



Opinião: Coerência jurisprudencial e modulação do terço de férias

No mês passado, foi publicado o acórdão do julgamento dos embargos de declaração do RE nº 574.706, que, entre outras questões, tratou da modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (



No julgado, o Pleno do STF modulou os efeitos da decisão

em favor da União federal para que esta produza efeitos desde 15/3/2017, data em que foi julgado o recurso extraordinário e fixada a tese com repercussão geral. As ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito tiveram a sua eficácia preservada.

Os fundamentos dessa modulação de efeitos merecem ser destacados, com o reconhecimento dos ministros de que houve alteração da jurisprudência anterior, firmada em 2016 pelo Superior Tribunal de Justiça, o que determina a necessidade da preservação das relações jurídicas anteriores, em observância ao princípio da segurança jurídica.

À época, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o STJ consolidou o entendimento pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins (REsp 1.144.469). O tribunal se considerou competente para a análise do tema, porque o STF, ao avaliar os primeiros recursos que chegaram à corte, emitiu decisões no sentido de que a matéria seria infraconstitucional.

Essa circunstância foi levada em conta pelo Pleno do STF, quando em 2014, ao julgar o RE nº 240.785, decidiu manter os efeitos do julgado *inter partes*. Segundo a ministra Cármen Lúcia, tratou-se de uma autocontenção da corte, para evitar insegurança jurídica decorrente de modificação na sua jurisprudência. Tal insegurança poderia, inclusive, se agravar se no julgamento em repercussão geral viesse a prevalecer outro entendimento.



E qual, então, a *ratio decidendi* dessa modulação que traz um conteúdo interpretativo a ser considerado pelos jurisdicionados? Inequivocamente a de que, em temas anteriormente julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, com efeito vinculante, a superação do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal deve ter os seus efeitos modulados, para salvaguardar a segurança jurídica.

Sendo a segurança jurídica princípio constitucional estruturante do sistema legal brasileiro, a observância desse mesmo racional para outros casos é imperativa, principalmente depois da entrada em vigor do CPC/2015.

O atual código trouxe em diversos dispositivos (artigo 489, §1º, VI; artigo 926; artigo 927 e seus parágrafos) a materialização do sistema de precedentes, com o objetivo de que as decisões judiciais sejam tomadas com coerência e integridade, para que não destoem de outras decisões já prolatadas sobre o mesmo tema e envolvendo as mesmas circunstâncias.

A introdução desse "direito jurisprudencial", que já vinha tomando corpo desde as reformas no CPC/73, iniciadas em 2006, implicou em que os precedentes judiciais também tenham eficácia vinculante para os julgadores, de forma a conferir maior segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, em razão da padronização decisória.

A visão do Direito como integridade exige que os julgadores reconheçam o sistema normativo como instituto estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal, aplicando-o nos novos casos que são apresentados, de modo que cada jurisdicionado receba a resposta justa e equânime segundo as mesmas normas [\[1\]](#).

A coerência está ligada à consistência lógica que cada decisão deve manter com casos semelhantes e a integridade, à exigência que os julgadores construam argumentos de modo integrado ao Direito como um todo. Milita, também, em inclusive, a relação fisco-contribuinte.

A efetivação desses pilares conduz à previsibilidade do sistema jurídico e das decisões judiciais, além de lhe imprimir estabilidade, atribuindo maior solidez às decisões e permitindo que o jurisdicionado tenha maior confiança no Poder Judiciário.

O sistema de precedentes determina, como pressuposto essencial, que os julgadores respeitem a eficácia das decisões vinculantes e da *ratio decidendi* que delas emana.

Imperativo a que se vincula, ainda com maior razão, o Supremo Tribunal Federal, que deve atuar para que se estabilize a interpretação das normas constitucionais, assegurando a segurança jurídica.

Nesse contexto, é extremamente relevante que o STF aplique o critério de salvaguardo da segurança jurídica, em face de relevante mudança jurisprudencial, notadamente em face de anterior decisão vinculante em outro sentido, adotado na modulação dos efeitos da decisão do RE nº 574.706.



No momento, os contribuintes aguardam ansiosamente a finalização do julgamento dos embargos de declaração aviados no RE 1.072.485, Tema 985 da repercussão geral. No julgamento do mérito do recurso, o Pleno do STF aprovou a tese: "*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*".

A decisão da inclusão do terço constitucional na base de cálculo das contribuições previdenciárias surpreendeu os contribuintes, tendo em vista a situação da jurisprudência, até então considerada como estabilizada.

Nessa discussão, anteriormente ao julgamento da Suprema Corte o STJ já havia fixado a orientação, na sistemática dos recursos repetitivos, sobre a não inclusão do terço constitucional de férias no salário de contribuição (REsp 1.230.9573, julgado em 26/02/2014). Esse julgado reiterou o entendimento que já era pacificado há mais tempo no tribunal, desde o julgamento da petição 7.605/RJ, em 19/11/2009.

Com a prolação de decisão com efeitos vinculantes, os Tribunais Regionais Federais, corretamente, foram replicando o entendimento nos seus julgados. E, como consequência, os contribuintes que estavam litigando passaram a obter decisões favoráveis, o que, em grande parte das vezes, provocou a suspensão da exigibilidade dos valores relativos à controvérsia.

A convicção, pelos contribuintes, de que a matéria estava definitivamente decidida em seu favor foi reforçada por diversas decisões monocráticas de ministros do STF, no sentido de que a análise específica da natureza de rubricas pagas pelos empregadores seria de índole infraconstitucional [\[2\]](#).

Houve, ainda, um reforço a essa convicção quando o STF, em 5/8/2016, negou repercussão geral à discussão da tributação do terço de férias (RE nº 892.238/RS, Tema 908). A alteração desse posicionamento, com o reconhecimento da repercussão geral, somente ocorreu em 23/2/2018, quando foi aprovado o Tema 985.

A decisão original do STF, de negativa de repercussão geral, levou à edição da nota PGFN/CRJ/981-17, por meio da qual a PGFN autorizou os procuradores não interpirem recurso extraordinário em face de acórdãos que reconhecessem a não inclusão do terço constitucional de férias no salário de contribuição.

A surpresa com a mudança do contexto jurisprudencial e a relevância do tema levaram à oposição de sete embargos de declaração opostos pelo contribuinte e pelos *amicus curiae* nos autos do RE nº 1.072.485; nos quais, entre outras questões, é requerida a modulação dos efeitos da decisão que julgou ser legítima a incidência de contribuição social sobre o terço constitucional de férias, justamente ao argumento de preservação da segurança jurídica.

O contexto da evolução jurisprudencial dos temas julgados nos Recursos Extraordinários nºs 574.706 e 1.072.485 determina que seja aplicada a mesma linha de entendimento com relação à necessidade de modulação dos efeitos das decisões do STF, resguardando a aplicação do entendimento anterior às ações judiciais distribuídas antes de 28/8/2020, quando finalizou o julgamento desse segundo recurso.



A circunstância de haver mudança de entendimento, por parte do STF, em face do decidido anteriormente pelo STJ, a respeito da mesma questão, e com efeitos vinculantes, é comum aos dois casos.

O que, consoante determina o sistema de precedentes estruturado pelo CPC/2015, impõe ao STF que aplique a mesma *ratio decidendi* na avaliação do requerimento de modulação da decisão referente ao terço constitucional de férias.

Caso contrário, restará violado o disposto no §3º do artigo 927 do CPC e a sua determinação de que *"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"*.

O "pode haver" expresso no artigo deve ser interpretado como mandamental, quando se visualiza a vulnerabilização da segurança jurídica, com o risco de injustos prejuízos aos jurisdicionados.

O ministro Gilmar Mendes, no seu voto nos EDs do RE nº 574.706, foi enfático ao consignar que *"em casos tais, a modulação não é uma escolha do juiz, é uma imposição da própria força normativa da Constituição"*.

A manutenção da coerência do entendimento do STF restará preservada, já que a decisão pela modulação dos efeitos da decisão do Tema 985 é a reiteração de entendimento jurídico anteriormente fixado pela corte, quando da modulação do Tema 201 (RE 593.849/MG).

Naquela oportunidade, consignou com acerto o ministro Edson Fachin:

"16 — Embora seja legítima e necessária a mudança de orientação do tribunal, seja por mudança na realidade fática ou na percepção do que seja o melhor direito, a superação de uma linha de precedentes (overruling) deve envolver alguns cuidados. A estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas devem sempre ser levadas em conta na fixação dos efeitos temporais do novo entendimento. Em matéria tributária, particularmente, tenho sustentado que, como regra, a mudança da jurisprudência da Corte equivale verdadeiramente à criação de direito novo e, por tal razão, não pode operar efeitos retroativos"

A previsibilidade das relações jurídicas é valor de primeira grandeza, conforme já reconheceu o STF. Por isso, o sistema de precedentes trabalha em prol da estabilização jurisprudencial, como meio de concretizando da integridade e a coerência do sistema jurídico.

A necessidade de se salvaguardar os efeitos trazidos pela expectativa legítima gerada pela jurisprudência anterior, principalmente quando era razoável ser considerada como estabilizada, vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

Relevantes, a doutrina de Luiz Guilherme Marioni [\[3\]](#):



"Quando os precedentes ou a jurisprudência consolidada são levados a sério, a sua estabilidade requer especial cuidado. Isso porque, como chega a ser intuitivo, a revogação de jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas. Daí por que é imprescindível, na lógica jurídica estribada na autoridade e na obrigatoriedade dos precedentes, atentar para os efeitos da decisão revogadora de precedente ou de jurisprudência consolidada. (...) Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento".

Esse contexto foi levando em contato pelo ministro Alexandre de Moraes no julgamento dos aclaratórios do RE nº 574.706: *"Conquanto a controvérsia no Tema 214 não fosse idêntica à debatida neste leading case, é plausível que o entendimento ali fixado tenha gerado legítima expectativa ao Fisco de que a técnica de tributação adotada para a base de cálculo do PIS e a Cofins permanecia hígida".*

No caso do terço constitucional, a previsibilidade dessa relação tributária foi durante muito tempo direcionada pela evolução jurisprudencial, inclusive via decisão vinculante, pela não inclusão desse valor no salário-de-contribuição. Com base nesse direcionamento dado pelo STJ e também pelo STF, inúmeros contribuintes estruturaram a sua atividade fiscal e, mais, vincularam relevantes valores a medidas judiciais suspensivas da exigibilidade, cuja futura extinção pela coisa julgada favorável era dada como previsível.

Ao fundamentar o seu voto pela modulação de efeitos da decisão sobre a exclusão do ICMS no PIS e na Cofins, a ministra Carmén Lúcia consignou que: *"O planejamento fazendário deu-se dentro de legítimas expectativas traçadas de acordo com a interpretação até então consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede de recurso repetitivo".*

No caso da tributação ou não do terço de férias, o planejamento de milhares de contribuintes também se deu com base na interpretação até então consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede de recurso repetitivo. Não há nada que diferencie as duas situações!

Exigir, por força de uma guinada jurisprudencial, que os contribuintes absorvam deletérios efeitos econômicos e operacionais não se apresenta justo, vez que implicaria na quebra da segurança jurídica e da sua confiança no Judiciário.

Espera-se, assim, que o guardião da lei maior aplique o precedente firmado quando do julgamento do RE nº 574.706, para reconhecer a necessidade de modulação dos efeitos da decisão que declarou legítima a inclusão do terço constitucional de férias no salário de contribuição, para que essa somente se operacionalize após o julgamento do Tema 985, concretizando a segurança jurídica dos contribuintes.

Ou, quando menos, ressalve a situação dos contribuintes que já tinham ingressado no Judiciário anteriormente ao referido julgamento, garantindo-lhes a aplicação do entendimento anteriormente consolidado na jurisprudência, não lhes sendo exigível a tributação do terço constitucional de férias no que se refere a fatos geradores anteriores ao julgamento do RE nº 1.072.485.



[1] DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

[2] "A jurisprudência do Supremo consolidou-se no sentido de ser infraconstitucional a discussão acerca da incidência de tributos baseada na natureza jurídica da verba. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (ARE 954317 AgR, Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016). "Incidência da contribuição previdenciária paga pelo empregado celetista sobre o terço de férias. Alegação de ofensa indireta ou reflexa à Constituição, inviável de ser analisada em recurso extraordinário, por demandar a interpretação de legislação infraconstitucional para aferir sua ocorrência" (Tema 908 – RE 892.238-RG). II – Agravo regimental a que se nega provimento, com Segunda Turma, julgado em 17/02/2017).

[3] MARINONI. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 358.

Date Created

23/09/2021