, Couto e Silva faz a seguinte observação:

"o princípio constitucional que deveria ter sido chamado para ponderação, era o da segurança jurídica, e não o da irredutibilidade dos vencimentos, cuja adequação àquelas hipóteses nos parece manifestamente impertinente"²²

E, de fato, há de se concordar com o alegado, posto que o princípio da irredutibilidade de vencimentos só deve ser aplicado quando os vencimentos e vantagens remuneratórias são legais e legítimos, não sendo o caso da sua invocação, uma vez que se trata, simplesmente, da necessidade de preservar a segurança jurídica.

Também é válido aqui fazer um pretensioso apontamento: o judiciário só foi capaz de contrariar o dogma que foi formado pela sua própria jurisprudência quando a sua aplicação resultaria em prejuízo à classe de magistrados.

Feita essa retomada histórica, passeando pelas ideias que circularam o Supremo Tribunal Federal antes da edição da Lei nº 9.868/99, cabe agora tratar dela, em especial do artigo 27. Veja-se na íntegra:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”²³

A respeito da edição do referido artigo, valiosas são as palavras de Ana Paula Ávila:

²² COUTO E SILVA, Almiro Régis do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista de Direito Público, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004, p. 27.

“o referido art. 27 enrijeceu o regime de atribuição dos efeitos, uma vez que condicionou a possibilidade de fixação de efeitos ao preenchimento de requisitos que o próprio dispositivo impõe. Vê-se que, de certo modo, operou-se a restrição a expedientes que o Supremo já vinha adotando em alguns julgados, ainda que em caráter excepcional e sem necessidade de preenchimento desses requisitos que logo serão analisados.

Percebe-se que o dispositivo manteve, no aspecto temporal, como regra, a retroatividade dos efeitos ao momento da origem da norma controlada, em consonância com a tradicional orientação da jurisprudência. Introduziu, não obstante, algumas situações excepcionais em que a abrangência temporal dos efeitos pode ser modificada pelo Supremo Tribunal Federal. Determina o dispositivo que o Tribunal pode: (a) restringir os efeitos da decisão (*ex tunc* parcial ou relativo), ou seja, estabelecer um termo inicial para a cassação de efeitos que seja posterior à publicação da norma e anterior à decisão declaratória de inconstitucionalidade; (b) determinar que a norma somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*); e (c) determinar que ela produza efeitos a partir de outro momento que venha a ser determinado (termo diferido ou efeito pro futuro), hipótese que introduz situação semelhante à *Appellentscheidung* do direito constitucional alemão: ou seja, apesar de reconhecida a incompatibilidade da norma em face da Constituição, estabelece o Tribunal que ela permanecerá ainda vigente e eficaz por certo período de tempo.”²⁴

Nesse sentido, há de se concluir que, embora haja a manutenção dos efeitos *ex tunc* das decisões que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos, em determinadas situações, quando presentes os requisitos, a lei autoriza o Supremo a modular os efeitos da própria decisão.

Apesar do referido dispositivo estar inserto na lei que disciplina ações do controle concentrado de constitucionalidade, não há de se excluir também a possibilidade de modular os efeitos de decisões tomadas no controle difuso, que podem ter os seus efeitos *erga omnes*. Não obstante, forçoso concluir, inclusive, que tanto nas ações de controle concentrado, quanto do controle difuso, se faz necessário que a questão sobre a modulação seja igualmente submetida ao plenário, para que, ao final, obtendo o quórum necessário, sejam modulados os efeitos.²⁵

Não obstante, há de se falar agora sobre a indeterminabilidade e o vazio semântico constante no dispositivo, na parte em que fala sobre segurança jurídica e excepcional interesse social. Isso porque, na medida em que não fornece elementos para definir, ou mesmo define o

²⁴ ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57-58.

²⁵ ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60.

que são esses institutos, se tem um permissivo ao Supremo para que ele diga o que estes são. Assim, com tanta liberdade para decidir, nasce a possibilidade de suas decisões serem abusivas.

Esclarecidos tais pontos, se enxerga agora a possibilidade de ir além na discussão, tratando agora sobre tais conceitos indeterminados.

1.4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

Conforme comentado anteriormente, o artigo 27 da Lei 9.868/99 trouxe em seu texto alguns conceitos indeterminados, sendo eles as “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Assim sendo, parte do papel do aplicador do direito é dar sentido a essa norma, colaborando na sua construção, a partir dos elementos de cada caso. Não há uma solução geral pronta e fixada, mas de um caso em que o intérprete trabalha na construção de sentido do texto.

Veja-se nas palavras de Ana Paula Ávila:

“Conquanto a segurança jurídica seja considerada um princípio que decorre do art. 5º, caput, da Constituição, combinado com outros dispositivos, notadamente o que prevê o princípio do Estado de Direito (art. 1º) e já tenha uma conceituação razoavelmente delineada em nível doutrinário e jurisprudencial, as expressões razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, utilizadas no art. 27, ainda assim, carecem de definição à luz das possibilidades fáticas de cada caso. E justamente na indeterminação - dos princípios por causa da sua generalidade, dos conceitos indeterminados por causa da ausência de significação jurídica in abstracto - que se encontra o problema a ser equacionado.

A indeterminação permite ao aplicador operar com uma margem de valoração, remetendo-o à realidade concreta da situação e permitindo-lhe buscar a solução específica para o caso além da própria norma a ser aplicada, geralmente com recurso ao pensamento tópico (problemático), proposto por Theodor Viehweg, em que se ponderam os topoi pertinentes ao caso. Contribuem para esse processo os valores, interesses, bens, pautas e argumentos materiais que o intérprete pode obter no próprio processo, a partir da problematização do conflito, os quais podem guiá-lo na escolha das normas e na sua compreensão.”²⁶

²⁶ ÁVILA, Ana Paula. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77-78.

Nesse sentido, conforme bem clareia a autora supracitada, o “excepcional interesse social” tem maior vagueza, especialmente quando comparado com o princípio da segurança jurídica, que teve especial destaque na Constituição Federal. Portanto, passa-se a comentar, primeiramente, acerca daquele, e não deste, retornando ao conceito posteriormente.

Com efeito, valiosas são as palavras de Humberto Theodoro Júnior a respeito do princípio da segurança jurídica:

“a Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, insere-se no rol dos valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Também no caput do art. 5º, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no País a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do Estado de Direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes européias o adota e exalta”²⁷

Dito isso, tem-se que o respeito a segurança jurídica é fundamental para o funcionamento do Estado democrático de direito. Assim, há de se imaginar que o particular não deve ser surpreendido por modificação na conduta da Administração Pública ou pela imposição do Estado em face de seus direitos.

Nas palavras de José Afonso da Silva, "a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída"²⁸

Nossa sociedade só é capaz de funcionar minimamente porque existe um conjunto de expectativas: expectativa que o farol vermelho não será ultrapassado por outro condutor quando for a minha vez de atravessar o cruzamento; de ir no hospital e ter no local profissionais da saúde prontos ao atendimento; de que o serviço de coleta de lixo irá passar em um dia

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, n. 1, ano XXIV, 2006. p. 58.

²⁸ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

específico. Dito isso, tem-se que a expectativa, fundamento do princípio da segurança jurídica, é um pilar da vida em sociedade e, em última análise, um pilar do Estado Democrático de Direito.

Quando da edição de novas que pretendem instituir tributos, em determinados casos, há a necessidade de observância dos princípios da irretroatividade (art. 150, III, “a”) e da anterioridade (art. 150, III, “b” e “c”) pelo Fisco, sendo vedado que, sem respeitar o prazo para cada caso, cobre os tributos antes do período adequado. O Poder Constituinte Derivado, quando da inclusão de tais dispositivos na Constituição, visou trazer maior segurança jurídica ao contribuinte, evitando que o Estado o surpreenda com a instituição de tributos sem que haja tempo hábil para que ele se prepare.

Nesse sentido, há de mencionar que, para os contribuintes, quando da alteração do entendimento jurisprudencial acerca de determinado tema, entendendo pela constitucionalidade de determinada cobrança, os efeitos práticos são os mesmos. Sendo assim, lógico e prudente que também para as mudanças de entendimento jurisprudencial também fossem aplicados os institutos que visam trazer maior segurança jurídica aos contribuintes.

Em sentido semelhante ao que se pretende aplicar neste trabalho, é aquele empregado pelo professor Paulo de Barros Carvalho:

“O princípio da certeza do direito traduz as pretensões do primado da segurança jurídica no momento em que, de um lado, (i) exige do enunciado normativo a especificação do fato e da conduta regrada, bem como, de outro, (ii) requer previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa. Ambos apontam para a certeza da mensagem jurídica, permitindo a compreensão do conteúdo, nos planos concretos e abstratos. Pensamos que esse segundo significado (ii) quadra melhor no âmbito do princípio da segurança jurídica.

Mas, ao lado da certeza, em qualquer das duas dimensões de significado, outros valores constitucionais, explícitos e implícitos, operam para concretizar o sobrevalor da *segurança jurídica*.²⁹

No decorrer do artigo citado, o professor trabalha a questão de a segurança jurídica estar relacionada aos comportamentos e expectativas sociais, na previsibilidade dos atos praticados pelos indivíduos, com a expectativa de que tais atos existam resultados jurídicos previsíveis. Essa confiança em como seguir serve de alicerce para ações futuras, bem como fornece a certeza

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. In Revista da FESDT, nº 1, 206. Disponível em <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/1/artigos/13.pdf>. Acesso em 13/10/2023.

quanto ao passado. Segundo o autor, esse sentimento é essencial para a criação de relações jurídicas. Entende também que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor de justiça.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da segurança jurídica, apresentado como propulsão para a modulação de efeitos, conforme redação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, ainda que indeterminado, não pode se apresentar de maneira diversa a Constituição Federal, sob pena de desrespeito a ela, que por sua vez direciona para a aplicação do princípio no sentido de trazer clareza e previsibilidade para os efeitos decorrentes dos atos praticados, tanto para o passado quanto para o futuro, por razões de justiça e, até mesmo, para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Agora, quanto ao “excepcional interesse social”, há de se fazer alguns questionamentos sobre como deve ser aplicado este conceito indeterminado, os riscos na sua aplicação de forma imperita e na sua relação com o princípio da segurança jurídica.

Na doutrina pouco se fala sobre o *interesse social* no controle de constitucionalidade. Ainda, há de se falar que a Constituição Federal apenas falou sob 522re quando tratou sobre desapropriações para fins de reforma agrária. Nas palavras de Cretella Júnior, “a expressão interesse social não se define, exemplifica-se”.³⁰

Ainda, sobre a questão do interesse, entende Jorge Miranda que se trata de interesse público de excepcional relevo, devendo este ser fundamentado.³¹

Diante da situação em que não há maiores informações no ordenamento jurídico brasileiro a respeito ao excepcional interesse social, o seu uso deve ser direcionado aos interesses da sociedade, como a soma dos interesses individuais, podendo ser contraposto aos interesses do próprio Estado.

Sobre a sua aplicação para decidir sobre modular ou não, Ana Paula Ávila:

“A ausência de suporte na Constituição, por si só, permite que se questione a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social. É que, resgatando o que se vem sustentando desde o início desta investigação, diante da necessidade de manutenção da supremacia da Constituição (sob pena de ruptura da própria ordem constitucional), a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam

³⁰ CRETILLA JUNIOR, José. Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 522.

³¹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2 ed. Coimbra, 1983. T.2, p. 391.

àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Aliás, existentes os fundamentos naquelas normas, o termo torna-se até mesmo dispensável, pois assegurar a supremacia da Constituição já implicaria, naturalmente, a proteção dos efeitos. No entanto, é fato que falece ao excepcional interesse social previsão constitucional que lhe sirva de fundamento, ao contrário do que ocorre com segurança jurídica, que, como foi visto, trata de princípio que conta com ampla fundamentação constitucional e com conteúdo bem delineado.”³²

Essa preocupação é completamente válida, ao ponto em que a utilização da expressão para o fim de modular os efeitos das decisões, diante da sua indeterminabilidade, causa por si só insegurança jurídica, sendo um problema ainda mais grave. Nesse sentido, é de se concluir que a aplicação do artigo 27, por razões de excepcional interesse social, é inconstitucional por descumprimento aos princípios fundamentais.

Ainda, caso se forçasse a utilização da expressão, entendo-a como válida e em conformidade com a Constituição, não poderia ter outra aplicação senão a favor do particular. A esse respeito, Fábio Martins de Andrade (2011, p. 350) ensina que “a única hipótese da aplicação do artigo 27 da lei 9868/99 é no interesse da sociedade, e não do poder estatal em beneficiar-se da própria torpeza, isto é, do seu próprio ato de arbítrio”.

Diante dos avanços realizados nesse trabalho acerca do instituto da modulação de efeitos, passa-se agora a comentar sobre a sua aplicação no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, especificando as situações em que a modulação se deu a favor dos contribuintes ou do Estado.

³² ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 166.

2 APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL E O PREDOMÍNIO DA SUA UTILIZAÇÃO EM BENEFÍCIO DO FISCO

Como se pode verificar, na jurisprudência dos tribunais superiores, na maior parte das vezes o instituto da modulação de efeitos foi aplicado para benefício do Estado, em detrimento dos interesses dos contribuintes, conforme levantamento do JOTA, onde se constatou que em 90,9% das vezes em que o Supremo Tribunal Federal modulou efeitos de decisões em casos tributários no ano de 2021, foi em sentido favorável ao Fisco, ao impedir que os contribuintes tenham direito à devolução de tributos pagos indevidamente no passado.³³

Um dos maiores exemplos foi quando o Supremo entendeu que “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” no Recurso Extraordinário 574.706. Diante da repercussão gerada, o julgamento ficou conhecido como “a tese do século”, tanto pelos altos valores discutidos quanto pela relevância jurídica do debate.

O principal fundamento adotado foi o de privilegiar a segurança jurídica, por estar diante de uma situação em que poderia haver grave prejuízo aos cofres públicos, conforme destacou o Ministro Nunes Marques em seu voto. Confira-se:

“A título exemplificativo, de acordo com esse último relatório, tal montante seria superior a todas as provisões para as prováveis perdas judiciais e administrativas relativas à Advocacia-Geral da União, as quais, segundo o mesmo relatório, giram em torno do montante de R\$ 205 bilhões.

[...]

Não estamos diante de qualquer valor indevidamente recolhido pelo contribuinte e possível de ser restituído, mas sim de um quadro excepcional que, em seu conjunto, põe em risco a própria estruturação do Estado e do respectivo equilíbrio orçamentário e financeiro deste.”³⁴

Considerando que o Supremo já havia decidido desfavoravelmente aos seus interesses, o Fisco apresentou os seus embargos de declaração, visando que a decisão sofresse os efeitos da modulação, alegando um suposto impacto aos cofres públicos no montante de R\$ 258,3 bilhões caso não houvesse a modulação.

Os embargos de declaração do Fisco foram apreciados em 13/05/2021, onde se entendeu por modular a partir da data da fixação do entendimento em 15/03/2017, limitando o direito dos

³³ BONFANTI, Cristiane. **Modulação de efeitos: STF decide em 90,9% dos casos favoravelmente ao fisco.** JOTA, 2023. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/modulacao-de-efeitos-stf-decide-em-909-dos-casos-favoravelmente-ao-fisco-11082023>. Acesso em 10/11/2023.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574.706, julgamento em Plenário, Brasília, DF, 13 de maio de 2021. p. 48, maio, 2021.

contribuintes de reaver os valores pagos indevidamente anteriores a essa data, ressaltando o direito dos que ingressaram com ação judicial antes de 2017.

Embora o argumento econômico precise ser devidamente analisado, isto é, o prejuízo gerado aos cofres públicos, há de se analisar a gestão de risco adotada pelo governo, na medida em que não se preocupou com a questão enquanto a cobrança indevida era contestada, nas esferas judicial e administrativa, pelos contribuintes.

A respeito do que levantado, veja-se a lição de Misabel Derzi:

“O Estado é protegido, de forma difusa, embora tivesse ele mesmo provocado a cobrança, com base em lei inconstitucional e os ônus dessa proteção serão suportados por um grupo de contribuintes, os conformados. Ora, a lei inconstitucional é de autoria do Estado (Poder Legislativo), mas também a iniciativa, ou seja, o projeto foi elaborado dentro do próprio Poder Executivo (que incorporou antigo Decreto-Lei). A aplicação da lei foi seguida religiosamente, quando as contestações aumentavam e a Dogmática, de forma unânime, apontava a irregularidade. Afinal, as declarações de constitucionalidade foram inventadas exatamente para isso. Além do mais, a repetição do indébito está limitada ao prazo prescricional de cinco anos, quando os valores recebidos nos últimos vinte anos já não poderão ser integralmente devolvidos. As vantagens da Fazenda Pública ainda seriam notáveis, mesmo se os efeitos da decisão tivessem seguido a regra de se unir a declaração de inconstitucionalidade à de nulidade.”³⁵

Nesse sentido, se levanta um questionamento a respeito do ganho financeiro apurado pelo Estado quando o Supremo entende por fixar os efeitos *ex nunc* das decisões que entendem pela inconstitucionalidade da cobrança de tributos. Não é necessário realizar uma análise profunda para concluir que, o mesmo valor que a Fazenda aponta como prejuízo financeiro caso o Supremo não modulasse os efeitos, são os seus ganhos na manutenção dos efeitos dos atos inconstitucionais.

Não obstante, sobre o tema das modulações em favor do Estado, o Ministro Marco Aurélio em voto proferido na ADI nº 2.904- 5/PR:

“Resisto sempre, Presidente, à modulação da decisão do Supremo quando ele conclui pelo conflito de certa lei com o texto constitucional. Por que o faço? Porque adoto o princípio segundo o qual toda lei editada à margem da Carta da República é írrita e, portanto, não tem como mitigar a eficácia da Constituição Federal. Além desse

³⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2009, p. 527.

aspecto, há outro: o viés estimulante. A partir do momento em que o Supremo não declara – como deve, sob a minha óptica, fazê-lo – inconstitucional uma lei, desde o nascedouro, estimula as casas legislativas do Brasil a editarem leis à margem da Carta Federal, para que, com a passagem do tempo, existam as “situações constituídas” – porque não são devidamente constituídas – e que posteriormente sejam endossadas, muito embora no campo indireto, pelo Supremo, presente a modulação. Por isso, tenho sempre sustentado no Plenário – sempre o fiz e esperava inclusive pronunciar-me quanto à inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº. 9.868/99 – que não cabe no caso – sob pena de mitigação da Lei Maior da República, que a todos submete – a modulação dos efeitos da decisão, como se, até aqui, a Constituição Federal não tivesse vigorado” (Rel. Ministro Menezes Direito, j. 27/05/2008).

Em outra oportunidade, a Corte declarou a inconstitucionalidade da incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic recebida pelo contribuinte na devolução de tributos pagos indevidamente (repetição de indébito).

Também com Embargos de Declaração do Fisco, o Supremo entendeu por modular os seus efeitos também. Nesse caso, de maneira mais rigorosa do que se deu no julgamento da tese do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Aqui, ao invés de estabelecer como marco a data do julgamento de mérito pela Corte, se estabeleceu como data de corte quando se iniciou o julgamento de mérito, isso porque:

"Ainda nesse contexto, cumpre realçar o que disse a União. O movimento de judicialização visando-se, principalmente, a recuperação dos valores pagos a título das tributações declaradas inconstitucionais muito se intensificou durante o próprio julgamento do mérito do presente tema. A proposta de modulação sugerida visa a combater tal espécie de corrida ao Poder Judiciário, a qual me parece muito prejudicial, considerando as citadas particularidades do presente tema e o contexto econômico-social no qual se encontra o País."³⁶

Como se vê a partir da leitura de trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, a Corte entende que corridas ao judiciário para questionar a inconstitucionalidade de tributos é prejudicial, até mesmo nos casos em que concorda com a ilegitimidade das cobranças. Não apenas isso, mas também fica claro que se considera mais prejudicial as corridas ao judiciário para contestar a inconstitucionalidade do que o ganho econômico do fisco com as modulações.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.063.187/SC, julgamento em Plenário, Brasília, DF, 16 de maio de 2022. p. 13, maio, 2022.

Assim, votou pela modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo efeitos *ex nunc* a partir de 30/09/2021 - data da publicação da ata de julgamento, com a ressalva de que as ações ajuizadas até 17/09/2021 - data do início do julgamento do mérito e os fatos geradores anteriores à 30/09/2021 em relação aos quais não tenha havido o pagamento do IRPJ ou da CSLL a que se refere a tese de repercussão geral não deveriam ter suas cobranças mantidas.

Nesse passo, valioso lembrar o voto proferido pelo Ministro Menezes Direito, citado recentemente, que sabiamente constatou que o uso das modulações pode servir de incentivo para a edição de normas inconstitucionais.

Esse mesmo argumento financeiro do Fisco foi utilizado na recente decisão que modulou os efeitos no julgamento do Tema 745, que declarou a inconstitucionalidade da fixação da alíquota do ICMS sobre operações de fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações em patamar superior à cobrada sobre as operações em geral, em razão da essencialidade dos bens e serviços.

Nela foi fixado o entendimento de que a decisão produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito. Isso porque a aplicação da alíquota reduzida já no exercício financeiro de 2022 representaria perda anual estimada pelos estados de R\$ 26,6 bilhões, segundo informações dos representantes dos estados.

Esse caso é ainda mais surpreendente. Isso porque, em que pese tenha sido declarada a inconstitucionalidade da fixação da alíquota, permitiu-se que essa continuasse em vigor mesmo com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, autorizada a ser cobrada até o exercício financeiro de 2024.

Nesse sentido, há o sentimento de que o argumento financeiro sempre será acolhido para privilegiar os interesses do Fisco, onde é autorizada a prática de atos com base em normas já declaradas inconstitucionais, gerando prejuízo aos contribuintes.

Isso vai de encontro com o que já foi abordado nesse trabalho acerca do princípio da segurança jurídica. Considerando que o princípio privilegia a previsibilidade, visto como a expectativa social que determinadas condutas gerem resultados jurídicos específicos, tem-se que o respeito a segurança jurídica que é fundamental para o funcionamento do Estado democrático de direito não tem sido consagrado. Segurança jurídica se tornou segurança financeira do Estado.

Não há se se negar que o Estado depende da cobrança de tributos para a manutenção das suas atividades. Contudo, as referidas cobranças precisam ser feitas sem que se caracterize um

desrespeito aos direitos fundamentais do contribuinte, orientado pelo princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito.

3 TEMA 985 DO STF

Nesse passo, estando esclarecidos tais pontos, entende-se que a questão está suficientemente amadurecida para que possamos adentrar no caso pretendido.

3.1 HISTÓRICO DO CASO

Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, distribuído sob o nº 5004309-39.2015.4.04.7005, no ano de 2015, no qual o Contribuinte pleiteou a declaração da inexistência de relação jurídica que o obrigue a recolher as contribuições previdenciárias (cota patronal e contribuições destinadas a outras entidades e fundos) sobre as parcelas referentes ao (a): aviso prévio indenizado, terço constitucional de férias, horas extraordinárias (valor que exceder a hora normal), férias gozadas, descanso semanal remunerado, valores pagos nos quinze primeiros dias que antecedem o auxílio doença e auxílio doença acidentário, vale-transporte pago em moeda, alimentação fornecida in natura no estabelecimento, salário-maternidade, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade e adicional noturno.

Com efeito, sobreveio a sentença que concedeu parcialmente a segurança. Confira-se trecho:

“o fim de declarar a inexigibilidade da contribuição social (Lei nº 8.212/91, art. 22, inciso I, bem como devida a outras entidades/terceiros e fundos), sobre os valores referentes ao auxílio-doença pago nos 15 (quinze) primeiros dias do afastamento, seja por motivo de doença ou por motivo de acidente; aviso prévio indenizado; terço de férias constitucional; vale-transporte pago em moeda e alimentação fornecida in natura, bem como reconhecer o direito da parte Impetrante a compensar, após o trânsito em julgado da presente decisão, os valores indevidamente recolhidos sobre as mencionadas rubricas, conforme pedido inicial, nos últimos 5 (cinco) anos, a contar do ajuizamento desta ação, corrigidos pela taxa SELIC desde as datas dos pagamentos indevidos, observado o disposto no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007. Outrossim, DECLARO, incidentalmente, A INCONSTITUCIONALIDADE da expressão "devidas" constante do inciso I, do artigo 22, da Lei 8.212/91, na redação da Lei nº 9.876, de 1999.”³⁷

³⁷ BRASIL. Justiça Federal - 2ª Vara Federal de Cascavel. Mandado de Segurança nº 5004309-39.2015.4.04.7005, Cascavel, PR, 27 de novembro de 2015. p. 3, novembro, 2015.

Inconformada, a União Federal interpôs recurso de apelação, pleiteando a reforma da sentença, por entender que o dispositivo questionado é constitucional e, portanto, as cobranças decorrentes deste deveriam ser mantidas. O contribuinte, por sua vez, interpôs recurso de apelação quando a parte que perdeu, ou seja, a parcela das horas extraordinárias (valor que exceder a hora normal), férias gozadas, descanso semanal remunerado, salário-maternidade, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade e adicional noturno; bem como sobre a inconstitucionalidade da expressão “devida” constante no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

Com a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi dado parcial provimento a remessa oficial, bem como foi negado provimento às apelações. Confira-se o acórdão ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS A TERCEIROS. PAGAMENTO DOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AFASTAMENTO DO TRABALHO POR INCAPACIDADE. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS USUFRUÍDAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. FÉRIAS GOZADAS. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. VALE-TRANSPORTE. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO.

1. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a terceiros e ao SAT, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.
2. Não incide contribuição previdenciária sobre o pagamento dos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho por incapacidade, aviso-prévio indenizado, terço constitucional de férias gozadas, vale-transporte e auxílio alimentação in natura.
3. É legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores recebidos a título de salário-maternidade, férias gozadas, descanso semanal remunerado e adicionais de horas extras, insalubridade, periculosidade e noturno.³⁸

Inconformados, tanto a União quanto o contribuinte interpuseram os seus recursos especial e extraordinário. Os recursos do contribuinte foram admitidos, contudo o Fazendário foi inadmitido, tendo obtido sagrado seu seguimento por meio de Agravos. Com o recebimento dos autos pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2016 foi proferida a decisão monocrática da

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Turma, relator Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI. Mandado de Segurança nº 5004309-39.2015.4.04.7005, Curitiba, PR, 07 de julho de 2016. p. 3, julho, 2016.

Ministra Regina Helena Costa que deu parcial provimento ao recurso do contribuinte, para declarar o seu direito de compensar os créditos relativos às contribuições previdenciárias (cota patronal) destinadas a terceiros com tributo de mesma espécie e destinação constitucional, julgando prejudicadas as demais questões. Com agravo interno do contribuinte, sobreveio o acórdão que lhe negou provimento, este transitado em julgado em 2017.

Assim, teve seguimento os Recursos Extraordinários interpostos, tendo o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2020, por maioria, fixado a tese de que “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”.

Em face do acórdão publicado, foram opostos 6 embargos de declaração, pleiteando a modulação dos efeitos da decisão, para que seus efeitos se apliquem apenas a relações jurídicas futuras.

Iniciado o julgamento dos recursos, o Ministro Marco Aurélio proferiu seu voto, negando provimento aos embargos de declaração. Por outro lado, o Ministro Roberto Barroso proferiu voto divergente, no qual deu provimento parcial aos embargos, para reconhecer a necessidade de modulação dos efeitos da decisão que declarou a constitucionalidade das cobranças, diante da evidente alteração de entendimento jurisprudencial dominante.

O julgamento citado foi interrompido por pedido de destaque do Ministro Luiz Fux, pendente de retomada em sessão presencial.

É justamente nesse contexto de discussão a respeito da modulação de efeitos que se insere o presente trabalho acadêmico, com o intuito de defender a necessidade da utilização do instituto, para que se evite grande prejuízo as empresas a ponto de causar risco a sua manutenção.

3.2 IMPACTO FINANCEIRO ÀS EMPRESAS E RISCO À SUA FUNÇÃO SOCIAL

Como visto no histórico do caso, atualmente, aguarda-se a apreciação de seis embargos de declaração apresentados pelos contribuintes. Neles, além de questionar os tópicos que o acórdão não abordou, também foi levantada a necessidade de modular os efeitos da decisão, de forma a determinar que seus efeitos sejam para o futuro.

Com efeito, segundo dados da Associação Brasileira da Advocacia Tributária - ABAT, que figura nos autos do processo como *amicus curiae*, há a expectativa de que o efeito multiplicador do acórdão embargado pode aumentar as despesas dos empregadores em até 100 bilhões. Essa expectativa tem sentido, visto que, durante anos, as empresas deixaram de

recolher determinados tributos, seguindo então o entendimento consolidado e, caso não haja modulação, tudo o que não foi recolhido até então, precisará ser cobrado.

Não obstante, há de se considerar que a Contribuição Previdenciária é lançada por homologação. Nessa modalidade, é dever do contribuinte definir a base de cálculo. O erro na sua fixação é gravemente penalizado, sendo este sujeito a uma multa de, no mínimo, 75%. Novamente, a aplicação de multa é contrária ao princípio da segurança jurídica, porquanto penaliza os contribuintes que agiram de acordo com o entendimento predominante à época.

A questão é que os efeitos práticos da fixação dos efeitos *ex tunc* do acórdão poderá tornar inviável a continuação das atividades de determinadas empresas. Embora esse grave prejuízo financeiro e seu risco decorrente não sejam expressões positivadas na Lei 9.868/99, em seu artigo 27, deve se entender que o princípio da segurança jurídica seja aplicado no caso.

Embora em determinado ponto deste trabalho abriu-se um questionamento acerca da expressão excepcional interesse social, por ausência de expressão correspondente na Constituição Federal, de modo que não há um claro fundamento que o autorize, bem como a ausência de conteúdo, também se defendeu que, caso tal fundamento seja utilizado, que seja em favor do particular.

Nesse sentido, o excepcional interesse social está presente no caso. Ora, caso a possibilidade de fechamento de empresas por conta do grande aumento na cobrança de tributos, em especial os retroativos, a tendência é que o desemprego aumente.

Em decorrência do COVID-19, a economia brasileira sofreu grandes danos. A recessão é praticamente inevitável, atingindo patamares históricos. Nisso, vale mencionar que a recessão impacta diretamente na empregabilidade. Atualmente a taxa de desemprego é de 8% no segundo trimestre de 2023, o que, embora represente uma melhora com relação aos anos anteriores, pode aumentar à medida que empresas fecharem.

Vale ressaltar, inclusive, que o efeito da alteração de precedentes não se limita ao quanto decidido, mas também causa descrença no sistema.

Portanto, se o excepcional interesse social não estiver alinhado ao objetivo de não gerar desemprego à população, se faz questionar, mais uma vez, ao que ele pode estar alinhado.

3.3 NECESSIDADE DE MODULAR OS EFEITOS OS EFEITOS DO JULGADO

A partir do que foi estudado até o presente momento neste trabalho, é de rigor concluir pela necessidade da utilização do instituto da modulação de efeitos no julgamento do tema de

repercussão geral nº 985, onde se fixou a tese de que “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*”.

Caso o Tribunal entenda pela não modulação, prevalecerá a regra geral de que as declarações de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) produzem seus efeitos *ex tunc*. Ocorre que, conforme levantamento realizado até este ponto, entende-se que estão presentes os requisitos legais para que o instituto seja acionado e se defina os efeitos prospectivos desse julgado.

Isso porque, no momento em que o Supremo julgou dessa forma, ele foi em sentido contrário a jurisprudência vigente, inclusive do próprio tribunal, de forma desfavorável aos contribuintes. Dito isso, não sendo determinada a modulação de efeitos, haverá um grande prejuízo financeiro às empresas, que de boa-fé cumpriram com suas obrigações tributárias, em consonância com a jurisprudência até então vigente.

Disso, há de tratar dos requisitos para que a modulação seja deferida. Se antes da criação da Lei nº 9868/99 a questão mais relevante era a divisão entre atos nulos e anuláveis, para determinar se a decisão deveria produzir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, os requisitos atualmente são “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

A respeito da segurança jurídica, existem avanços tanto na doutrina quanto na jurisprudência para dizer a respeito do que é. Quanto a este princípio, tem-se que sua aplicação ao caso concreto é inevitável.

Enquanto o Código de Processo Civil prevê a hipótese de modulação quando houver “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, Carrazza informa que, em observância ao princípio da segurança jurídica, é necessário que o novo entendimento judicial, mesmo que reconhecido pelos julgadores como mais adequado, deve ter efeito prospectivo, incidindo tão somente sobre fatos que vierem a ocorrer após a publicação do acórdão que escampa, mantendo-se preservados os atos e negócios praticados à luz da jurisprudência alterada.³⁹

Nas palavras de José Afonso da Silva, “a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que

³⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. 2ª ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009. p. 65

as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída"⁴⁰

Firme neste fundamento, é prudente e justo que o Supremo Tribunal Federal module os efeitos do julgado, visto que os contribuintes, de boa-fé, cumpriram suas obrigações tributárias e o efeito prático da declaração de inconstitucionalidade, que era o vigente até o momento em que o Supremo foi em sentido contrário, era o de que não haveria tributos a serem cobrados no futuro.

Por fim, cabe falar do § 3º do art. 927 do Código de Processo Civil determina que, em caso de alteração jurisprudencial dominante do STF e dos tribunais superiores, os efeitos da decisão poderão ser modelados, no interesse social e no da segurança jurídica:

“Art. 927. [...] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”⁴¹

Portanto, conclui-se pela necessidade da modulação, sob o fundamento de que (I) o princípio da segurança jurídica deve ser respeitado; (II) que a expressão excepcional interesse social comporta os interesses do particular, caso esse venha a ser aplicado; (III) que a alteração do entendimento jurisprudencial é causa de modulação, conforme art. 927, §3º, CPC; e (IV) que haverá grave prejuízo financeiro às empresas, com risco de ocasionar uma onda de desemprego.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

⁴¹ BRASIL, 2015.

CONCLUSÃO

O que hoje chamamos de modulação de efeitos, teve sua primeira aparição na Constituição Austríaca (1920), que previa um prazo para que as declarações de inconstitucionalidade produzissem efeitos. Ela se alinhava ao pensamento do próprio Kelsen, que concordava em adiar os efeitos da anulação de normas a partir da publicação da sentença de anulação.

Apesar disso, a influência que se deu no direito brasileiro foi a partir do direito alemão. No direito alemão, por sua vez, foi onde se desenvolveu algumas alternativas em situações de inconstitucionalidade: a declaração parcial de nulidade sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e o apelo ao legislador nos casos de lei “ainda” constitucional (ou seja, em processo de inconstitucionalização), inadimplemento de dever constitucional de legislar ou falta de evidência da ofensa à Constituição.

Na doutrina foi feito um grande esforço na diferenciação entre os atos nulos e anuláveis. O ato tido como nulo é aquele que, de tão grave a sua irregularidade que o eiva, a sua sanção é a de nulidade, implicando na invalidação do negócio jurídico de ofício, sem prazo para o apontamento de seu vício, podendo, portanto, ser apontado em qualquer momento. Por outro lado, o ato tido como anulável é aquele cujo defeito é de menor gravidade, ganhando maior ênfase pela negativa ao ato nulo, posto que ele é sanável e ratificável, podendo ser apontado pela parte prejudicada, que é detentora do direito de desfazimento do ato, sendo, assim, pronunciada pelo juiz.

Ocorre que as presentes distinções não têm caráter definitivo, de forma que determinar a natureza do ato a partir dessas torna-se complicado, visto que se deve confundir os efeitos de um ato com ele próprio. A utilização desses critérios torna impossível o reconhecimento do que de cada invalidade, até porque depende de cada ordenamento jurídico.

Considerando o histórico do Supremo Tribunal Federal, nas vezes que, antes mesmo do advento da Lei nº 9.868/1999, entendeu por fixar efeitos prospectivos da declaração da inconstitucionalidade (cite-se aqui o caso em que o Supremo entendeu que as gratificações recebidas pela classe de magistrados não deveriam ser devolvidas, em que pese a inconstitucionalidade dela), há de se requerer a aplicação do mesmo entendimento no presente caso.

Com o advento da Lei nº 9.868/1999, a modulação de efeitos passou a ter como critérios os que estão dispostos no artigo 27, que são “excepcional interesse social e segurança jurídica”. A respeito desses, é de se reconhecer a sua presença na situação em apreço, uma vez que há a

justa expectativa dos contribuintes de não serem submetidos a cobrança retroativa de tributo este que a jurisprudência entendia por inconstitucional até determinado ponto.

Bem analisando a jurisprudência, é de se constatar que o Supremo tem uma tendência de utilizar do instituto para benefício do Fisco. É o que se verifica da análise da tese do século, onde o STF entendeu pela exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Assim, é de se retomar o caso: o Supremo Tribunal de Federal, por meio do recurso extraordinário nº 1.072.485/PR, que foi recebido como o tema de repercussão geral nº 985, analisou a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas (art. 7º, XVIII, da CF), para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal, à luz da Constituição Federal. Nessa ocasião, em sentido oposto a jurisprudência vigente, inclusive do próprio tribunal, fixou a tese de que *“É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”*.

Com efeito, foram opostos embargos de declaração dos contribuintes, visto que o Supremo, até então, não decidiu sobre a modulação de efeitos. Nesse sentido, em que pese a derrota pelo já fixado entendimento do STF, resta pendente a modulação, que se faz necessária.

Firme neste fundamento, é prudente e justo que o Supremo Tribunal Federal module os efeitos do julgado, visto que os contribuintes, de boa-fé, cumpriram suas obrigações tributárias e o efeito prático da declaração de inconstitucionalidade, que era o vigente até o momento em que o Supremo foi em sentido contrário, era o de que não haveria tributos a serem cobrados no futuro.

Portanto, é de rigor defender a modulação de efeitos, com o objeto de se fazer preservar o próprio texto da Constituição Federal, pelo princípio da segurança jurídica, para garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito, privilegiando o que é justo e coeso.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BIANCA, Massimo Cesare. **Diritto civile: il contratto**. 2. Ed. Ristampa. Milano: Giuffrè, 2000, v. 3 *apud* BNIDE JR., Hamid Cheraf. Efeitos do negócio jurídico nulo. 2007. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029464.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2023.

BITTENCURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1949.

BONFANTI, Cristiane. **Modulação de efeitos: STF decide em 90,9% dos casos favoravelmente ao fisco**. JOTA, 2023. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/modulacao-de-efeitos-stf-decide-em-909-dos-casos-favoravelmente-ao-fisco-11082023>.

BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1916.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADQO 652/MA. Relator: Min. Celso de Mello, de 2 de abril de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 79.343/BA, 31 de maio de 1977; RE nº 93.356/MT, 24 de março de 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574.706, julgamento em Plenário, Brasília, DF, 13 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.063.187/SC, julgamento em Plenário, Brasília, DF, 16 de maio de 2022.

BRASIL. Justiça Federal - 2ª Vara Federal de Cascavel. Mandado de Segurança nº 5004309-39.2015.4.04.7005, Cascavel, PR, 27 de novembro de 2015. p. 3, novembro, 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Turma, relator Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI. Mandado de Segurança nº 5004309-39.2015.4.04.7005, Curitiba, PR, 07 de julho de 2016. p. 3, julho, 2016.

BNIDE JR., Hamid Cheraf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. 2007. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029464.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2023.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas**. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. 2ª ed. Barueri, SP: Manole: Minha Editora, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos**. In Revista da FESDT, nº 1, 206. Disponível em <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/1/artigos/13.pdf>. Acesso em 13/10/2023.

COUTO E SILVA, Almiro Régis do. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo**. In: Revista de Direito Público, nº 84, 43, 1982.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 522.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. Noeses: São Paulo, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. Coimbra, 1983. T.2.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2023.

SALGADO, Francisco Fernández. **La obsolescencia de La bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelsiano) de los sistemas de justicia constitucional**. Direito Público, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, out/nov/dez/2003.

TAVARES, Gustavo Peres. **Modulação de efeitos de decisões em matéria de instituição e majoração de tributos – estudo de casos**. São Paulo: COGEAE, 2014. Disponível em <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/29336>. Acesso em 1 de outubro de 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, n. 1, ano XXIV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.