



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER**  
**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**MEMORIAL DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL**

**Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 377.457**



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

**I - RESUMO DA DEMANDA:**

Essa Suprema Corte, ao julgar o presente Recurso Extraordinário (o que fez em conjunto com o RE nº 381964), decidiu que a COFINS deve, sim, incidir sobre as sociedades prestadoras de serviços profissionais e, ao fazê-lo, conferiu interpretação diametralmente oposta àquela interpretação já consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, expressa no Enunciado de sua Súmula nº 276.

Diante desse quadro, essa Excelsa Corte se debruçou sobre outro problema: a modulação – ou não – dos efeitos dessa decisão. Tratava-se de decidir se esse novo modo de ver as coisas teria aplicabilidade retroativa ou se estariam presentes os requisitos que admitem, excepcionalmente, a sua aplicabilidade com eficácia apenas *ex nunc*.

No Acórdão ora objeto de Embargos de Declaração, cinco Ministros votaram pela modulação dos efeitos da decisão, enquanto cinco outros Ministros a negaram.

A Eminente Ministra Ellen Gracie, justificadamente, não participou da assentada, com o que se concluiu pela recusa da modulação, considerando-se o quorum de dois terços dos membros previsto no Art. 27 da Lei nº 9.868/99.

No entanto, esse quorum não tem aplicabilidade ao caso. É o que ora Embargante (que integra o processo na condição de assistente) tentará demonstrar, doravante, com base em parecer elaborado pelo **PROFESSOR LUÍS ROBERTO BARROSO** (cópia anexa), a pedido do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sustenta o Prof. **LUÍS ROBERTO BARROSO**:

*“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 direta; b) declaração incidental de inconstitucionalidade; c) declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) mudança de jurisprudência. Precedentes emblemáticos e recentes do emprego da modulação temporal em tais casos, como se sabe, foram a mudança do entendimento da Corte relativamente (i) à competência para ações acidentárias, que passou da Justiça Estadual à Justiça do Trabalho; e (ii) ao regime de fidelidade partidária.*

*Pois bem. Em se tratando de modulação por mudança de jurisprudência, data máxima venia, não há que se falar na aplicação*



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

**do art. 27 da Lei 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 9.430/96.**

Como não houve, no presente caso, declaração de inconstitucionalidade de lei, não incide o comando normativo do Art. 27 da Lei nº 9.868/99 e, em consequência, não se exige o *quorum* qualificado de dois terços de votos favoráveis à modulação.

O Professor LUÍS ROBERTO BARROSO bem explica, portanto, que a modulação dos efeitos da decisão, no presente caso, é fundamentada “(...) 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 jurídica”.

A seguir, esclarece BARROSO:

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

***Como se pode perceber, portanto, trata-se de espécie diversa de modulação de efeitos, à qual não se aplica o art. 27, da Lei nº 9.868/99, que, como visto, exige prévia declaração de inconstitucionalidade.”***

Em seguida, BARROSO aponta que essa diferenciação entre as hipóteses de modulação dos efeitos, assim como a inaplicabilidade do Art. 27 da Lei nº 9.868/99 à modulação de efeitos que decorre da mudança de jurisprudência, foram expressamente referenciadas pela Corte, no julgamento do RE 370.682/PR.

Com efeito, são aspectos diversos a declaração formal de inconstitucionalidade de lei/ato normativo vigente e a mudança de orientação jurisprudencial sobre determinado tema jurídico.



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

A primeira, bem sabe V. Exa., implica o reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição, daí porque, em nome do primado da supremacia da Constituição rígida, possui, em regra, eficácia retroativa, justificando-se a imposição de rigorosos critérios para a restrição dos efeitos de uma tal decisão. Dentre esses rigorosos critérios está o *quorum* qualificado a que alude o Art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Todavia, tais fundamentos não estão presentes no caso em exame, sendo essa a perfeita explicação do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO:

*“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 fática. 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 cargos dos contribuintes, a ela se aplicando, como não poderia deixar de ser, a regra constitucional da irretroatividade tributária. A mesma 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 Judiciário. 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 Constituição. Ainda mais quando para a própria declaração de inconstitucionalidade a Carta de 1988 definiu o quorum de maioria absoluta.”*

Não se desconhece que o Plenário dessa Suprema Corte, ao apreciar o RE nº 586.453, no qual se discutia a competência da Justiça Comum ou da Justiça do Trabalho para julgar os casos com o fito de obter complementação de aposentadoria contra entidade de previdência privada, em



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

questão de ordem, deliberando sobre a modulação dos efeitos da decisão, entendeu, por maioria de votos, que o art. 27 da Lei 9.868/99 se aplica aos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Contudo, vale lembrar que, naquele caso, a controvérsia jurídica cingiu-se em analisar se, por conta dos efeitos da decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral, com eficácia expansiva além das partes, haveria ou não a necessidade de aplicação do quorum previsto no aludido dispositivo legal. Em outras palavras, a pergunta era se, ao transplantar a técnica da modulação para o regime difuso, deveria ou não esta ser adotada na sua integralidade.

A corrente que acabou prevalecendo, inaugurada pelo eminente Min. Teori Zavascki, acompanhado pelo voto de V. Exa, foi no sentido de que “*a repercussão geral tem esse efeito objetivo, e a modulação relativamente a outros casos depende de 2/3.*”. Por outro lado, a tese vencida, sustentada pelo ilustre Min. Dias Toffoli, era de que o quorum exigido de 2/3 apenas seria aplicado na hipótese de súmula vinculante ou ações diretas, eis que em tais casos as decisões vinculam também a Administração Pública, não só o Poder Judiciário.

Como se vê, portanto, não foi abordada naquele caso a questão central ora discutida, qual seja: nos casos em que não há declaração de inconstitucionalidade de lei, não incide o comando normativo do art. 27 da Lei nº 9.868/99, independente de ter repercussão geral reconhecida.

Antes de concluir, BARROSO expõe - com o brilhantismo habitual - as críticas que a imposição do *quorum* de dois terços sofre, por tomar antecipadamente partido do princípio da supremacia da Constituição em detrimento da ponderação que se possa fazer diante de eventual colisão com outros princípios de igual dignidade constitucional, como o da segurança jurídica, críticas essas que com mais razão poderiam ser lançadas à exigência desse *quorum* em casos como o presente, em que não houve declaração de inconstitucionalidade e sim mudança de orientação jurisprudencial:

***“Uma crítica que se formula à exigência de quorum qualificado previsto pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99 – regra que, aliás, não conta com paralelo em outros países – é a de que o legislador teria hierarquizado normas constitucionais indevidamente. 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***



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

***peso que deve ser atribuído aos diferentes elementos constitucionais eventualmente em confronto em cada caso.***

***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 tributária) e de vários princípios constitucionais.”***

O Professor LUÍS ROBERTO BARROSO conclui o seu Parecer afirmando que houve, portanto, erro material cuja correção se pleiteia por meio dos embargos: *“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 377.457/PR e 381964/MG para que se aguarde o voto de desempate da Ministra Ellen Gracie.”*

Vale lembrar, por oportuno, que no Acórdão ora objeto de Embargos de Declaração, em sessão ocorrida nos idos de 2008, cinco Ministros votaram pela modulação dos efeitos da decisão (Senhores Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Lewandowski e Carlos Britto) enquanto cinco outros Ministros a negaram (Senhores Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia). Dos dez Ministros presentes àquela sessão, apenas seis ainda integram a Corte hodiernamente, de modo que V. Exa, além dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Teori Zavascki e Roberto Barroso não se manifestaram sobre a aplicação ou não da modulação ao caso concreto.

Ademais, esse Excelso STF já reconheceu a possibilidade de modulação de efeitos por meio de Embargos de Declaração, vejamos:



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

**EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 500.171 GOIÁS**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**EMBE.(S)** : **UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS - UFGO**  
**ADV.(A/S)** : **PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**  
**EMBDO.(A/S)** : **MARCOS ALVES LOPES E OUTRO(A/S)**  
**ADV.(A/S)** : **FERNANDO AUGUSTO SENA RODRIGUES**

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.**

I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrução processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário.

II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico.

III – Embargos de declaração acolhidos.

Tudo isso posto, o **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil** (admitido no processo na condição de assistente) **requer sejam conhecidos e providos os presentes Declaratórios, para o fim de ser reconhecido o erro material na exigência do *quorum* de dois terços para modulação dos efeitos da decisão tomada, fazendo constar do acórdão, ao invés de rejeição do pedido de modulação, a suspensão do julgamento do Recurso Extraordinário para que seja aguardado o voto de V. Exa.**

**Prosseguindo-se no julgamento, e uma vez sanado o erro material indicado, requer seja admitida a possibilidade de modulação dos efeitos do v. Acórdão a partir do julgamento ocorrido no Pleno (17/09/2008).**

Brasília, 30 de outubro de 2013.

**Marcus Vinicius Furtado Coêlho**  
Presidente do Conselho Federal da OAB

**Claudio Pacheco Prates Lamachia**  
Vice-Presidente do Conselho Federal da OAB

**Luiz Gustavo A. S. Bichara**  
Procurador Especial Tributário do Conselho Federal da OAB