



Poder Judiciário
Supremo Tribunal Federal

Recibo de Petição Eletrônica

Petição	21875/2018
Processo	RE 718874
Tipo de pedido	Manifestação
Relação de Peças	1 - Petição de apresentação de manifestação Assinado por: IGOR MAULER SANTIAGO 2 - Documentos comprobatórios Assinado por: IGOR MAULER SANTIAGO
Data/Hora do Envio	17/04/2018 às 12:49:07
Enviado por	IGOR MAULER SANTIAGO (CPF: 517.266.883-72)

Impresso por: 517.266.883-72 PE 718874
Em: 17/04/2018 12:50:12

EXMA. SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, PRESIDENTE DO COLENDO STF.

Referência: EDcl. no RE nº 718.874/RS.

ABIEC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS EXPORTADORAS DE CARNES, nos autos em tela, em que atua como **AMICA CURIAE**, vem perante V. Exa., por seus advogados que esta subscrevem, nos termos do art. 13, VII, do RISTF, suscitar **QUESTÃO DE ORDEM** quanto ao quórum necessário para a modulação dos efeitos temporais do v. acórdão que proveu o recurso extraordinário da **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**, conforme requerido nos embargos de declaração, nos termos que se seguem.

1. O OBJETO DA QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão que proveu o extraordinário da União para validar a exigência de FUNRURAL dos empregadores rurais pessoas físicas após a Lei nº 10.256/2001.

No recurso se pede – no que toca à presente questão de ordem – a modulação dos efeitos temporais do acórdão, tendo em conta o insuportável impacto econômico e social da sua aplicação retroativa.

O pleito arrima-se nos seguintes fundamentos jurídicos, invocados de forma sucessiva:

1) alteração da jurisprudência do STF quanto à inconstitucionalidade dos incisos I e II do art. 25 da Lei nº 8.212/91 (na redação das Leis nº 8.540/92 e 9.528/97). Com efeito, primeiro a Corte os declarou inconstitucionais *tout court* (RREE nº 363.852/MG e 596.177-RG/RS), e no acórdão embargado o fez sem redução de texto, modificando claramente a posição anterior, que chegara a ser refletida em **duas decisões transitadas em julgado** do Tribunal (2ª Turma, ARE nº 691.393 AgR/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 02.12.2013; e decisão singular da Min CÁRMEN LÚCIA no RE nº 688.184/RS, DJe 10.08.2012); e

2) caso não se reconheça a inovação jurisprudencial: aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que se demonstrou (i) ser cabível mesmo no controle difuso e diante de declaração de constitucionalidade (ii) ser aplicável ao caso dos autos, dada – no mínimo – a legítima expectativa de continuidade que a jurisprudência anterior inspirara nos destinatários do tributo.

A presente questão de ordem refere-se unicamente ao fundamento jurídico principal (alteração da jurisprudência), pois para o sucessivo (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social) a exigência do quórum de oito votos decorre da literalidade do comando legal ali invocado.

2. DO DIREITO

A modulação de efeitos temporais de decisões que alteram a sua jurisprudência é de há muito admitida pelo STF. Exemplo disso são o CC nº 7.204/MG (Pleno, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe 09.12.2005) e o MS nº 26.602/DF (Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 17.10.2008). Tal hipótese veio finalmente positivada no CPC/2015:

“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.”

Ao contrário do art. 27 da Lei nº 9.868/99, o comando legal em tela – que lhe é dezesseis anos posterior, a demonstrar que o silêncio é eloquente, e não fruto de desídia – não exigiu quórum qualificado para a modulação.

O tema tem sido discutido nesta Corte, mas nunca chegou a ser decidido, tendo sempre ficado prejudicado por razões de outra ordem.

No RE nº 723.651-RG/PR (Pleno, Min. MARCO AURÉLIO, DJe 04.08.2016), em que o STF abandonou o entendimento pela não incidência de IPI na importação de veículos para uso próprio, os Min. ROBERTO BARROSO, CELSO DE MELLO e GILMAR MENDES defenderam a maioria absoluta, mas o debate perdeu o objeto pela prolação de sete votos contra a modulação. Eis os trechos relevantes das manifestações dos mencionados Ministros:

“O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Exatamente, porque, no caso do art. 27, há uma declaração de inconstitucionalidade. Portanto, não dar efeitos retroativos é uma situação excepcional, porque, tendo declarado a inconstitucionalidade, o Tribunal vai admitir que o ato inconstitucional produza efeitos válidos; é tão excepcional que o art. 27 exige o quórum de 2/3. Porém, quando a modulação se dê fora de situações de

declaração de inconstitucionalidade, eu acho que aplica-se a regra da maioria absoluta.”

“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – Também eu partilho dessa posição, pois entendo que, fora das hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, a eficácia prospectiva poderá ser determinada por maioria absoluta.”

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (...) Por isso, quando discutimos esse tema no precedente referido agora pelo ministro Celso, pareceu-me que era de se encaminhar a solução neste sentido de ficar com a restrição legal aplicável tão somente aos casos de declaração de inconstitucionalidade. E, claro, nós estamos a perceber que inclusive essa modulação de efeitos terá sempre a possibilidade de ser aplicada nos casos de mudança de uma jurisprudência vetusta, de uma jurisprudência pacificada.

(...)

Mas estou fazendo apenas uma consideração em suporte ao posicionamento já aqui trazido pelo ministro Barroso e agora pelo ministro Celso de Mello.”

Nos EDcl. no RE nº 377.457-RG/PR (Pleno, Rel. para o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 19.06.2017), em que a Corte passou a admitir e resolveu a polêmica sobre a isenção da COFINS das sociedades de profissões regulamentadas, a questão não foi decidida visto ter o pedido de modulação – embora atinente a uma hipótese de modificação jurisprudencial – sido formulado com base no art. 27 da Lei nº 9.868/99, o que impediria o seu afastamento.

Mas a tese da maioria absoluta foi sufragada pelos Ministros ROSA WEBER, LUIZ FUX e GILMAR MENDES. É conferir:

“A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) – (...)

Trata-se, na minha ótica, de hipóteses fundamentalmente distintas (i) a concessão de efeitos prospectivos a decisão judicial que traduza mudança da orientação jurisprudencial, independente da ocorrência de alteração significativa das normas objeto ou parâmetro de controle – prospective overruling – e (ii) a concessão de efeitos prospectivos a decisão da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, quer ou não se verifique a mudança de jurisprudência. O art. 27 da Lei nº 9.868/1999 rege essa segunda hipótese, mas não a primeira. (...)

Tal entendimento foi incorporado pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ao positivar, no art. 927, §§ 3º e 4º, a modulação dos efeitos das decisões dos tribunais nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou da oriunda do julgamento de casos repetitivos, sem fazer alusão alguma a quórum especial: (...)”

“O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Então, como nós estamos julgando agora, eu suponho que esses embargos sejam recentes, eu queria trazer à colação esse dispositivo, onde não se exige quórum, mas se imaginou o que se denomina de prospective overruling, ou seja, daqui para a frente tudo vai ser diferente. Então, repito só a redação do parágrafo 3º: (...)”

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Rejeito os embargos, com vênia da Relatora, ressaltando a importância do voto trazido, quanto à aplicação da modulação em matérias em que tenha havido mudança de jurisprudência. Mas, isso, teremos de discutir oportunamente.”

Não há melhor oportunidade para retomar-se a discussão.

Além dos eruditos votos acima referidos e da doutrina já existente sobre o tema – uns e outra de conhecimento de V. Exas. – a Requerente pede vênia para invocar o parecer elaborado pelo Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO em favor do Conselho Federal da OAB e anexado aos autos do RE nº 377.457-RG/PR (**doc. nº 01**):

“Ou seja: ao contrário do que ocorre com a modulação temporal no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a eficácia prospectiva postulada aqui não implica paralisação parcial da eficácia de uma norma constitucional. O que ocorre, a rigor, é justamente o oposto. Na realidade, a modulação aqui decorre de forma direta, e necessária, da incidência de normas constitucionais, como a irretroatividade tributária e a proteção da confiança e da boa-fé. Isto é: não se mantém a vigência de um ato inválido, mas evita-se uma inconstitucionalidade. Não faz sentido, portanto, aplicar à hipótese o quórum especial de dois terços: a modulação, no caso concreto, insere-se no âmbito da atuação ordinária do STF como guardião da Constituição. Ainda mais quando para a própria declaração de inconstitucionalidade a Carta de 1988 definiu o quórum de maioria absoluta.”

3. DO PEDIDO.

Diante do exposto, pede-se que a presente questão de ordem seja conhecida e provida, para definir-se que é de maioria absoluta o quórum para a modulação dos efeitos de acórdão que altera a jurisprudência anterior desta Corte, e para que este quórum seja aplicado à hipótese dos autos, caso seja acolhido o primeiro fundamento jurídico dos embargos de declaração (alteração jurisprudencial sobre a constitucionalidade do art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, na redação das Leis nº 8.540/92 e 9.528/97).

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 17 de abril de 2018.



IGOR MAULER SANTIAGO
OAB/DF nº 20.112



MARCO ANTONIO CINTRA GOUVEIA
OAB/SP nº 331.887

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DE DECISÃO QUE ALTERA JURISPRUDÊNCIA
CONSOLIDADA. QUORUM DE DELIBERAÇÃO.**

COFINS sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais. Atribuição de efeitos prospectivos à decisão do STF que modificou orientação sumulada pelo STJ. Necessidade de maioria absoluta. Inaplicabilidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99, e do quorum qualificado de dois terços nele previsto. Minuta de razões para revisão da orientação adotada.

As razões que se seguem foram elaboradas por solicitação do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Cezar Britto. Tendo em vista não ter sido ainda definida a via processual em que serão utilizadas, o formato adotado é o de postulação judicial genérica, sem enquadramento em um determinado recurso ou petição. O tema discutido, embora subjacente a alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, jamais foi objeto de pronunciamento específico e destacado da Corte.

1. Na sessão do último dia 17.09.08, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão nos RE's 377457/PR e 381964/MG no sentido de que a COFINS deve incidir sobre as sociedades prestadoras de serviços profissionais. Após concluído o julgamento quanto ao mérito, o Tribunal passou a analisar a pertinência da modulação temporal dos efeitos da decisão que acabara de proferir. O motivo para tal deliberação era o fato de que, até então, vigorara por muitos anos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido diverso. Tal entendimento, inclusive, encontrava-se consolidado em súmula. Ausente justificadamente a Ministra Ellen Gracie, cinco Ministros votaram no sentido de deferir a modulação e cinco em sentido oposto. Nada obstante o empate, a Corte concluiu que a modulação teria sido rejeitada, por

considerar aplicável à hipótese o *quorum* previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 (“maioria de dois terços de seus membros”). A seguir procura-se demonstrar que o dispositivo legal invocado – e, conseqüentemente, o *quorum* qualificado nele contemplado – não se aplica ao caso.

2. Na linha da jurisprudência do STF, a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial pode ocorrer em quatro hipóteses: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta¹; b) declaração incidental de inconstitucionalidade²; c) declaração de constitucionalidade em abstrato³; e d) mudança de jurisprudência. A hipótese dos autos é, sem dúvida, esta última: mudança de jurisprudência. Precedentes emblemáticos e recentes do emprego da modulação temporal em tais casos, como se sabe, foram a mudança de entendimento da Corte relativamente (i) à competência para ações acidentárias, que passou da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho⁴; e (ii) ao regime de fidelidade partidária⁵.

¹ Este é o único caso que tem previsão legal expressa (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes: v. STF, ADI 2.240/BA, ADI 3.316/MT e ADI 3.489/SC, todas da relatoria do Min. Eros Grau e publicadas no *DJU*, em 17.mai.2007. A hipótese tratada nas decisões era de criação de Município sem observância dos requisitos constitucionais.

² Esta é a hipótese que conta com os precedentes mais antigos: v. STF, *DJU* 8.abr.1994, RE 122202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek (vantagem inconstitucional percebida de boa-fé por magistrados). Na jurisprudência mais recente, v. *DJU* 1º.set.2006, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, envolvendo a declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime em caso de crime hediondo, sem efeitos retroativos.

³ Tal espécie de modulação temporal, ainda mais excepcional, foi aplicada por esse Eg. STF na ADI 3756/DF (STF, *DJU* 23.nov.2007, ED na ADI 3756/DF, Rel. Min. Carlos Britto). Na hipótese, o Plenário julgou improcedente a ação direta, declarando, portanto, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que aproximaram o regime fiscal do Distrito Federal àquele aplicável aos Estados-membros da Federação. Posteriormente, em sede de embargos de declaração, essa Eg. Corte houve por bem modular os efeitos da decisão “*para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC nº 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal*”. Na prática, a decisão permitiu que o Distrito Federal empregasse 6% de sua receita corrente líquida com despesas de pessoal no Poder Legislativo – regra aplicável aos Municípios – até oito meses após a publicação da ata de julgamento da ADI.

⁴ STF, *DJU* 09.dez.2005, CC 7204/MG, Rel. Min. Carlos Britto: “O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”

⁵ STF, *DJU* 03.out.2008, MS 26604/DF, Rel^a. Min^a Cármen Lúcia: “(...) 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito

3. Pois bem. **Em se tratando de modulação por mudança de jurisprudência, *data maxima venia*, não há que se falar na aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e, por consequência, no *quorum* de dois terços nele previsto.** Com efeito, o dispositivo invocado versa sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferida em abstrato pelo STF. No presente caso, porém, – e o ponto dispensa maiores considerações – em momento algum se pronunciou a inconstitucionalidade de lei. Ao revés, o entendimento dessa Eg. Corte quanto ao mérito, em última análise, foi no sentido da validade da alteração produzida pela Lei nº 9.430/96⁶.

4. Nesse contexto, o pedido de modulação dos efeitos da decisão não se fundamenta no art. 27, da Lei nº 9.868/99, mas diretamente na regra constitucional da irretroatividade da norma tributária (CF, art. 150, III), e nos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé, todos corolários do sobreprincípio da segurança jurídica⁷. A tese é a seguinte: a decisão desse Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que as sociedades profissionais não gozam de isenção da COFINS caracteriza *norma tributária nova* (no sentido de texto normativo interpretado), uma vez que há 5 (cinco) anos o Superior Tribunal de Justiça editou e vinha aplicando normalmente sua Súmula 276,

de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007”.

⁶ Vale registrar, apenas por excesso de zelo, que a inaplicabilidade do dispositivo não impede a utilização da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão. Como se sabe, e bem expressa o dispositivo legal, a modulação, no mais das vezes, é o resultado da incidência do princípio constitucional da segurança jurídica e seus subprincípios a um determinado caso concreto. Em outras palavras, ela é decorrência de um juízo de ponderação em que prevalecem os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança legítima e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional. Assim, na realidade, a modulação independe de autorização legal, decorrendo diretamente das normas constitucionais que preservam a segurança jurídica. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal já aplicava a técnica antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99. Assim se passou, por exemplo, no caso de magistrados que haviam recebido, de boa fé, vantagem pecuniária declarada inconstitucional: a remuneração foi interrompida, mas não foram eles obrigados a devolvê-la (STF, *DJU* 8.abr.1994, RE 122202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek). Ou no da penhora realizada por oficial de justiça cuja lei de investidura foi considerada inconstitucional, sem que o ato praticado na condição de funcionário de fato fosse invalidado (STF, *DJU* 04.nov.1974, RE 78594/SP, Rel. Min. Bilac Pinto). De igual sorte, o Superior Tribunal de Justiça entende que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não desfaz, automaticamente, as decisões proferidas em casos individuais e já transitadas em julgado (STJ, *DJU* 30.nov.1998, REsp 140947/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; STJ, *DJU* 18.jun.2001, AR 1365/SC, Rel. Min. J. Arnaldo).

⁷ Sobre o conceito de sobreprincípio, confira-se Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, p. 78-80.

segundo a qual as referidas sociedades eram isentas da COFINS⁸. Em se tratando de *norma* nova, somente poderia ser aplicada prospectivamente, por força da regra e dos princípios constitucionais mencionados acima.

5. Como se pode perceber, portanto, trata-se de espécie diversa de modulação dos efeitos, à qual não se aplica o art. 27, da Lei nº 9.868/99, que, como visto, exige prévia declaração de inconstitucionalidade. **A distinção entre as hipóteses de modulação, bem como a inaplicabilidade do art. 27, da Lei nº 9.868/99 à modulação que decorre da mudança de jurisprudência, foram objeto de referência expressa no julgamento do RE 370682/PR⁹. Confirmam-se, adiante, os registros feitos pelos Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, respectivamente:**

“Desde já, gostaria de ressaltar que comungo das preocupações doutrinárias manifestadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente quanto à questão da prospectividade. E aí não se trata de aplicação do art. 27, conforme Sua Excelência deixou bem claro. O Tribunal tem dado mostras, em larguíssima jurisprudência, no caso de eventual revisão de interpretação constitucional ou, ocasionalmente, de revisão de interpretação de caráter legal.

É claro, Sua Excelência valeu-se do argumento do art. 27 – também os requerentes da questão de ordem o fizeram –, por se tratar, até, de arrimo hoje auto-evidente, uma vez que vem sendo aceito e praticado pelo Tribunal. Mas sua Excelência deixou bem claro que se tratava de uma interpretação. E nesse sentido o Tribunal tem acolhido essa orientação. (...)

Entendo, portanto, legítimas as premissas teóricas suscitadas no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski que, como já se demonstrou, não cuidou de aplicar o art. 27, mas de aplicar, entendendo ele que existia, sim, uma mudança de entendimento, a prospectividade em nome da segurança jurídica” (negrito acrescentado).

“Quanto ao tema, nada teria a acrescentar, apenas duas ou três

⁸ Súmula 276 do STJ: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”.

⁹ Tratava-se, como se sabe, de atribuir efeitos prospectivos à decisão dessa Eg. Corte, que, alterando sua jurisprudência, entendeu que os contribuintes não tinham direito ao creditamento de IPI em decorrência da entrada de insumos sujeitos à alíquota zero. Na ocasião, a proposta de modulação foi rejeitada porque esse Eg. STF entendeu que a orientação anterior não poderia ser considerada jurisprudência consolidada a respeito do tema.

observações. Uma, que o caso não é do art. 27 nem sequer dos velhos precedentes que negaram efeitos retroativos ex tunc às declarações, em tese, da inconstitucionalidade de lei. (...)

O caso alegado é de virada jurisprudencial, que deu margem a trabalhos, a pareceres notáveis, a partir dos primeiros surgidos – e, a que pode dar atenção integral, do Professor Luís Roberto Barroso e do Professor Ives Gandra.

A questão é da maior relevância, como mostra a introdução doutrinária do voto bem articulado do eminente Ministro Ricardo Lewandowski” (negrito acrescentado).

6. Em suma: o art. 27 da Lei nº 9.868/99 simplesmente não se aplica ao caso. E veja-se que sequer se poderia cogitar de sua aplicação analógica. As circunstâncias apontadas como capazes de justificar o *quorum* qualificado de que trata o art. 27 claramente não estão presentes na hipótese. Como se sabe, a declaração da inconstitucionalidade – e é disso que trata o dispositivo – tem por consequência normal o desfazimento dos efeitos produzidos pelo ato viciado. A idéia é simples: o oposto significaria admitir que, em algum momento, a Constituição teria deixado de ser aplicada. Nada obstante isso, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de atenuar, em certos casos, o dogma da nulidade, já que a reversão de certas situações pode se mostrar impossível ou excessivamente gravosa, vulnerando a segurança jurídica, que também é protegida pela Constituição. Nessa linha, admite-se que os tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, possam restringir os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, preservando consequências já produzidas.

7. Nesse contexto, a doutrina aponta dois aspectos específicos que justificariam a exigência do *quorum* qualificado. Em *primeiro* lugar, está-se diante de uma ponderação entre a norma constitucional violada pela lei ou ato normativo declarado inválido e a segurança jurídica, de modo que, se esta houver de prevalecer, modulam-se os efeitos da decisão. Na prática, essa modulação implica um congelamento parcial da eficácia da norma constitucional violada, que deixa de produzir um de seus efeitos normais por algum tempo, a saber: a nulidade do ato que a ofendeu. Trata-se, portanto, de medida grave, que justificaria a exigência de um *quorum* mais elevado.

8. Além disso, e em *segundo* lugar, a decisão que preserva efeitos de lei ou ato normativo declarado inconstitucional o faz, não apenas com fundamento na

segurança jurídica, mas também tendo em vista razões de *excepcional interesse social*. Ademais, tal decisão é dotada de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante (Lei nº 9.868/99, art. 27). Veja-se, então, que pronunciamento dessa natureza pode envolver avaliações que não são puramente jurídicas, mas também de política judiciária, tendo em conta as repercussões práticas que pode produzir em relação à sociedade e à Administração. É compreensível que uma Corte Constitucional desfrute de tal competência e, nesse ambiente, o *quorum* de dois terços de que trata a Lei nº 9.868/99 não seria fora de propósito¹⁰.

9. Ocorre que nenhuma das circunstâncias referidas acima está presente no caso aqui em discussão. O que o STF fez foi modificar o entendimento vigente acerca de matéria tributária, estabelecendo uma nova *norma* sobre o tema. E norma, consoante a dogmática jurídica contemporânea, não se confunde com *enunciado normativo*. Enquanto este é o relato abstrato constante do diploma legal, aquela é o produto da interação entre enunciado e realidade fática¹¹. O ponto é especialmente saliente quando se leva em conta que, sobre o tema, havia Súmula do STJ – órgão de cúpula e de uniformização de jurisprudência. E essa nova norma – isto é: o novo entendimento da Corte sobre o tema – incrementa a obrigação fiscal a cargo dos contribuintes, a ela se aplicando, como não poderia deixar de ser, a regra constitucional da irretroatividade tributária¹². A mesma

¹⁰ Ressalvo minha posição pessoal de que dificilmente o quorum de dois terços resiste ao teste de constitucionalidade. É que a modulação dos efeitos temporais NÃO excepciona o princípio da supremacia da Constituição que, por ser um pilar lógico do sistema de controle de constitucionalidade, não pode ser flexibilizado. A modulação se dá dentro do sistema e envolve a ponderação entre dois conjuntos de normas constitucionais: a) as que tenham sido eventualmente violadas pela norma infraconstitucional em questão; e b) as que procuram preservar os efeitos já produzidos pela referida norma infraconstitucional. De um lado, por exemplo, poderão estar a regra do concurso público ou a da iniciativa do Executivo; e, de outro, a boa-fé ou a moralidade administrativa. Como não existe hierarquia entre normas constitucionais, a ponderação tem que ser feita pelo Tribunal sem imposição prévia de quorum, em um sentido ou noutro. Do contrário, se estaria atribuindo maior valor a uma norma constitucional do que a outra. V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2008. Sobre a supremacia da Constituição como um “postulado” do sistema, insuscetível de ponderação, v. Ana Paula Ávila, *Determinação dos efeitos do controle de constitucionalidade: possibilidades e limites*, 2002, mimeografado, projeto de tese de doutoramento apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹¹ V. por todos, Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 2002, p. 17: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. (...) O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais [Zagrebelsky]”.

¹² V. Misabel Abreu Machado Derzi, comentário ao art. 146 do CTN. In: Carlos Valder do Nascimento (org.), *Comentários ao Código Tributário Nacional*, 1998, p. 387-8: “Como já realçamos, o princípio da

solução se impõe, ainda, por incidência da proteção da confiança e da boa-fé, que se dirigem de forma específica à Administração Pública e ao Poder Judiciário¹³.

10. Ou seja: ao contrário do que ocorre com a modulação temporal no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, **a eficácia prospectiva postulada aqui não implica paralisação parcial da eficácia de uma norma constitucional. O que ocorre, a rigor, é justamente o oposto. Na realidade, a modulação aqui decorre de forma direta, e necessária, da incidência de normas constitucionais, como a irretroatividade tributária e a proteção da confiança e da boa-fé. Isto é: não se mantém a vigência de um ato inválido, mas evita-se uma inconstitucionalidade.** Não faz sentido, portanto, aplicar à hipótese o *quorum* especial de dois terços: a modulação, no caso concreto, insere-se no âmbito da atuação ordinária do STF como guardião da Constituição¹⁴. Ainda mais quando para a própria declaração de inconstitucionalidade a Carta de 1988 definiu o *quorum* de maioria absoluta.

11. Antes de concluir, uma última nota. Uma crítica que se formula à exigência de *quorum* qualificado prevista pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99 – regra que, aliás, não conta com paralelo em outros países¹⁵ – é a de que o legislador teria

irretroatividade (do direito) não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os Tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo a se desviarem da prática até então utilizada, e na qual o contribuinte tinha confiado".

¹³ Nesse sentido, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2000, p. 85. A respeito da aplicação do princípio no âmbito do Poder Judiciário, confira-se: STJ, *DJU* 27.mar.2000, REsp 227940/AL, Rel. Min. Jorge Scartezini: "O Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas".

¹⁴ Tanto é assim que mesmo no direito norte-americano, é possível a modulação temporal. Nesse sentido, v. STF, *DJU* 15.abr.2004, MC na AC 189-7/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes: "No direito americano, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*)".

¹⁵ Não há registro de exigência de quórum qualificado na Alemanha, Estados Unidos, Espanha, Portugal, Itália e Colômbia, países em que se utiliza da técnica da modulação temporal dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

hierarquizado normas constitucionais invalidamente¹⁶. Isso porque, ao exigir dois terços dos votos para que a modulação seja autorizada, o dispositivo criaria uma preferência em abstrato em favor da disposição constitucional violada pela lei ou ato normativo declarado inválido pelo STF, em detrimento de outras disposições igualmente constitucionais que podem exigir a modulação no caso concreto, como, *e.g.*, a segurança jurídica. Caberia à Corte, diante das circunstâncias concretas e por sua maioria absoluta, como se passa em qualquer outra deliberação, apreciar a preferência e o peso que deve ser atribuído aos diferentes elementos constitucionais eventualmente em confronto em cada caso.

12. Pois bem. Se a crítica referida é razoável – e ela apenas diz respeito a hipóteses às quais o art. 27 é aplicável (isto é: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) –, que se dirá da exigência do *quorum* qualificado em hipótese que sequer confronta dois conjuntos de normas constitucionais? Na realidade, o confronto no caso aqui em discussão é muito mais singelo: de um lado, há duas interpretações diversas de uma mesma lei ordinária que se sucedem no tempo; e, de outro, tem-se a regra constitucional da irretroatividade tributária e os princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé. A exigência de *quorum* qualificado no presente caso, subvertendo toda a lógica do direito constitucional contemporâneo, acaba por atribuir preferência, em abstrato, a uma específica e nova interpretação da ordem infraconstitucional, e isso em detrimento de regra constitucional que veicula garantia fundamental dos contribuintes (a irretroatividade tributária¹⁷) e de vários princípios constitucionais.

¹⁶ V. Nota 10 acima. Confira-se, a respeito da discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo, Luís Roberto Barroso, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2008, p. 200: “A propósito do art. 27 da Lei nº 9.868/99, é possível, ainda, proceder a uma leitura singular, porém bastante razoável, do dispositivo. Dele se pode extrair um caráter limitador da competência do Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, para que a corte possa decidir a ponderação de valores em favor da proteção dos efeitos da norma declarada inconstitucional – negando, assim, eficácia *ex tunc* à decisão – passou a ser necessário o quorum de dois terços de seus membros. À vista dessa interpretação, coloca-se a questão da legitimidade ou não de o legislador infraconstitucional estabelecer uma preferência abstrata em favor de um dos valores constitucionais em disputa”.

¹⁷ A regra da irretroatividade da norma tributária, constante do art. 150, III, *b*, da Constituição Federal, é garantia fundamental dos contribuintes e, portanto, cláusula pétrea, como reconhecido por essa Eg. Corte, no julgamento da ADI 939/DF: “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada,

13. É por essas razões que o suplicante pede seja sanado o erro material apontado, a fim de constar, em vez da rejeição do pedido de modulação, a suspensão do julgamento dos RE's 377457/PR e 381964/MG para que se aguarde o voto de desempate da Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 22 de outubro de 2008

Luís Roberto Barroso

incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); (...) 3. Em conseqüência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993" (STF, *DJU* 18.mar.1994, Rel. Min. Sydney Sanches).