

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**O TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL: UM ESTUDO DE CASO DA  
MODULAÇÃO DOS EFEITOS ADOTADA PELO SUPREMO**

**MANUELLA PEIXOTO RIBAMAR SILVA**

**RIO DE JANEIRO  
2022**

**MANUELLA PEIXOTO RIBAMAR SILVA**

**O TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL: UM ESTUDO DE CASO DA  
MODULAÇÃO DE EFEITOS ADOTADA PELO SUPREMO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Vanessa Huckleberry Portella Siqueira**.

**RIO DE JANEIRO  
2022**

## CIP - Catalogação na Publicação

P379t Peixoto Ribamar Silva, Manuella  
O TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL: UM ESTUDO DE CASO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS ADOTADA PELO SUPREMO / Manuella Peixoto Ribamar Silva. -- Rio de Janeiro, 2022.  
66 f.

Orientadora: Vanessa Huckleberry Portella Siqueira.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Tributário. 2. Modulação de Efeitos. 3. Direito Constitucional. I. Huckleberry Portella Siqueira, Vanessa, orient. II. Título.

**MANUELLA PEIXOTO RIBAMAR SILVA**

**O TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL: UM ESTUDO DE CASO DA  
MODULAÇÃO DE EFEITOS ADOTADA PELO SUPREMO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Vanessa Huckleberry Portella Siqueira**.

Data da Aprovação: 20/ 07/ 2022.

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Vanessa Huckleberry Portella Siqueira  
Orientador

Prof. Bruno Maurício Macedo Curi  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**  
**2022**

## AGRADECIMENTOS

A meus pais, Giselle e Sérgio, por serem meus maiores incentivadores e me ensinarem que nenhum sonho é grande demais para aqueles que se esforçam e acreditam.

O apoio e a fé de Vocês foram o que me manteve de pé nos momentos em que precisei de suporte. Nenhum agradecimento será grande o suficiente para o tanto que Vocês sempre representaram e representarão na minha vida.

A minha avó Cida, minha primeira e melhor professora, por ter feito nascer em mim a paixão pelo aprendizado e pela educação. Se dou esse passo hoje, é porque segurei a sua mão para dar os primeiros.

A minha avó Geni, por me ensinar pelo exemplo que a força e a determinação femininas podem vencer as maiores barreiras.

A Patrícia, pelo amor tranquilo e inabalável que tornou mais fácil esses anos finais de graduação. Te encontrar foi uma sorte e ter você é um privilégio.

Aos amigos, companhias de vitórias, derrotas, cafés e cervejas, por proporcionarem as pequenas alegrias da vida adulta: Pablo Alexandre, Bruno Mendes, Beatriz Cramer, Anne Brito, Amanda Gueme, Bruna Pessanha, Fabio Leonardo, Dida Figueiredo, Bernardo Barbosa, Danielle Oliveira, Manoela Mazza, Bruno Chaves e tantos outros. Obrigada por tudo.

A Marcia Theodoro, por ter me direcionado ao feliz caminho das carreiras jurídicas com seu entusiasmo e paixão.

Aos queridos amigos e colegas de Pinheiro Neto Advogados, pelo apoio durante boa parte da graduação.

A Bruno Pereira, que despertou em mim a coisa mais valiosa que eu tenho enquanto estudante: a curiosidade.

Por fim, à UFRJ e a todos os professores que contribuíram para minha vida acadêmica por terem proporcionado um ensino público de qualidade.

## RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Tema 745 (seletividade da alíquota do ICMS), à luz dos critérios doutrinários e legais. Trata-se de relevante expoente da maneira como o Supremo Tribunal Federal vem encarando a modulação de efeitos em matéria tributária, bem como da forma como são encaradas as motivações ensejadoras da modulação de efeitos de uma decisão: a segurança jurídica e o excepcional interesse social, previstos no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Deste modo, por meio de pesquisa jurisprudencial, documental e bibliográfica, foi realizada profunda análise do tema da modulação de efeitos em matéria tributária como um todo, para que se precisem as balizas da análise e, especificamente, as justificativas e motivações adotadas para modulação dos efeitos da decisão do Tema 745, para que se definisse como os critérios legais objetivos são interpretados e aplicados no caso concreto. Assim, verificou-se que a motivação utilizada é muito mais financeira do que adstrita aos critérios legais, de modo que ocorreu, no caso concreto, confusão entre excepcional interesse social e interesse econômico estatal.

**Palavras-chave:** Modulação de Efeitos; Tema 745; Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This paper intends to analyze the modulation of effects of the decision rendered by the Brazilian Supreme Court within the scope of Theme 745 (selectivity of the ICMS tax rate), in light of the doctrinal and legal criteria. This is a relevant example of the way the Brazilian Supreme Court has been viewing the modulation of effects in tax matters, as well as of the way the motivations that trigger the modulation of effects of a decision are viewed, those being legal security and exceptional social interest, provided for in article 27 of Law 9868/1999. Thus, by means of jurisprudential, documental and bibliographical research, a deep analysis of the theme of the modulation of effects in tax matters was carried out as a whole, so that the boundaries of the analysis could be specified and, specifically, the justifications and motivations adopted for the modulation of the effects of the decision of Theme 745 could be analyzed, as to specify how the objective legal criteria are interpreted and applied in the actual case. Thus, it was verified that the motivation used is much more financial than adhered to the legal criteria, in such a way that there was, in the concrete case, confusion between exceptional social interest and state economic interest.

**Palavras-chave:** Modulation of Effects; Theme 745; Brazilian Supreme Court.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. MODULAÇÃO DE EFEITOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	12
<b>2. RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	17
<b>3. RAZÕES DE EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL</b> .....	23
<b>4. A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NO BOJO DO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL</b> .....	35
4.1 Breve contexto jurídico da discussão .....	35
4.2 A Modulação dos Efeitos do Tema 745 da Repercussão Geral .....	38
4.3 Análise das Razões de Decidir da Modulação dos Efeitos do Tema 745 da Repercussão Geral .....	43
4.4 A Lei Complementar nº 194/2022.....	51
<b>CONCLUSÃO</b> .....	54
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	58

## INTRODUÇÃO

Os perigos da modulação de efeitos, tão subjetiva quanto pode ser, são velhos conhecidos daqueles que olham mais atentamente a atuação do Supremo Tribunal Federal. Diversos episódios são capazes de tornar evidente que as balizas utilizadas para se decidir pela modulação – ou não – dos efeitos de uma determinada decisão por vezes extrapolam a esfera jurídica e acabam adentrando fundamentos políticos, utilitaristas e até morais.

O critério trazido pela legislação deixa certa margem para interpretação das finalidades para as quais a modulação de efeitos de uma decisão pode se prestar. O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 prevê que, por maioria de seus membros, o Supremo Tribunal Federal pode decidir a partir de quando uma determinada decisão terá eficácia com base em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Nesse sentido, justamente pelo fato de que os julgados em matéria tributária afetam de maneira tão pujante as contas públicas, não é incomum que haja modulação dos efeitos das decisões, mas os motivos que levam à modulação ocorrer de uma maneira ou de outra é que podem ser questionados.

O presente trabalho buscará, em um primeiro momento, definir aquilo que a doutrina e jurisprudência entendem por cada uma das motivações constantes no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, em busca de critério objetivo que possa balizar a análise que será feita na segunda parte do trabalho.

Nesse sentido e em linhas gerais, verifica-se que, no entender do STF, a segurança jurídica está relacionada à manutenção da jurisprudência da própria corte, ou seja, a modulação dos efeitos poderá ocorrer para mitigar a surpresa causada pela mudança de entendimento da própria corte.

Assim, esse primeiro critério legal é até bastante palpável: se há mudança de entendimento, existiria, por consequência, margem para a modulação de efeitos.

Por outro lado, o excepcional interesse social é o fundamento legal mais abstrato que abarca o chamado argumento financeiro consequencialista, o qual consiste em modular os efeitos de

uma determinada decisão de forma a tentar mitigar suposto dano às contas públicas causados por decisões favoráveis ao contribuinte.

O presente trabalho também buscará extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aquilo que se entende e aquilo que não se entende por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, também no esforço de objetividade a que se presta.

De fato, verifica-se que excepcional interesse social acabou por se tornar um conceito aberto, que serve para acolher quaisquer casos em que as finanças públicas estejam envolvidas.

Diante disso, verifica-se que a modulação dos efeitos em razão de relevante interesse social alicerçado no argumento financeiro consequencialista somente deve ser acolhida quando o argumento financeiro resultar em impacto previsível, expressivo e social, sendo essas balizas capazes de conferir objetividade à deliberação.

A segunda parte desse trabalho – e objetivo principal a que se presta – consistirá na análise pormenorizada e embasada em doutrina acerca do tema e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da modulação dos efeitos da decisão proferida no bojo do RE nº 714.139 (Tema 745 da Repercussão Geral), em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da alíquota majorada do ICMS.

A modulação de efeitos propriamente dita foi estabelecida como marco inicial da atribuição de efeitos prospectivos ao julgado o exercício de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, ocorrido em 05/02/2021 e algumas outras hipóteses pontuais.

Essa determinação foi recebida com bastante surpresa, visto que a proposta anterior de modulação de efeitos, formulada pelo Ministro Dias Toffoli, determinava que a decisão produziria efeitos a partir do exercício fiscal seguinte, ou seja, o ano de 2022, ressalvando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata de julgamento.

Sendo assim, o presente trabalho buscará analisar os argumentos mobilizados pelo Supremo Tribunal Federal para se definir a necessidade de modular os efeitos da referida

decisão, bem como os argumentos que foram efetivamente utilizados para se realizar a modulação.

Além disso, será analisado como os referidos argumentos se amoldam à doutrina acerca da matéria, em especial se o argumento financeiro consequencialista foi utilizado e, se sim, como ocorreu essa utilização.

Para que o referido objetivo seja alcançado, foi realizada uma profunda pesquisa e análise dos votos de cada Ministro no caso concreto, do acórdão proferido no caso, e de doutrina e legislação sobre o tema. Esse estudo servirá como análise específica da razão de decidir por trás da modulação de efeitos da decisão do RE nº 714.139.

## **1. MODULAÇÃO DE EFEITOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A possibilidade de se modular os efeitos de uma decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade está prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, que assim dispõe:

“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.”<sup>1</sup>

O referido artigo inaugura, no direito brasileiro, a possibilidade positivada de que o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma não traga a arrimo a consequente nulidade dessa norma.

É dizer, admite-se, constitucionalmente, que um comando já entendido pelo Supremo Tribunal Federal como sendo inconstitucional, produza alguma medida de efeito no tempo, como forma de reduzir ou mitigar a situação de caos social ainda maior que seria trazida pela pura e simples invalidação de todos os fatos jurídicos oriundos do referido comando.

Registre-se que o artigo 927 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 3º, também encampa essa possibilidade, na medida em que traduz que, quando houver alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou, ainda no caso de alteração de jurisprudência oriunda de julgamento de repetitivos, os efeitos das referidas decisões poderão ser modulados, também no interesse social e da segurança jurídica.

O Código de Processo Civil, apesar de ter redação parecida à do artigo 27 da Lei nº 9.868, acaba por de certa forma ampliar a possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão, na medida em que prescinde o excepcional interesse social, aceitando apenas interesse social puro e simples para que se modulem os efeitos.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11, Nov de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)> Acesso em: 2 jul. 2022.

Segundo Humberto Ávila<sup>2</sup>:

“a adoção da técnica de modulação de efeitos consubstancia o exercício de um juízo de ponderação: comparam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei (ex tunc), de um lado, com os efeitos da declaração de simples incompatibilidade, de outro, que resultará na manutenção dos efeitos produzidos pela norma, total ou parcialmente, de modo a fixar-se marco temporal específico para sua invalidação (que poderá ser a data da decisão ou data futura a ser fixada). Busca-se identificar qual deles se revela mais adequado à promoção dos objetivos constitucionais.”

Ou seja, a técnica de modulação importa sempre em se ponderar os efeitos à luz do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Isso significa dizer que há um núcleo principiológico na Constituição Federal de 1988 como um todo que deve ser levado em consideração sempre que se cogitar modular os efeitos de uma decisão.

Nesse sentido, cabe ao Supremo Tribunal Federal aferir se a inconstitucionalidade já declarada é, figurativamente, uma ofensa maior ou menor à Constituição Federal do que manter a vigência da norma, com vistas a preservar as relações jurídicas levadas a cabo sob seus comandos.

Assim, a intenção do legislador, e que é o próprio mote dessa ponderação, é que se preservem os próprios fins constitucionais, no sentido de se aferir o menor dano consequencial das declarações de inconstitucionalidade, analisando-se presente, passado e futuro dessas relações jurídicas.

Ainda que haja um sentido normativo com a finalidade de preservar a segurança das relações jurídicas, que é constitucionalmente prevista, parte substancial da doutrina entende que a possibilidade de se admitir que algo já julgado inconstitucional vigorasse como se constitucional fosse não é compatível com o Estado Democrático de Direito. A esse respeito, o Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

“Em outras palavras, a admissão do efeito pro futuro, mantendo a eficácia da norma mesmo com o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade, mediante a aplicação da técnica da ponderação de valores é absolutamente ilegítima e incompatível com o Estado Democrático de Direito. O mesmo pode-se dizer quando a modulação dos efeitos repristinatórios se produz essencialmente por razões de conveniência e oportunidade, caso em que a supremacia da Constituição estaria ameaçada”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 574.

<sup>3</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 426 e 429.

Reproduz-se também o valioso ensinamento dos Professores Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

“No julgamento final, decretada a procedência da ação, a eficácia e a vigência da norma são definitivamente afastadas.

Por essa razão é que a eficácia é *ex tunc*, na hipótese, projetando a inconstitucionalidade da norma ao momento de sua edição.

Em face desse raciocínio, não entendo viável em nosso ordenamento - não é a opinião de Gilmar - a adoção de instituto semelhante ao do direito alemão, de se dar eficácia *ex nunc* às decisões definitivas se oito dos Ministros da Suprema Corte assim decidirem. Tal entendimento pode gerar, principalmente no campo do direito tributário, a irresponsabilidade impositiva, com a possibilidade de as exações inconstitucionais, mesmo após decisão definitiva da Suprema Corte, terem seus inconstitucionais efeitos perpetuados, entendendo-se o Estado - que violentou a Constituição - autorizado a permanecer com o produto de arrecadação ilegítima, pela eficácia ofertada à decisão definitiva.

Seria como permitir ao assaltante ficar com todo o produto do roubo declarado até o momento em que houve sua condenação, proibido de voltar a roubar as mesmas vítimas depois de condenado.

O sistema constitucional brasileiro não comporta, a meu ver, a experiência constitucional alemã. A norma inconstitucional o é desde o seu nascedouro, não podendo ser a ‘inconstitucionalidade real’ transformada em ‘constitucionalidade pragmática’ por decisão da Suprema Corte, convalidando os atos contra a lei praticados anteriormente.”<sup>4</sup>

O denominador comum entre essas duas críticas ao instituto da modulação é que, no âmbito tributário, fala-se de o Estado poder manter o produto de arrecadação indevida por decisão do Supremo Tribunal Federal, em nome de suposta proteção ao interesse público.

Na verdade, o que se entende, em matéria tributária, é que a faculdade de modulação dos efeitos de uma decisão deve ser utilizada com cautela:

“Mas, apesar disso, é preciso ter em mente que a modulação de efeitos ainda deve ser a exceção nos julgamentos do STF. Ora, se este instituto tem por finalidade a preservação da segurança jurídica e de relevantes interesses sociais, então não pode ser confundido com a segurança financeira dos cofres públicos. A modulação de efeitos deve visar aproximar a Constituição Federal e não afastá-la do caso concreto. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma situação de incentivo à criação de normas inconstitucionais pelos entes federados, a fim de dar fôlego à arrecadação e sem temer que no futuro os contribuintes possam restituir o que indevidamente pagaram.”<sup>5</sup>

Apesar das críticas, analisando-se objetivamente a redação do dispositivo, parece que o legislador ponderou que o Supremo Tribunal Federal poderá sublimar a regra geral de que a

<sup>4</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de 3 Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 205-206.

<sup>5</sup> MANGINI, R. A. P., STEPENOSKI, P. Modulação De Efeitos Em Matéria Tributária: Uma Tendência Para 2021? Migalhas, 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/344779/modulacao-de-efeitos-em-materia-tributaria-uma-tendencia-para-2021>. Acesso em 11 jul. 2022.

declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *ex tunc* por dois tipos de razões: segurança jurídica ou relevante interesse social.

Sobretudo em se tratando de julgamentos tributários, é especialmente relevante que se destrinche exatamente o que se entende por esses dois tipos de razões, tendo em vista que o direito tributário media justamente, de um lado, as finanças públicas, que devem ser tratadas de forma responsável e austera, e, de outro, a prerrogativa estatal de se imiscuir no patrimônio do contribuinte:

“Sem maiores questionamentos, é possível afirmar que “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” conformam conceitos de extrema abertura semântica, conferindo ao intérprete amplas possibilidades de concretização. São comandos de alta carga axiológica e sua definição, como não poderia deixar de ser, fica a cargo do intérprete. A sua diferença é que exige, além do usual, considerações circunstanciais (presentes e futuras), cuja constatação fica pendente de reconhecimento pelo próprio tribunal ao aplicar a norma. Em outras palavras, no caso em estudo, o antecedente normativo não cuida apenas da ocorrência de fato hipotético sobre o qual se confere juridicidade, exige-se em verdade que o tribunal justifique a necessidade de aplicabilidade da norma, construindo, no caso concreto, o conceito de “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”, o que é impossível de ser feito sem que se recorra à realidade fática que envolve a demanda.”<sup>6</sup>

Assim, as motivações de segurança jurídica ou relevante interesse social que façam com que a regra geral de que a declaração de inconstitucionalidade não se aplique a um determinado caso concreto devem ser bastante definidas e delineadas em cada caso concreto, deixando-se o menor espaço possível para arbítrios.

Afinal, se está diante de motivações relevantes o suficiente para inverter a lógica do julgamento de inconstitucionalidade de determinado dispositivo, as quais não devem ser encaradas de forma leviana.

Ainda que essa análise seja primordialmente casuística, não se pode partir à modulação de efeitos sem qualquer referencial objetivo, tornando as motivações constantes no artigo 27 da Lei nº 9.868 conceitos abertos capazes de abarcar qualquer vontade que se apresente de maneira mais concreta.

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Antonio Alves Netto. A Sistemática da Modulação dos Efeitos em Matéria Tributária: Uma análise à luz do Construtivismo Lógico-Semântico. In: Antônio Carlos Diniz Murta; Demetrius, Nichele Macei; Raymundo Juliano Rego Feitosa. (Org.). Direito de Tributário: XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 16-45.



Para favorecer a objetividade da análise, buscar-se-á definir o que se entende, objetivamente, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

## 2. RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA

Como visto, para fins de centralização da presente análise, é preciso que se destrinche o que se entende pelos dois tipos de razões. Iniciar-se-á pela motivação afeta à segurança jurídica, constante na primeira parte do artigo 27 da Lei nº 9.768/1998.

A motivação afeta à segurança jurídica corresponde, em linhas gerais, à ideia da previsibilidade das relações jurídicas que se espera em um Estado Democrático de Direito: é dizer, os motivos de segurança jurídica quase que positivam a ideia de que a jurisprudência que entendia pela constitucionalidade do comando declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal criaria um lastro para que as situações jurídicas anteriores à declaração de inconstitucionalidade fossem, de certa forma, protegidas.

Isso significa dizer que, quando se fala em segurança jurídica, fala-se em estabilização das relações jurídicas, de forma a criar certo nível de expectativa que possibilite previsibilidade, confiabilidade e calculabilidade em relação a atos do poder público:

“o princípio da segurança jurídica implica processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação que viabilizem a controlabilidade semântico-argumentativa da atuação estatal, de um lado, e a respeitabilidade da ação do contribuinte fundada no Direito, de outro, bem como, por via reflexa, da argumentação referente a essa ação”.<sup>7</sup>

Especificamente sobre a modulação de efeitos motivada pela manutenção da segurança jurídica, a professora Ana Paula Ávila entende o seguinte:

“Questão interessante é responder se o Estado pode também invocar a segurança jurídica, nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situações em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é que não, taxativamente, não, por diversas razões. Primeiro, porque, se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo, já se concluiu pela prevalência desses em casos de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, caput) oponível ao Estado, e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e não ao Estado. E terceiro, porque uma análise mais aprofundada de alguns aspectos do princípio da boa-fé, que, por aqui, tem servido para complementar a segurança jurídica no sentido de proteção da confiança, jamais autorizaria que o autor de um ato inválido pudesse lograr proveito através dele.”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.285.

<sup>8</sup> ÁVILA, Ana Paula. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151.

Segundo Guilherme Villas-Boas, “a primeira tese tributária envolvendo o conceito de ‘segurança jurídica’ foi levada ao STF por meio do Recurso Extraordinário nº 370.682”<sup>9</sup>

Analisando-se aquele precedente, constata-se que se tratava de caso em que se discutia a possibilidade de tomada de créditos de IPI em caso de insumos sujeitos à alíquota zero ou não-tributados.

Confira-se a ementa do referido precedente do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido.”<sup>10</sup>

Por ocasião daquele julgamento, tendo em vista a virada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que representava – vez que o Supremo Tribunal Federal vinha, até então, entendendo pela possibilidade do creditamento do IPI em entradas não tributadas – o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou, em questão de ordem, a possibilidade de serem atribuídos efeitos prospectivos à decisão, com base no artigo 27 da Lei nº 9.868.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski com relação à questão de ordem demonstra perfeitamente o que veio a se entender por preocupação com a segurança jurídica, no bojo do artigo 27 da Lei nº 9.868:

“Bem, como é do conhecimento de todos, em duas ocasiões anteriores, a última em 18.12.2002, o Plenário desta Suprema Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento de IPI nas operações de que tratam os recursos sob exame. E com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal, e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais;

(...)

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser

<sup>9</sup> SILVA, Guilherme Villas Boas e. O argumento financeiro e a modulação de efeitos no STF. São Paulo: Almedina, 2020. p. 49

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 370.682/SC. IPI. Crédito presumido (...). Recorrido: Indústria de Embalagens Plásticas Guará LTDA. Recorrente: União Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 jun. 2007. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3449327/mod\\_resource/content/0/STF%2C%20RE%20370682.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3449327/mod_resource/content/0/STF%2C%20RE%20370682.pdf)>. Acesso em 11/07/2022

conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.”<sup>11</sup>

No entanto, em que pese o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, a modulação dos efeitos da decisão proferida no bojo do RE nº 370.682 acabou por ser rejeitada, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a simples mudança do entendimento meritório acerca de um assunto - de um entendimento para outro, contrário ao primeiro - não qualificaria mudança de jurisprudência propriamente dita.

O entendimento seguido pelo Supremo Tribunal Federal foi aquele suscitado pelo Ministro Marco Aurélio, que aduziu que o entendimento anterior da Corte sobre a matéria não havia transitado em julgado em nenhuma outra ação, de modo que não haveria entendimento em sentido contrário efetivamente acabado no tempo a que se pudesse contrariar.

Desse primeiro debate do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, já se extrai que a aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868 no que tange à motivação afeta à segurança jurídica tem um requisito além da simples mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, sendo também necessário - até por inferência lógica - que os julgados anteriores tenham transitado em julgado.

A professora Misabel Abreu Machado Derzi, analisando o mesmíssimo precedente supracitado, fez a seguinte análise, de grande valia para o presente estudo:

“Finalmente, fique claro que, o exemplo por nós escolhido (do RE 370.682-9, SC), configura exatamente uma mudança de entendimento jurisprudencial, embora não estivesse ainda em vigor (por falta de coisa julgada). A modulação de efeitos da sentença inovadora, para abrigar a irretroatividade, não foi acolhida em razão da ausência de requisito considerado essencial pela maioria: a ausência de coisa julgada, imprescindível à vigência de um precedente consolidado no Plenário da Corte Suprema. Como proteger a expectativa, segundo a Corte, se nenhuma decisão do Plenário, em sentido contrário à nova interpretação, jamais se consolidara?”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 370.682/SC. IPI. Crédito presumido (...). Recorrido: Indústria de Embalagens Plásticas Guará LTDA. Recorrente: União Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 jun. 2007. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3449327/mod\\_resource/content/0/STF%2C%20RE%20370682.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3449327/mod_resource/content/0/STF%2C%20RE%20370682.pdf)>. Acesso em 11/07/2022

<sup>12</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado; Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar; São Paulo: Noeses, 2009; 1ª ed.; p. 571.

Vê-se, então, que há um primeiro critério objetivo para que se caracterize a motivação afeta à segurança jurídica para se modular os efeitos da decisão: a mudança de jurisprudência acerca do mérito somente se caracterizará se o entendimento anterior, que estaria sendo superado, for oriundo de decisão transitada em julgado proferida anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, confira-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE nº 370.682:

“No tocante à alegada segurança jurídica que proporcionou um sem número de pareceres - confesso que nunca presenciei tão grande movimentação, parte-se da premissa que não corresponde à realidade. O tema sobre o creditamento, ao contrário de outros em que, de qualquer forma, houve a reversão do quadro decisório, não chegou a ser pacificado pelo Tribunal. É certo que, em 18 de dezembro de 2002, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 350.446-1/PR, 353.668-1/PR, 357.277-6/RS e 358.493-6/SC, o plenário proclamou esse direito, vencido, na oportunidade, o Ministro Ilmar Galvão e impedido o Ministro Maurício Corrêa. Não menos correto é que os acórdãos formalizados vieram a ser impugnados mediante declaratórios. Os interpostos nos três primeiros somente foram apreciados em fevereiro passado, quando proferi voto desprovido-os. O trânsito em julgado não se confirmou em virtude da interposição de novos embargos. O último permanece concluso ao ministro Eros Grau - que sucedeu o Ministro Nelson Jobim na relatoria -, para apreciação dos declaratórios. Então, não cabe dizer que o Supremo assentou, mediante acórdão coberto pela coisa julgada, o direito ao restamento. A matéria ainda estava pendente de decisão final pelo Plenário.”

Essa baliza já restringe em muito a aplicação da possibilidade do artigo 27 da Lei nº 9.868, vez que, não raro, as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária são objeto de diversos recursos, o que acaba por adiar o trânsito em julgado da decisão de mérito em meses ou anos a fio desde a data em que se formou o entendimento principal.

Um outro julgado capaz de evidenciar o que é entendido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da motivação para se modular os efeitos de uma decisão afeta à segurança jurídica, conforme artigo 27 da Lei nº 9.768/1998 é o Recurso Extraordinário nº 377.457 (Tema 71 da Repercussão Geral), em que restou decidido o seguinte:

“EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição

social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.”<sup>13</sup>

No referido recurso extraordinário, discutia-se a possibilidade de o artigo 56 da Lei nº 9.430/1996 poderia revogar algo que anteriormente estava contido no artigo 6º, inciso II da Lei Complementar nº 70/1991.

Conforme se extrai da ementa acima reproduzida, o Supremo Tribunal Federal acabou por decidir que, apesar de a Lei Complementar nº 70/1991 ser formalmente complementar, a matéria relacionada à contribuição social seria materialmente afeta à lei ordinária, motivo pelo qual a revogação seria regular.

Na ocasião, o Ministro Menezes Direito registrou que o Supremo Tribunal Federal deveria modular os efeitos da decisão em atenção às decisões de outro tribunal, qual seja o Superior Tribunal de Justiça, que entendia que a revogação seria ilegal. Em se adotar essa premissa, o conceito de “jurisprudência pacífica” comporia ambos os Tribunais Superiores, não apenas o STF.

O entendimento que prevaleceu, no entanto, foi o de que permitir que a jurisprudência de outros Tribunais vinculasse o Supremo Tribunal Federal a esses outros Tribunais mitigaria a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para a análise de constitucionalidade de dispositivos legais.

A esse respeito, asseverou a Ministra Carmen Lucia que “*entendo que o enfoque, aqui, é constitucional e, por isso, é a palavra do Supremo*”<sup>14</sup>

Então, pode-se entender que as razões de segurança jurídica que ensejam a modulação de efeitos em matéria tributária, à luz da jurisprudência e da doutrina, correspondem à reversão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 377.457/PR. Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (...). Recorrido: União Federal. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados; Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 set. 2008. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 377.457/PR. Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (...). Recorrido: União Federal. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados; Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 set. 2008. p. 122. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>>. Acesso em 11/07/2022.

Esse critério é até bastante objetivo, tendo por balizas, conforme demonstrado ao longo do presente capítulo, que a decisão divirja de entendimento anterior, transitado em julgado, do próprio Supremo Tribunal Federal, e não de outros tribunais.

Assim, tendo sido delineada a motivação afeta à segurança jurídica, passa-se à motivação afeta ao relevante interesse social.

### 3. RAZÕES DE EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

Na segunda parte do artigo 27 da Lei nº 9.868, está contida a segunda motivação para se modular os efeitos de uma determinada decisão: o excepcional interesse social.

O excepcional interesse social, ao contrário da segurança jurídica - que já se demonstrou ter balizas bastante bem delineadas para que se verifique - é um conceito jurídico indeterminado, por sua própria construção semântica.

Ocorre que, à primeira vista, já se verifica que não se pode modular apenas por haver interesse social, mas excepcional interesse social. Isto é: o interesse deve ser tal que se sobreponha à regra geral de que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *ex tunc*. Deve ser tão significativo que a violação desse excepcional interesse traduza maior caos social e insegurança jurídica do que a manutenção da vigência de norma já dita inconstitucional em um certo espaço de tempo.

Um segundo conteúdo semântico que se extrai da ideia de excepcional interesse social é a de que não se trata, meramente, de interesse público. Interesse social encampa os interesses da coletividade como um todo (aí abrangido o interesse estatal, o interesse corporativo, e os interesses difusos das pessoas físicas, para citar alguns) e interesse público carrega em si a ideia de interesse das fazendas públicas e dos governos:

“Outro ponto que podemos mencionar é que o legislador utilizou o termo interesse social e não interesse público. Este poderia ser definido como interesse da Administração Pública ou do Estado, enquanto aquele seria um interesse da sociedade, em outras palavras, da soma dos interesses individuais.”<sup>15</sup>

Não raro, as razões que o fisco evoca para pleitear a modulação dos efeitos de decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, como se verificará adiante, são afetas ao interesse estatal, que estão sobre o manto do interesse público e, portanto, não necessariamente correspondem ao excepcional interesse social, visto que podem apenas representar o interesse estatal absolutamente corriqueiro de não ter que arcar financeiramente com as consequências de determinada decisão do Supremo Tribunal Federal o que, por vezes, não se mostra

---

<sup>15</sup> LIMA, Gabriela Pimenta Rego. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise do argumento do impacto orçamentário nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 2021. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 44



significativo o suficiente para – por si só – ensejar a atribuição de efeitos prospectivos ao julgado.

Essa imprecisão conceitual do excepcional interesse social faz com que alguns autores até mesmo entendam que essa motivação seria inconstitucional:

“a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam 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 a segurança jurídica, que, como fora visto, trata do princípio que conta com ampla fundamentação constitucional e com conteúdo delineado”<sup>16</sup>

De fato, o excepcional interesse social não é conceituado pela Constituição Federal, apesar de ser, ainda que não literalmente, evocado em alguns pontos, de forma que falta norte axiológico para interpretá-lo de forma objetiva.

O que se extrai da experiência hodierna do direito constitucional é que o excepcional interesse social é evocado pelas fazendas públicas de forma consequencialista, utilizando-se de argumento financeiro para defender que a modulação de efeitos de determinada declaração de inconstitucionalidade deveria ocorrer com base no relevante interesse social materializado no impacto que o julgamento teria nas contas públicas.

Um julgamento que bem exemplifica a utilização desse argumento é o do Recurso Extraordinário nº 595.838 (Tema 166 da repercussão geral), em que se discutia a constitucionalidade da contribuição previdenciária constante no artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.876/1999. Confira-se a ementa do acórdão do julgamento de mérito:

“EMENTA Recurso extraordinário. Tributário. Contribuição Previdenciária. Artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Sujeição passiva. Empresas tomadoras de serviços. Prestação de serviços de cooperados por meio de cooperativas de Trabalho. Base de cálculo. Valor Bruto da nota fiscal ou fatura. Tributação do faturamento. Bis in idem. Nova fonte de custeio. Artigo 195, § 4º, CF. 1. O fato gerador que origina a obrigação de recolher a contribuição

<sup>16</sup> ÁVILA, Ana Paula. A Modulação dos Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e Regras de Argumentação para Interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei no 9.868/1999. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 165.

previdenciária, na forma do art. 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, não se origina nas remunerações pagas ou creditadas ao cooperado, mas na relação contratual estabelecida entre a pessoa jurídica da cooperativa e a do contratante de seus serviços. 2. A empresa tomadora dos serviços não opera como fonte somente para fins de retenção. A empresa ou entidade a ela equiparada é o próprio sujeito passivo da relação tributária, logo, típico “contribuinte” da contribuição. 3. Os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus cooperados, não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados. 4. O art. 22, IV da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99, ao instituir contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, extrapolou a norma do art. 195, inciso I, a, da Constituição, descaracterizando a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, tributando o faturamento da cooperativa, com evidente bis in idem. Representa, assim, nova fonte de custeio, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 154, I, da Constituição. 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.”<sup>17</sup>

Após o julgamento de mérito desfavorável aos interesses do fisco, a Fazenda Nacional pleiteou a modulação dos efeitos da decisão por meio da oposição de embargos de declaração, os quais se basearam na motivação afeta ao excepcional interesse social para pleitear a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

No recurso, a Fazenda Pública argumentou que, em se negando os efeitos prospectivos ocorreria enorme prejuízo para o custeio da Seguridade Social, “estimado em aproximadamente nos últimos 10 anos (2004 a 2013) em R\$ 7,78 bilhões (atualizados para 2014)”.<sup>18</sup>

Essa argumentação, todavia, não prosperou, vez que, ainda que tenha se buscado conferir objetividade ao pleito por meio da apresentação de cifras que representariam a perda de arrecadação, o Supremo Tribunal Federal entendeu o seguinte:

“EMENTA Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repristinatório. Infraconstitucional. 1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco. 2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos. 3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 595.838/SP. Tributário. Contribuição Previdenciária (...) Sujeição Passiva. Empresas Tomadoras de Serviços (...). Recorrido: União Federal. Recorrente: Etel Estudos Técnicos LTDA. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 23 abril, 2014. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6902768>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>18</sup> Ibid.

formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal. 4. É de índole infraconstitucional a controvérsia a respeito da legislação aplicável resultante do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. 5. Embargos de declaração rejeitados.”<sup>19</sup>

Extrai-se, dessa forma, que não basta que a Fazenda Pública apresente as exatas cifras que representariam o montante da repetição de indébito que será engendrada pelo julgamento de inconstitucionalidade. É evidente que a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada exação gerará uma consequência financeira ao erário, haja vista a necessidade de restituir os contribuintes.

Na verdade, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 595.838 (Tema 166 da repercussão geral), os Ministros do Supremo Tribunal Federal estabeleceram expressamente que a alegação de perda de arrecadação não é suficiente para comprovar a presença do relevante interesse social a justificar a modulação de efeitos.

Ainda que a modulação de efeitos em razão do excepcional interesse social, conforme suscitada pela Fazenda Pública, não tenha prosperado, o julgamento narrado acima é capaz de evidenciar sobremaneira a utilização do argumento financeiro e consequencialista por parte da Fazenda Pública.

Isso porque o silogismo desenvolvido tem uma premissa básica geral e oculta de que, basicamente, existiria excepcional interesse social de que os recursos do estado fossem poupados, de forma que, se uma determinada exação for considerada inconstitucional, haveria excepcional interesse social que ensejaria a modulação dos efeitos da decisão, haja vista esse axioma de que, quanto menos se despender de recursos financeiros públicos, melhor.

E é evidente que é necessário austeridade e responsabilidade fiscal para com as finanças públicas. No entanto, essa necessidade tem que ser analisada em ponderação com o direito de os contribuintes de serem restituídos de privações indevidas de seus recursos individuais em nome de exações consideradas ilegais.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 595.838/SP. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. (...) Embargante: União Federal. Embargada: Etel Estudos Técnicos LTDA. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 dez, 2014. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7850623>>. Acesso em 11/07/2022.

Afinal, como entendeu o Supremo Tribunal Federal no precedente acima exposto, não é suficiente que simplesmente se indique um impacto financeiro para qualificar o excepcional interesse social. É preciso que esse impacto seja tamanho que se torne capaz de inverter a regra geral de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroajam à edição da exação inconstitucional.

Um outro precedente em que o excepcional interesse social foi evocado pela Fazenda Pública, ainda que também não tenha sido aceito pelo Supremo Tribunal Federal, foi o simbólico julgamento do RE 574.706 (tema 69 da repercussão geral), em que se discutia a inclusão - ou não - do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Esse julgamento é bastante paradigmático para a aferição do que se entende acerca do excepcional interesse social em razão de sua atualidade – haja vista que a modulação de efeitos do julgamento ocorreu em 2021 –, do elevadíssimo valor envolvido – já que há milhares de processos tratando da tese espalhados por todo o Brasil – e, principalmente, pela utilização do argumento do impacto às finanças públicas em larga medida pela Fazenda Pública no pedido de modulação dos efeitos da decisão.

Para referência, o acórdão do julgamento de mérito restou assim ementado:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em

determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”<sup>20</sup>

Após a definição do mérito, a Fazenda Pública pleiteou a modulação dos efeitos do julgado por meio da oposição de embargos de declaração, em que foi utilizado o argumento do impacto financeiro para se justificar a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos ao julgamento.<sup>21</sup>

Nos referidos embargos de declaração, defendeu-se a vultuosidade dos montantes a serem restituídos aos contribuintes, com base nas Leis de Diretrizes Orçamentárias dos anos de 2015 e 2017, e foi utilizado o argumento financeiro consequencialista de maneira bastante direta para que se justificasse a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos à decisão:

“53. Como assentado, o equilíbrio orçamentário e financeiro do estado possui dignidade constitucional (Título VI, Capítulo II) e deve ser preservado. Não se trata de um mero fetiche do constituinte. De fato, a promoção da proteção de todos direitos constitucionais, inclusive os chamados direitos negativos, exigem dotação orçamentária para tanto. Direitos não são como “maná do céu”. Uma “carta de direitos” sem fundos para sua execução pode nos inspirar ou servir como uma declaração bem- intencionada de objetivos sociais - e isso possui grande valor -, mas não são direitos autênticos, já que, dada a inexistência de recursos materiais suficientes para sua execução e proteção, não podem ser exigidos com eficácia por todos. Basta um exercício de memória do cidadão que viveu as consequências do descontrole das contas públicas, nos anos 80, para observar que o orçamento impacta decisivamente a vida das pessoas.

54. Destarte, o enorme impacto orçamentário das restituições promovidas pela presente tese e por outras decorrentes da aplicação análoga dos argumentos em questão, justificam o pedido de modulação de efeitos.”<sup>22</sup>

Ainda que o excepcional interesse social não tenha sido explicitamente citado no recurso, é evidente que há o pano de fundo de que o impacto financeiro da decisão deve ser mitigado em nome da necessidade de recursos estatais para concretização de direitos, conforme reproduzido acima, o que evidencia a motivação na segunda parte do artigo 27 da Lei nº

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. Exclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e COFINS (...) Recorrido: União Federal. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 15 mar, 2017. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. (...) Modulação dos Efeitos. Alteração de Jurisprudência com Efeitos Vinculantes e Erga Omnes. Impactos Financeiros e Administrativos da Decisão (...) Embargante: União Federal. Embargada: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 maio, 2021. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756736801>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>22</sup> Ibid.

9.868/1999, até porque a possibilidade de modulação em nome da segurança jurídica nada tem a ver com os motivos evocados pela Fazenda Pública no caso concreto acima referenciado.

Em contrarrazões aos embargos de declaração da Fazenda Pública, o contribuinte discorreu acerca da necessidade de fundamentação do pedido de modulação, não sendo, a seu ver, suficiente mera estimativa de eventual impacto financeiro ou especulação de impacto social em sentido mais amplo. O contribuinte também defendeu a necessidade de provas que embasem o referido pedido de modulação de efeitos da decisão, que não teriam sido apresentadas no caso concreto.<sup>23</sup>

Além disso, o contribuinte sustentou que o argumento suscitado pela Fazenda Pública de que a não atribuição de efeitos prospectivos ao julgado traria suposto rombo às contas públicas seria consequencialista e, portanto, não estrita ou necessariamente jurídico, e que a análise do Supremo Tribunal Federal deveria se limitar às balizas legais, ou seja, se pautar precipuamente em argumentos jurídicos.

No julgamento dos embargos de declaração referentes à modulação dos efeitos do julgado, foi proferido acórdão assim ementado:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.”<sup>24</sup>

<sup>23</sup> LIMA, Gabriela Pimenta Rego. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise do argumento do impacto orçamentário nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 2021. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 73

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. Exclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e COFINS (...) Recorrido: União Federal. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 15 mar, 2017. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550>>. Acesso em 11/07/2022.

Surpreendentemente, a motivação para atribuição de efeitos prospectivos a esse julgado veio pela via da segurança jurídica, em razão da alteração do conceito jurídico de faturamento. Na verdade, a argumentação financeira trazida pela Fazenda Pública foi diretamente rechaçada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“Por fim, no RE 574.706 muito se debateu acerca do argumento do impacto ao orçamento público, tanto que alguns Ministros trouxeram importantes ponderações sobre a matéria durante o julgamento, demonstrando que nesse caso concreto a Corte não poderia ficar alheia a eventuais consequências causadas por suas decisões. Apesar disso, a principal justificativa apresentada pelo STF ao decidir pela aplicação da modulação não foi o impacto orçamentário, mas sim, a alteração de jurisprudência, em razão da preservação da segurança jurídica.

Ao não utilizar o impacto ao orçamento público como justificativa para aplicar a modulação de efeitos, podemos dizer que a decisão manteve a coerência em relação aos casos mencionados anteriormente, pois segundo entendimento da própria Suprema Corte esse argumento deve ser municiado de provas concretas, sendo que meras demonstrações de valores não seriam suficientes para demonstrar eventual rombo aos cofres públicos. Caso utilizasse o argumento do impacto ao orçamento público como fundamento principal para a modulação, a Corte estaria abrindo um perigoso precedente, pois permitiria a utilização do argumento sem a devida comprovação, o que acabaria por retirar a excepcionalidade do instituto da modulação.”<sup>25</sup>

Por derradeiro, colaciona-se precedente em que a evocação do argumento consequencialista financeiro foi utilizada como forma de concretizar suposto excepcional interesse social foi de fato aceita pelo Supremo Tribunal Federal como como motivação para se modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade.

Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.552 (Tema 379 da repercussão geral), cujo acórdão de mérito restou assim ementado:

“EMENTA Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Incidência do ICMS ou do ISS. Operações mistas. Critério objetivo. Definição de serviço em lei complementar. Medicamentos produzidos por manipulação de fórmulas, sob encomenda, para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal. Subitem 4.07 da lista anexa à LC nº 116/03. Sujeição ao ISS. Distinção em relação aos medicamentos de prateleira, ofertados ao público consumidor, os quais estão sujeitos ao ICMS. 1. A Corte tradicionalmente resolve as ambiguidades entre o ISS e o ICMS com base em critério objetivo: incide apenas o primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva a utilização ou o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou incide apenas o segundo se a operação de circulação de mercadorias envolver serviço não definido por aquela lei complementar. 2. O critério objetivo pode ser afastado se

<sup>25</sup> LIMA, Gabriela Pimenta Rego. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise do argumento do impacto orçamentário nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 2021. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 83

o legislador complementar definir como tributáveis pelo ISS serviços que, ontologicamente, não são serviços ou sempre que o fornecimento de mercadorias seja de vulto significativo e com efeito cumulativo. 3. À luz dessas diretrizes, incide o ISS (subitem 4.07 da Lista anexa à LC nº 116/06) sobre as operações realizadas por farmácias de manipulação envolvendo o preparo e o fornecimento de medicamentos encomendados para posterior entrega ao fregueses, em caráter pessoal, para consumo; incide o ICMS sobre os medicamentos de prateleira ofertados ao público consumidor e produzidos por farmácias de manipulação. 4. Fixação da seguinte tese para o Tema nº 379 da Gestão por temas de repercussão geral: “Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira.” 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”<sup>26</sup>

Provocado por meio de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da referida decisão para que produzisse efeitos apenas a partir da publicação da ata do julgamento de mérito, ressalvadas algumas hipóteses, dentre as quais se verifica o ajuizamento de ações discutindo o tema antes do julgamento de mérito:

“EMENTA Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento. 1. A Corte fixou, no acórdão embargado, a tese de que “[i]ncide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira”. 2. A ausência de modulação dos efeitos da decisão ensejaria impactos financeiros indesejados em desfavor dos contribuintes, bem como dos estados e dos municípios, entes políticos cujas finanças já estão combalidas, e resultaria em grande insegurança jurídica, indo de encontro à boa-fé dos contribuintes que recolheram um tributo acreditando ser o correto. 3. Embargos de declaração acolhidos, modulando-se os efeitos da decisão embargada, bem como se estabelecendo que ela produza efeitos ex nunc a partir do dia da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a se convalidarem os recolhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, ficando ressalvados: (i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito. Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte, bem como o prazo decadencial e o prescricional.”<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 605.552/RS. Incidência do ICMS ou do ISS. Operações mistas. Critério objetivo. Definição de serviço em lei complementar (...) Recorrido: Dermalpelle Farmácia de Manipulação Ltda e Outros. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 05 ago, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754015541>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 605.552/RS. (...) Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento. (...) Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargada: Dermalpelle Farmácia de Manipulação Ltda e Outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 mar, 2021. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755551254>>. Acesso em 11/07/2022.



Conforme se extrai do acórdão do referido precedente, o Ministro Dias Toffoli, relator do Recurso Extraordinário, acolheu a argumentação formulada pelo Fisco e reconheceu que a necessidade da modulação seria verificada em razão de supostos impactos financeiros sobre as finanças dos Estados e Municípios que, ao sentir do relator, já se encontrariam sobremaneira combatidas.

Ainda que não diretamente citado, há evidente fundo de excepcional interesse social nessa motivação, vez que se parte novamente do axioma de que é desejável se proteger as finanças públicas.

É importante notar também que, conforme se extrai do relatório deu referido acórdão, o Fisco nem mesmo trouxe concretude ao alegado impacto financeiro, se limitando a aduzir que haveria consequência financeira, o que exemplifica sobremaneira a situação abstrata em que se encontra o referido comando legal.

Por todos os julgados colacionados nesse capítulo, é possível se verificar que o excepcional interesse social constante na segunda parte do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, em matéria tributária, é por vezes confundido pela Fazenda Pública com o interesse arrecadatório do Fisco.

É dizer: muitas vezes, a Fazenda Pública suscita a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos a uma determinada decisão simplesmente porque haverá um impacto financeiro oriundo da declaração de inconstitucionalidade da exação.

Para tanto, a Fazenda Pública utiliza frequentemente o argumento financeiro consequencialista, o qual incorpora a premissa de que o Supremo Tribunal Federal deveria basear a modulação nos efeitos que essa terá no orçamento público.

Não é que o orçamento público e o argumento financeiro consequencialista não possam ser utilizados para se justificar a modulação de efeitos de determinada decisão, mas que a consequência deve ser comprovadamente séria o suficiente para justificar a inversão do paradigma.

É preciso se destacar, todavia, que enquanto as razões de segurança jurídica são mais objetivamente aferíveis (caracterizada, como visto no capítulo anterior, pela alteração do entendimento colegiado e transitado em julgado do próprio Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria), as razões de excepcional interesse social, nesse estado de coisas, acabam sendo mais subjetivas, o que dificulta a criação de balizas para se aferir a necessidade de modulação das decisões com base em critérios melhor delineados.

Isso porque o impacto financeiro como demonstração do excepcional interesse social foi valorado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de diversas formas e com valores distintos, o que dificulta a tarefa de se extrair um denominador comum dessas decisões.

No entanto, algo que pode ser extraído dos julgados do Supremo Tribunal Federal colacionados nesse capítulo, e empiricamente verificado de tantos outros, é que ainda não há um norte jurisprudencial sólido que permita a aferição objetiva daquilo que pode ser entendido por excepcional interesse social em julgados que versam sobre matéria tributária, como aquele que se analisará mais adiante.

Daquilo que se extrai da doutrina acerca desse tema, ainda que não haja consenso acerca daquilo que é, de fato, excepcional interesse social que justifique a modulação dos efeitos de uma decisão, é bastante fácil de se aferir aquilo que não o é: excepcional interesse social não corresponde ao axioma de que é indesejável que recursos públicos sejam despendidos para restituir capital indevidamente privado dos contribuintes.

Assim, definiu-se, no capítulo anterior, que as razões de segurança jurídica, constantes na primeira parte do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 são entendidas pelo Supremo Tribunal Federal como a alteração de entendimento pregresso do próprio Supremo Tribunal Federal acerca de um determinado assunto, sendo que o precedente anterior deve ser oriundo de decisão colegiada e transitada em julgado do próprio Supremo Tribunal Federal.

Ao longo do presente capítulo, delineou-se que as razões de excepcional interesse social são um pouco mais abstratas. Ainda que o Fisco evoque motivações atreladas à proteção das finanças públicas, essas nem sempre são aceitas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo que inexiste norte objetivo que defina aquilo que se entende por excepcional interesse social.

Feitos esses esclarecimentos e com base neles, passa-se ao caso que se pretende estudar, ou seja, à modulação dos efeitos da decisão proferida no bojo do RE 714.139 pelo Supremo Tribunal Federal.

## 4. A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NO BOJO DO TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL

### 4.1 Breve contexto jurídico da discussão

Abordada a conceituação abstrata daquilo que se entende pelas motivações capazes de ensejar a modulação dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade, passa-se ao caso cuja modulação de efeitos objetiva-se analisar.

Antes de se analisar a modulação de efeitos levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se breve retrospecto fático e jurídico da discussão travada no processo que engendrou o Tema 745 da repercussão geral.

O Tema 745 da repercussão geral foi fixado no bojo do Recurso Extraordinário nº 714.139/SC, interposto por Lojas Americanas S. A. Com vistas à reforma de acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual reconhecia a constitucionalidade do artigo 19, inciso I, alínea “a”, da Lei Estadual nº 10.297/1996, que previa a alíquota majorada de 25% - em oposição à genérica de 17% - para o ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação.<sup>28</sup>

Isso porque, em apertadíssima síntese, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina entendeu que o comando constante no artigo 155, § 2º, inciso III da Constituição no sentido de que o ICMS poderá ser seletivo não representa um comando, mas uma faculdade, de modo que nada impediria o legislador estadual de fixar a alíquota majorada ao ICMS sobre energia elétrica, a menos que tivesse sido demonstrada efetiva violação ao princípio da seletividade na hipótese, o que não teria ocorrido.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 714.139/SC. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade (...) Recorrido: Estado de Santa Catarina Recorrente: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 dez, 2021. p. 3 Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>29</sup> SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 0031477-80.2010.8.24.0023; Apelação Cível em Mandado de Segurança. Alíquota de ICMS (25%). Energia Elétrica e Serviços de Telecomunicação (...) Apelado: Estado de Santa Catarina. Apelante: Lojas Americanas S. A. Relator: Des. José Volpato de Souza. Curitiba, 8 mar, 2012. Edital 0804/12, Publicado em 27/03/2012

Sendo assim, o recurso extraordinário foi interposto alegando-se violação do acórdão recorrido supracitado aos artigos 150, inciso II, e 155, § 2º, inciso III da Constituição Federal de 1988, haja vista que, no entender da Recorrente nos autos, deveria ser extraído do comando constitucional de seletividade norma que orientasse a discriminação dos bens quanto a sua essencialidade, estabelecendo-se alíquota maior a bens supérfluos e menor aos essenciais, como é o caso da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, que inequivocamente estariam contidos na segunda categoria.<sup>30</sup>

Assim, o contribuinte buscou o reconhecimento de seu direito de pagar o ICMS sobre a energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicação com base na alíquota geral de 17%, e não na alíquota majorada, com a restituição dos valores recolhidos a maior nos cinco anos anteriores.

Em contrarrazões, a Fazenda Pública Estadual (no caso, o Estado de Santa Catarina) afirmou, quanto ao mérito do recurso extraordinário, que o legislador estadual teria a faculdade de definir as alíquotas do imposto, assinalando que a essencialidade do bem ou do serviço variaria de acordo com o consumidor<sup>31</sup>.

Por meio de acórdão publicado em 26/09/2014, foi reconhecida a repercussão geral da questão discutida no Recurso Extraordinário nº 714.139, em que restou estabelecido o seguinte:

“IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.”<sup>32</sup>

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 714.139/SC. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade (...) Recorrido: Estado de Santa Catarina Recorrente: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 dez, 2021. p. 4 Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>31</sup> Ibid., p. 6.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 714.139/SC. Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – energia elétrica – serviços de telecomunicação – seletividade – alíquota variável (...) Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 jun, 2014. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6811853>>. Acesso em 11/07/2022.

O Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário, ressaltou em seu voto a absoluta essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, existindo preceito essencial no comando constitucional de observação da seletividade do bem que não pode ser olvidado<sup>33</sup>. Assim, o Ministro Relator propôs a fixação da tese no sentido de que o estabelecimento de alíquota majorada ao ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação seria inconstitucional.<sup>34</sup>

Inaugurando a divergência, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que a alíquota majorada seria compensada com uma redução atribuída pelo Estado de Santa Catarina aos consumidores que consumissem pouca energia elétrica mensalmente, tributados à alíquota de 12%, entendendo pela constitucionalidade da exação em atendimento ao princípio da capacidade contributiva.

Quanto à alíquota do ICMS incidente sobre serviços de telecomunicação, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu por sua inconstitucionalidade, em função da essencialidade do bem<sup>35</sup>. O Ministro Alexandre de Moraes foi acompanhado, quanto ao mérito, pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O Ministro Dias Toffoli foi o primeiro a suscitar a necessidade de modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas essa questão será tratada com mais detalhes mais adiante.<sup>36</sup>

O posicionamento do Ministro Marco Aurélio que, aposentado, delegou a relatoria do caso ao Ministro Dias Toffoli, foi o que prevaleceu, declarando-se a inconstitucionalidade da alíquota majorada de ICMS incidente tanto sobre energia elétrica quanto sobre serviços de telecomunicação no caso concreto.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 714.139/SC. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade (...) Recorrido: Estado de Santa Catarina Recorrente: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 dez, 2021. p. 18 Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>34</sup> Ibid., p. 151.

<sup>35</sup> Ibid., p. 46 a 50.

<sup>36</sup> Ibid., p. 83 a 84.

## 4.2 A Modulação dos Efeitos do Tema 745 da Repercussão Geral

Ainda que tenha restado vencido quanto ao mérito do debate, o Ministro Dias Toffoli foi o primeiro a suscitar a modulação dos efeitos da decisão em seu voto.

Inicialmente, o Ministro havia proposto que se modulassem os efeitos da decisão para que produzisse efeitos a partir “do próximo exercício fiscal”, ou seja, do ano de 2022, ressalvadas as ações ajuizadas até a véspera do julgamento de mérito.

Em suas razões de assim decidir, o Ministro Dias Toffoli asseverou que a legislação do Estado de Santa Catarina teria se tornado, com o passar do tempo, inconstitucional, na medida em que pessoas de menor poder aquisitivo teriam passado a ter acesso a serviços de telecomunicação (rememore-se que o Ministro, até esse ponto, votava pela constitucionalidade da legislação quanto ao ICMS incidente sobre energia elétrica). Assim, no entender do Ministro, a legislação gozaria de certa presunção de constitucionalidade que teria gerado receita e expectativa de receita para o Estado de Santa Catarina.

Por essas razões de decidir, parece mais evidente que a motivação utilizada pelo Ministro se debruçaria principalmente na segurança jurídica, tendo em vista a preocupação com, por exemplo, a presunção de constitucionalidade do diploma. Interessante notar que, até então, nenhum argumento financeiro tinha sido formulado. O Ministro Nunes Marques acompanhou essa proposta de modulação.

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes<sup>37</sup>, em voto-vista, fundamentou seu entendimento quanto à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nas duas motivações elencadas no artigo 27 da Lei nº 9.868:

“Assim, seja sob o ângulo da segurança jurídica plasmada na formação do planejamento fiscal dos Estados a partir de expectativa legítima de arrecadação a título de ICMS, seja a partir do interesse social materializado nas prestações estatais dependentes dos recursos estimados na sistemática tributária então vigente, é imperiosa a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com a incidência do entendimento do Plenário a partir do Plano Plurianual 2024-2027.”<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 92 a 134.

<sup>38</sup> Ibid., p. 128.

O Ministro asseverou ainda que haveria interesse social em se adotar solução que permitisse às políticas públicas e aos gestores públicos a possibilidade de se adaptarem de maneira menos drástica à mudança orçamentária trazida pelo julgamento de inconstitucionalidade da alíquota majorada, pelo que sugeriu, como parâmetro para data a partir da qual o julgamento produziria efeitos, o próximo plano plurianual, a se iniciar em 2024 e findar em 2027.

Isso porque, em seu sentir, assim seria possível que as expectativas de receita fossem calibradas de maneira adequada, de forma a não prejudicar a execução de políticas estatais atualmente em vigor.

O Ministro Edson Fachin<sup>39</sup>, em seguida, votou no sentido de ser impossível a atribuição de efeitos prospectivos ao julgamento do Recurso Extraordinário por estarem ausentes quaisquer razões de segurança jurídica ou mesmo excepcional interesse social.

Isso porque a argumentação da Fazenda Pública, em sede de memoriais, teria se fundado apenas no intento de preservar a execução orçamentária programada pelas Leis em vigor no ano de 2022, tendo sido atribuído valor a essa suposta perda arrecadatória que o Ministro considerou ser de origem indeterminada e não representar argumento jurídico, mas exclusivamente financeiro.

O Ministro asseverou que, em se adotar o entendimento da Fazenda Pública, seria o contribuinte quem teria que arcar com o fruto da arrecadação indevida e inconstitucional, o que agrediria seus direitos fundamentais.

Nessa esteira, foi estabelecido também que a modulação dos efeitos não constituiria meio para se atingir o equilíbrio das finanças públicas à expensa dos contribuintes. Por todos esses fundamentos, o Ministro Edson Fachin votou no sentido de se afastar a modulação dos efeitos da decisão proferida no âmbito do Recurso Extraordinário.

Por fim, na sessão virtual de 10/12/2021 a 17/12/2021, o Ministro Dias Toffoli alterou sua proposta de modulação de efeitos originalmente apresentada<sup>40</sup> para propor que a decisão de

---

<sup>39</sup> Ibid., p. 145 a 152.

<sup>40</sup> Ibid., p. 84 a 88.



inconstitucionalidade produza efeitos apenas a partir do próximo plano plurianual (a vigorar de 2024 a 2027).

Isso porque, fazendo referência a seus argumentos anteriormente apresentados, o Ministro trouxe a argumentação adicional de que, de acordo com notícias publicadas na mídia, teria sido estimada perda orçamentária de significativa monta, além de o Ministro ter recebido em audiência diversos Governadores e Procuradores, que destacaram montantes elevados de impacto financeiro anual da declaração de inconstitucionalidade da alíquota majorada do ICMS.

O Ministro destacou também que a atribuição de efeitos prospectivos à decisão a partir do ano de 2024 facilitaria a transição de Governo, em atenção às eleições que ocorrerão em 2022, o que amenizaria o impacto da decisão nas contas públicas.

A nova proposta do Ministro Dias Toffoli foi a que prevaleceu, tendo restado estabelecido, em primeira decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da modulação dos efeitos do julgado, que a decisão produziria efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, que ocorreu em 05/02/2021.

Ao final, o acórdão restou ementado da seguinte forma:

“EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade. 1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço. 2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa. 3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por

exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade. 4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateve a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional. 5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. 6. Recurso extraordinário parcialmente provido. 7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).”<sup>41</sup>

O SINDITELEBRASIL opôs embargos de declaração em face do acórdão<sup>42</sup>, em que sustentou que deveriam ser ressalvadas da modulação dos efeitos da decisão, além das ações ajuizadas até 05/02/2021, as hipóteses em que o contribuinte não tenha recolhido o ICMS até a 05/02/2021, determinando-se que as cobranças da alíquota majorada não prossigam.

Os referidos embargos de declaração foram rejeitados à unanimidade nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, que entendeu que a hipótese aventada pelo contribuinte extrapolaria as ressalvas estabelecidas pelo acórdão que determinou a modulação de efeitos do julgado:

“EMENTA Segundos embargos de declaração em recurso extraordinário. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. 1. O Plenário da Corte enfrentou adequadamente todos os pontos colocados em debate, nos limites necessários ao deslinde do feito. Não há, portanto, nenhum dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil. 2. Não se vislumbram razões para alterar a modulação dos efeitos do acórdão embargado ou a ressalva estabelecida quanto a ela. 3. Embargos de declaração rejeitados.”<sup>43</sup>

Também por meio de embargos de declaração, LOJAS AMERICANAS S. A.<sup>44</sup> sustentou que o acórdão que modulou os efeitos da decisão seria nulo, haja vista que o quórum necessário

<sup>41</sup> Ibid., p. 1.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 714.139/PR. (...) Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. (...) Embargante: SINDITELEBRASIL. Embargada: União Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 maio, 2022. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761327055>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>43</sup> Ibid., p. 1.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Terceiros Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 714.139/PR. (...) Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. (...) Embargante: Lojas Americanas S. A. Embargada:

para se modular os efeitos da decisão não teria sido alcançado e que os *amici curiae* deveriam ter sido intimados a se manifestar a respeito da nova proposta de modulação que acabou sendo acolhida.

Quanto a própria modulação de efeitos, da maneira como foi colocada, LOJAS AMERICANAS S. A. afirmou que as alegações de ordem financeira e orçamentária teriam sido apresentadas pelos estados de forma tardia e intempestiva, não podendo ter sido levadas em consideração, e que deveriam ter sido ressalvadas da modulação todas as ações ajuizadas até a data de prolação da decisão que modulou os efeitos.

A Embargante também destacou o fato de que a motivação entendida pelo Supremo Tribunal Federal como ensejadora da modulação dos efeitos da decisão não atendeu aos conceitos de relevante interesse social e segurança jurídica, em especial se se considerar que a produção de efeitos até 2024 manterá, por mais dois anos, uma situação de injustiça fiscal em relação aos contribuintes, além do fato de que os Estados já tinham, desde o início do julgamento de mérito, a ciência de que poderia advir decisão contrária a seus interesses, e nada fez para mitigar os efeitos financeiros do julgamento.

Os embargos de declaração foram rejeitados à unanimidade, nos termos do voto do relator Min. Dias Toffoli, em sessão virtual ocorrida em 20.5.2022 a 27.5.2022. em acórdão ementado de forma idêntica ao dos segundos embargos de declaração, acima reproduzido.

Por fim, o Estado de Santa Catarina também opôs embargos de declaração buscando a reforma do acórdão tanto no mérito quanto na parte em que modulou os efeitos da decisão.

Quanto à modulação dos efeitos, o Embargante aduziu que:

“ressalvar ações quanto à modulação dos efeitos da decisão, além de violar os preceitos já mencionados, não confere concretude às premissas da segurança jurídica. Sustentam que essa medida acarreta incentivo à judicialização futura em outras matérias e que “uma corrida de litigância em massa é deletéria não apenas no aspecto financeiro dos Estados, mas, de igual modo, para a prestação jurisdicional, com o congestionamento dos órgãos do sistema da Justiça”<sup>45</sup>.

---

União Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 maio, 2022. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761327056>>. Acesso em 11/07/2022.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Quartos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 714.139/PR. (...) Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. (...) Embargante: Estado de Santa Catarina e Outros.

Esses embargos de declaração também foram rejeitados à unanimidade, em acórdão ementado de maneira idêntica aos dois anteriores, entendendo-se que o marco temporal fixado no julgamento não favoreceria a litigância em massa.

Em resumo, o que se extrai tanto do julgamento de mérito quanto de sua confirmação, por meio dos embargos de declaração julgados na sessão virtual, é que o entendimento do STF ao julgar o Tema 745 (RE 714.139/SC) somente passará a produzir efeitos a partir de 2024, com exceção das ações que tenham sido ajuizadas até 5.2.2021, data do início do julgamento de mérito.

Ressalte-se, por oportuno, que os acórdãos do julgamento dos embargos de declaração foram publicados em 14.6.2022, motivo pelo qual ainda podem ser opostos novos embargos de declaração no *leading case*.

### **4.3 Análise das Razões de Decidir da Modulação dos Efeitos do Tema 745 da Repercussão Geral**

Feitos todos esses esclarecimentos, chega-se à situação que se busca analisar: a decisão proferida no bojo do Tema 745 da Repercussão Geral somente produzirá efeitos a partir de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até o início do julgamento de mérito e algumas outras situações mais pontuais.

O debate relativo à modulação dos efeitos do Tema 745, como se evidencia pelos votos proferidos e narrados acima, girou em torno dos impactos financeiros que a decisão teria sobre as finanças estatais, tendo em vista que os Estados editaram leis que, embora agora tidas como contrárias à Constituição Federal de 1988, geraram receitas e expectativas de receitas que, até então, eram tidas como legítimas.

Dessa forma, a modulação de efeitos determinou que a decisão produziria efeitos a partir do próximo plano plurianual, a se iniciar no ano de 2024, tendo sido considerada a perda de

---

Embargada: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 maio, 2022. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4307031>>. Acesso em 11/07/2022.

arrecadação dos Estados com a declaração de inconstitucionalidade da alíquota majorada, e, em especial, o fato de que essas perdas de arrecadação ocorreriam em um momento difícil financeiramente, atingindo finanças públicas já combalidas pelos efeitos da pandemia da COVID-19.

Os Estados, em todas as manifestações apresentadas quanto à modulação de efeitos da decisão, trouxeram apenas argumentos financeiros, demonstrando o impacto que a decisão de inconstitucionalidade da alíquota majorada do ICMS teria nas finanças públicas.

De fato, o Ministro Relator Dias Toffoli chegou a indicar, em suas razões para modular os efeitos da decisão, ter mantido audiências com os governadores dos Estados e respectivas procuradorias, bem como que esses agentes peticionaram nos autos destacando esse impacto financeiro.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou ainda que haveria inegável excepcional interesse social na proteção das finanças públicas nesse sentido, adotando-se técnica de modulação que privilegie a transição orçamentária dos Estados para acolher a declaração de inconstitucionalidade da alíquota majorada.

Assim, o que se verifica das justificativas oferecidas para modular os efeitos da decisão é que os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social foram usados para acomodar o interesse econômico e financeiro dos Estados, que arrecadaram e usufruíram dessa arrecadação inconstitucional por anos, mesmo tendo, como destacado em sede de embargos de declaração, justa expectativa de que a alíquota majorada poderia vir a ser declarada inconstitucional.

Como já delineado nos capítulos dedicados às razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, é certo que esses são conceitos abertos e, de certa forma, indefinidos, mas isso não significa que possam ser evocados sem ao menos a tentativa de aproximá-los da intenção do legislador:

"É certo que tais conceitos não foram demarcados na norma ordinária do artigo 27 da Lei 9.868/1999 e tampouco pela própria jurisprudência. Todavia, é oportuno relembrar que no debate do projeto para instituição da norma de restrição de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, tomou-se o cuidado em distinguir o

conceito de interesse público do interesse social, justamente para proteger o interesse constitucional do destinatário da norma em face de potenciais clamores políticos, econômicos ou metajurídicos que podem favorecer o estado, editor da norma. O conceito de interesse público, conforme debatido no projeto de lei, refere-se ao interesse do estado enquanto garantidor de bem-estar geral, para financiamento da atividade estatal de manutenção de ordem e segurança. Já o interesse social, este demarcado no texto do artigo 27, diz respeito aos interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade (direitos e garantias fundamentais).”<sup>46</sup>

Então, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, quando modulou os efeitos da decisão do Tema 745, utilizou-se de argumento amplamente denominado na doutrina – e já delineado acima – como financeiro consequencialista, na medida em que se voltou aos impactos que o julgado teria nas finanças públicas, e em como esses impactos seriam, teoricamente, maléficos à sociedade em geral.

O argumento financeiro consequencialista, não raro e especialmente no caso ora analisado, é encaixado no bojo do excepcional interesse social:

“O excepcional interesse social possui uma terminologia mais abstrata. De todo modo, é imprescindível esclarecer que é nesse fundamento que está inserido o argumento financeiro consequencialista, uma vez que apenas com um impacto gravíssimo e excepcional às contas públicas que se poderá iniciar a discussão sobre a existência ou não de interesse social suficiente para resultar na modulação dos efeitos de uma decisão judicial.”<sup>47</sup>

Há que se separar as duas coisas: de um lado, o excepcional interesse social não abarca somente o interesse estatal. Semanticamente, a interesse social designa aquilo que é de interesse do conjunto da sociedade de forma geral, aí abrangidos os interesses individuais dos contribuintes, o interesse econômico das empresas e os interesses estatais dos governos.

De outro lado, o interesse financeiro do estado nem sempre expressa aquilo que melhor atende aos interesses sociais como um todo – aí compreendida a coletividade em geral – e nem mesmo o equivale na maior parte do tempo.

Nesse particular, diga-se que as cifras apresentadas pelos Estados não foram nem mesmo objeto de contraditório, tendo sido tomadas por verdadeiras pela simples análise dos valores, sem que houvesse estudo ou auditoria da origem e forma de cálculo dessas cifras, o que vicia a

<sup>46</sup> RODRIGUES, T. A., MOURÃO R. C. S., Considerações sobre a ‘modulação seletiva’. Conjur, 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/rodrigues-mourao-consideracoes-modulacao-seletiva>>

<sup>47</sup> SILVA, Guilherme Villas Boas e. O argumento financeiro e a modulação de efeitos no STF. São Paulo: Almedina, 2020. p. 162

possibilidade de que os contribuintes se manifestassem de forma contundente quanto ao suposto impacto financeiro.

Frise-se também que, apesar de a pandemia do COVID-19 ter sido evocada como fenômeno capaz de justificar a modulação dos valores, não foi demonstrado, ao que se extrai dos votos proferidos quanto à modulação, nexos de causalidade entre a suposta perda de arrecadação e impossibilidade de se lidar com a pandemia.

É perfeitamente possível haver recursos para arcar com as demandas da saúde pública e, concomitantemente, capital para se restituir aos contribuintes, pelo que é extremamente problemático que seja simplesmente inferido que a perda de arrecadação agravaria a crise da saúde pública.

Em um primeiro momento, então, é preciso que se diga que a aproximação feita pelo Supremo Tribunal Federal entre o interesse econômico dos Estados e o excepcional interesse social é indevida, tendo em vista que os dois conceitos não se equivalem, como já delineado ao longo do presente trabalho.

Em um segundo momento, ainda que se admita que a modulação dos efeitos da decisão proferida no bojo do Tema 745 seja motivada pelo impacto financeiro que a inconstitucionalidade da alíquota majorada terá sobre os Estados, o que se verifica é que esse impacto financeiro teria que ser, comprovadamente, significativo o suficiente para ser classificado como excepcional.

Isso porque, em atenção ao fato de que as decisões em matéria tributária são especialmente sensíveis a esse tipo de argumento, é evidente que toda declaração de inconstitucionalidade de determinada exação terá um impacto sobre as finanças estatais, que se financiam, em larga medida, pelo produto da tributação.

Mas o puro e simples impacto financeiro não basta para que se observe excepcional interesse social. Como se extrai dos votos dos Ministros no bojo do precedente citado, os Estados destacaram as vultuosas cifras de perda de arrecadação que se verificariam com a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas não foi demonstrado ou mesmo verificado pelos Ministros vogais a excepcionalidade dessas cifras.

Explica-se: se toda declaração de inconstitucionalidade de norma tributária gerará impacto financeiro ao erário, esse é, de certa forma, o efeito esperado da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda que se pudesse admitir que excepcional interesse social se verificaria do puro e simples interesse estatal em manter salutar as finanças públicas, teria que ser demonstrado que o impacto financeiro seria inesperado, excepcionalmente vultoso ou especialmente sensível, dado determinado momento social.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, em 2014, declarou a inconstitucionalidade de norma do Estado do Rio de Janeiro que estipulava alíquota majorada de ICMS aos combustíveis, pelo que poderia até mesmo ser considerado esperado o resultado do julgamento do Tema 745. Confira-se a ementa do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 634.457:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais. II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos. III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.”<sup>48</sup>

Assim, não se pode dizer que os Estados foram inesperadamente privados de recursos. Como já havia entendimento anterior do próprio Supremo Tribunal Federal, transitado em julgado e mantendo declaração de inconstitucionalidade de norma em tudo análoga àquela que

---

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 634.457/RJ. (...) ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. (...) Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Glamour Confeitaria Ltda. e Outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 05 ago, 2014. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6519626>>. Acesso em 11/07/2022.



se analisava no Tema 745, é justo dizer que os Estados poderiam ter se programado financeiramente para arcar com essa perda de receita, da mesma forma que os contribuintes tiveram que se preparar financeiramente para arcar com alíquota de ICMS majorada em serviços essenciais.

Esse precedente evidencia também que, se as razões de segurança jurídica são muitas vezes equiparadas pelo Supremo Tribunal Federal à virada de jurisprudência da corte sobre uma determinada matéria, como já visto, também por esse motivo não se poderia modular os efeitos da decisão, vez que existe precedente do Supremo Tribunal Federal, transitado em julgado, no mesmo sentido da decisão de mérito proferida no Tema 745.

Ainda que o Ministro Gilmar Mendes tenha sustentado que a necessidade de se preservar as finanças públicas se justificaria pela sensibilidade das finanças públicas após a pandemia da COVID-19, há que se atentar também ao outro lado da moeda, ou seja, às finanças particulares dos contribuintes, que tiveram que arcar com a exigência de cobrança já declarada inconstitucional, sendo igualmente privados de recursos financeiros também em um contexto de pandemia.

Verificando-se, então, que já havia justa expectativa de que os Estados não se sagariam vencedores da tese desde 2014, e que as finanças dos particulares também foram afetadas pela pandemia da COVID-19, é de se ponderar se é adequado fazer com que os contribuintes arquem com o ônus financeiro de exação já declarada inconstitucional por mais três anos porque os Estados, ao que se extrai das manifestações no RE 714.139, continuaram contando com a receita oriunda de exação que, desde 2014, já se podia visualizar como sendo inconstitucional.

Segundo o Professor Gabriel Quintanilha:

“Esse tipo de decisão só fomenta que os Estados se furtem a cumprir as normas. Só fomenta que os Estados efetivamente deixem de cumprir as normas e cobrem tributos indevidos”<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> QUINTANILHA, Gabriel. Tributologia #113 - a absurda modulação de efeitos do tema 745. YouTube, 12 dez, 2021. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=jpijrjCpFJs>>. Acesso em 11/07/2022.

É preciso também que se atente à ressalva da modulação de efeitos para 2024 feita para os contribuintes que ajuizaram ações até o início do julgamento de mérito, ou seja, 05/02/2021, que serão os únicos legitimados a pedir a restituição do tributo.

Como visto anteriormente, o julgamento de mérito ocorreu ao longo de diversas sessões, tendo sido interrompido por pedidos de vista em mais de uma ocasião.

Assim, somente serão legitimados para pleitear a restituição do ICMS recolhido a maior aqueles que ajuizaram ações antes do final do julgamento, ou seja, antes da efetiva fixação de jurisprudência acerca do assunto, vez que a questão estava longe de estar definida no início do julgamento do mérito.

Isso é especialmente problemático tendo em vista que, por um lado, os contribuintes que não ingressaram com ações judiciais só poderão recolher ICMS à alíquota padrão a partir de 2024 e, por outro lado, aqueles que ingressaram com a ação em momento posterior ao início do julgamento do mérito, quando já havia justa expectativa de desfecho favorável, se veem excluídos dos efeitos da decisão sem justo motivo.

Destaque-se que esse tipo de conduta só favorece a já exacerbada judicialização tributária, na medida em que, para proteger-se de modulações de efeitos como a que ora se analisa, os contribuintes deverão ingressar com ações discutindo toda e qualquer tese tributária que chegue ao Supremo Tribunal Federal antes mesmo que haja definição mais ou menos delineada a seu respeito, como forma de evitar ficar excluída da modulação de efeitos.

A modulação de efeitos do Tema 745, ante à ausência de trânsito em julgado, ainda pode, a rigor, ser alterada, ainda que isso seja improvável. Então, em se prevalecer a modulação como está posta nesse momento, os contribuintes continuarão pagando ICMS em alíquotas altíssimas e já sabidamente inconstitucionais por mais dois anos, a se verificar a chamada situação de inconstitucionalidade útil.

Sobre esse fenômeno, entende o Ministro aposentado Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal:

“E tenho ressaltado não se poder encampar o que apontei como inconstitucionalidade útil, no que se edita lei sabidamente inconstitucional – e, há muito, havia terminado a problemática da participação do servidor no que arrecadado pelo Estado, refiro-me à situação dos fiscais de renda –, apostando-se na morosidade da Justiça e na possibilidade de modulação do pronunciamento judicial no sentido da procedência da pecha de inconstitucionalidade.”<sup>50</sup>

No caso concreto, verifica-se, por meio da modulação como feita, um certo prestígio à edição de exações inconstitucionais com a confiança de que, invocando-se danos da declaração de inconstitucionalidade ao erário público, os efeitos da decisão sejam modulados, de modo que o Estado pode permanecer usufruindo de arrecadação sabidamente inconstitucional, em prejuízo dos interesses particulares dos contribuintes.

Por fim, e ainda no bojo do excepcional interesse social, um fator que não poderia ter sido olvidado quando se fala na modulação dos efeitos do Tema 745 é fato de que o que se discute é o ICMS incidente sobre energia elétrica e telecomunicações.

Esses setores são absolutamente essenciais à coletividade, sendo o que viabiliza o acesso das pessoas à luz elétrica, à internet, a meios de informação, educação, trabalho e integração social.

Em última análise, é justamente pela essencialidade dos referidos bens que se faz necessário questionar se não haveria excepcional interesse social, ao contrário, em que se barateassem os custos desse tipo de serviço, de forma a atender a coletividade em geral e, em última análise, ao próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que seria melhor atendido e até favorecido não se modulando os efeitos da decisão.

Afinal, se o interesse econômico do Estado pode ser levado em consideração como excepcional interesse social, é preciso que, no mínimo, esse interesse seja ponderado com os

---

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 954 Minas Gerais. (...) 4. Embargos de declaração. 5. Restrição dos efeitos da decisão com base em fundamento constitucional próprio. 6. Segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito. 7. Situação consolidada, prevalecendo a boa-fé e a confiança. 8. Retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, ressaltados os casos em que o juiz de paz tenha exercido suas atividades sob a vigência do dispositivo. (...) Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 jun, 2018. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748355231>>. Acesso em 11/07/2022.

demais interesses existentes na sociedade em geral, de forma a se alcançar os fins últimos constitucionais de maneira satisfatória.

#### 4.4 A Lei Complementar nº 194/2022

Além disso, um último ponto que merece destaque quanto à modulação dos efeitos do Tema 745 é a publicação da Lei Complementar nº 194/2022, ocorrida no dia 23/06/2022.

Essa lei complementar limita a 17 ou 18% o ICMS incidente sobre energia elétrica, comunicações e transporte coletivo. O Presidente Jair Bolsonaro vetou a compensação financeira aos Estados, que podem, portanto, sofrer perda de arrecadação.

Confira-se a redação dos artigos 1º e 2º da referida Lei Complementar:

“Art. 1º A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 18-A:

“Art. 18-A. Para fins da incidência do imposto de que trata o inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo:

I - é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no caput deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços;

II - é facultada ao ente federativo competente a aplicação de alíquotas reduzidas em relação aos bens referidos no caput deste artigo, como forma de beneficiar os consumidores em geral; e

III - é vedada a fixação de alíquotas reduzidas de que trata o inciso II deste parágrafo, para os combustíveis, a energia elétrica e o gás natural, em percentual superior ao da alíquota vigente por ocasião da publicação deste artigo.”

Art. 2º A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º .....

.....

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras; e

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

.....” (NR)

“Art. 32-A. As operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, para fins de incidência de imposto de que trata esta Lei Complementar, são consideradas operações de bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

I - é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no caput deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços;

II - é facultada ao ente federativo competente a aplicação de alíquotas reduzidas em relação aos bens referidos no caput deste artigo, como forma de beneficiar os consumidores em geral; e

III - é vedada a fixação de alíquotas reduzidas de que trata o inciso II deste parágrafo, para os combustíveis, a energia elétrica e o gás natural, em percentual superior ao da alíquota vigente por ocasião da publicação deste artigo.

§ 2º No que se refere aos combustíveis, a alíquota definida conforme o disposto no § 1º deste artigo servirá como limite máximo para a definição das alíquotas específicas (ad rem) a que se refere a alínea b do inciso V do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022.”<sup>51</sup>

Assim, a rigor, em que pese a modulação de efeitos do Tema 745 ter projetado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da alíquota majorada apenas para 2024, a aprovação do Projeto de Lei Complementar nº 18/2022, que gerou a Lei Complementar nº 194/2022 acabará gerando a imediata redução das alíquotas de ICMS sobre os bens e serviços lá indicados, antes, portanto, do exercício de 2024.

Evidentemente, essa situação gerou insatisfação das Fazendas Estaduais, que ajuizaram a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 984 (“ADPF nº 984”) e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 7.191 e 7.164.

Ainda que a motivação política da Lei Complementar seja relevante – mas não entraremos nesse mérito na presente análise – fica evidente que se acaba por neutralizar a modulação de efeitos para 2024 levada a cabo no Tema 745.

O que se depreende, então, é que, se os motivos financeiros evocados pelas Fazendas Públicas fossem tão determinantes quanto considerados pelo Supremo Tribunal Federal, certamente não se teria editado a Lei Complementar.

E mais: a manutenção da possibilidade de exigência da alíquota majorada é que engendrou o imbróglio de ações constitucionais verificado após a publicação da referida Lei Complementar, vez que, se a declaração de inconstitucionalidade não tivesse somente efeitos prospectivos, a majoração da alíquota não seria possível desde já, não existindo espaço para se

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares nºs 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23, Jun de 2022. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp194.htm)> Acesso em: 11/07/2022.

dizer que a edição de norma no exato sentido da decisão proferida no bojo do Tema 745 seria inconstitucional, como tentam fazer os estados.

Assim, é evidente que os efeitos da Lei Complementar e seus eventuais desdobramentos ainda não foram completamente verificados, mas já se pode, sem a menor dúvida, utilizar dessa situação como exemplo da insegurança jurídica gerada pela modulação de efeitos para 2024 do Tema 745, na medida em que, em última análise, acaba por enfraquecer a própria declaração de inconstitucionalidade.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi analisado, em um primeiro momento, o instituto da modulação de efeitos em matéria tributária da forma como hodiernamente se apresenta no Brasil. O instituto existe como forma de se reverter a regra geral de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não traga a arrimo a anulação de todos os atos por ela produzidos e nela embasados.

Viu-se também que essa possibilidade deve ser utilizada com cautela em matéria tributária, haja vista que a inconstitucionalidade de norma tributária e, portanto, de uma exação, tem a capacidade de desequilibrar o já frágil equilíbrio entre, de um lado, os direitos patrimoniais do contribuinte e, de outro, a arrecadação estatal, que se debruça sobremaneira nas receitas tributárias.

Além disso, buscou-se delinear, com base em doutrina e jurisprudência, aquilo que se entende pela motivação afeta à segurança jurídica para se modular os efeitos de uma decisão, chegando-se à conclusão, com base em jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que segurança jurídica encampa a alteração de jurisprudência sobre um determinado assunto, em matéria tributária.

No entanto, essa alteração de jurisprudência deve ser, de acordo com critérios do próprio Supremo Tribunal Federal encontrados em alguns julgados, dentro do próprio Supremo Tribunal Federal e confrontando-se precedentes transitados em julgado daquela corte, não bastando, para tanto, questões ainda objeto de embargos de declaração, por exemplo.

Quanto à motivação afeta ao excepcional interesse social, viu-se, também com base em doutrina e jurisprudência, que esse critério é um pouco mais abstrato, havendo certa imprevisibilidade de como virá a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em cada caso concreto.

Especificamente em matéria tributária, constatou-se que, não raro, essa motivação é confundida com o interesse arrecadatório do próprio Estado, sem que seja nem mesmo destacada eventual excepcionalidade do dispêndio de recursos públicos ou circunstância

semelhante que permita a aferir se esse interesse – absolutamente corriqueiro e incapaz de, sozinho, ensejar a modulação – realmente se qualificaria como excepcional.

Além disso, foi demonstrado de forma analítica o julgamento do mérito do Tema 745 do Supremo Tribunal Federal, delineando-se os votos e razões de decidir de cada um dos Ministros vogais.

Também foi delineada a discussão acerca da modulação dos efeitos da decisão, com todos os pontos relevantes levantados tanto pelas partes (contribuinte, fisco e *amici curiae*) e razões de decidir dos Ministros.

Por fim, à luz de toda a conceituação teórica exposta, procedeu-se à análise da modulação de efeitos levada a cabo no Tema 745 à luz dos critérios doutrinários e jurisprudenciais expostos ao longo do presente trabalho.

Constatou-se, então, que a modulação de efeitos da decisão apenas para 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até o início do julgamento de mérito, foi feita ao arrepio dos critérios do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Isso porque os motivos determinantes para se modular os efeitos da decisão não foram razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, mas o suposto rombo nas finanças públicas que se verificaria se os efeitos não fossem modulados.

Dessa forma, verificou-se o uso do argumento financeiro consequencialista para modular os efeitos da decisão, visto que a motivação verificada foi – tão somente – o axioma de que o dispêndio de recursos públicos é indesejável, sendo prescindida a análise mais detida das cifras apresentadas pelas Fazendas Públicas ou mesmo a aferição de se esse dispêndio seria mesmo excepcional ou mera consequência lógica da declaração de inconstitucionalidade de uma exação.

Além disso, demonstrou-se que, se entender a motivação afeta à segurança jurídica como a virada de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca de um determinado assunto, os efeitos da decisão do Tema 745 não deveriam ter sido modulados, visto que apenas foi replicado entendimento em sentido análogo do Supremo Tribunal Federal existente desde 2014.



Por fim, demonstrou-se que, em se tratando de excepcional interesse social, também deve ser levado em consideração o interesse da coletividade no barateamento dos serviços essenciais de energia elétrica e telecomunicações, que deveria ter sido ponderado com os interesses estatais levados em conta.

Além disso tudo, quanto a ressalva da modulação apenas das ações ajuizadas até o início do julgamento do mérito da demanda, demonstrou-se o favorecimento, por meio desse tipo de conduta, da judicialização tributária exacerbada, visto que os contribuintes passam a ter que se resguardar de eventual modulação de efeitos para momento em que o mérito da questão sequer esteja definido – como não estava no início do julgamento de mérito.

Por fim, citou-se a Lei Complementar nº 194/2022 que, na prática, acaba por neutralizar a modulação de efeitos, na medida em que reduz imediatamente as alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações e gerou significativa reação por parte dos Estados, a qual poderia ter sido evitada se simplesmente não se tivesse atribuído efeitos prospectivos ao julgado.

Dessa forma, o presente estudo de caso se prestou a demonstrar a maneira como a modulação de efeitos é executada na prática, analisando-se os argumentos que normalmente são acolhidos – ou não – pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa análise se mostra relevante na medida em que, cada vez mais, matérias tributárias levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal tem os efeitos das decisões correlacionadas modulados, vez que, não raro, fala-se de cifras milionárias a serem dispendidas pela Fazenda Pública para restituir aos contribuintes.

Nesse contexto, a escolha do Tema 745 para demonstrar esse cenário se fez relevante pela vultuosidade dos valores envolvidos e pelo ineditismo da modulação – tanto na fixação de produção de efeitos em 2024 quanto na ressalva apenas das ações ajuizadas até o início do julgamento de mérito – a se demonstrar o atual estado de coisas no Supremo Tribunal Federal.

Espera-se que a presente análise possa somar às vozes que buscam a definição de critérios objetivos para a modulação de efeitos em matéria tributária, prestigiando-se a segurança jurídica, a legalidade e a economia processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (org) *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em Matéria Tributária. O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

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

ÁVILA, Ana Paula. **A Modulação dos Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e Regras de Argumentação para Interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei no 9.868/1999**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Lei 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11, Nov de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)> Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares nºs 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF,

23, Jun de 2022. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp194.htm)> Acesso em: 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 605.552/RS. (...) Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento. (...) Embargante: Estado do Rio Grande do Sul. Embargada: Dermapelle Farmácia de Manipulação Ltda e Outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 mar, 2021. Disponível em <  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755551254>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 954 Minas Gerais. (...) 4. Embargos de declaração. 5. Restrição dos efeitos da decisão com base em fundamento constitucional próprio. 6. Segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito. 7. Situação consolidada, prevalecendo a boa-fé e a confiança. 8. Retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, ressalvados os casos em que o juiz de paz tenha exercido suas atividades sob a vigência do dispositivo. (...) Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 jun, 2018. Disponível em <  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748355231>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 634.457/RJ. (...) ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. (...) Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Glamour Confeitaria Ltda. e Outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 05 ago, 2014. Disponível em <  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6519626>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 595.838/SP. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. (...) Embargante: União Federal. Embargada: Etel Estudos Técnicos

LTDA. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 dez, 2014. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7850623>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. (...) Modulação dos Efeitos. Alteração de Jurisprudência com Efeitos Vinculantes e Erga Omnes. Impactos Financeiros e Administrativos da Decisão (...) Embargante: União Federal. Embargada: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 13 maio, 2021. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756736801>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Quartos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 714.139/PR. (...) Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. (...) Embargante: Estado de Santa Catarina e Outros. Embargada: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 maio, 2022. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4307031>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 370.682/SC. IPI. Crédito presumido (...). Recorrido: Indústria de Embalagens Plásticas Guará LTDA. Recorrente: União Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 jun. 2007. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3449327/mod\\_resource/content/0/STF%2C%20RE%20370682.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3449327/mod_resource/content/0/STF%2C%20RE%20370682.pdf)>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 377.457/PR. Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (...). Recorrido: União Federal. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados; Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 set. 2008. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 595.838/SP. Tributário. Contribuição Previdenciária (...) Sujeição Passiva. Empresas Tomadoras de Serviços (...). Recorrido: União Federal. Recorrente: Etel Estudos Técnicos LTDA. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 23 abril, 2014. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6902768>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. Exclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e COFINS (...) Recorrido: União Federal. Recorrente: Incopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 15 mar, 2017. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13709550>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 605.552/RS. Incidência do ICMS ou do ISS. Operações mistas. Critério objetivo. Definição de serviço em lei complementar (...) Recorrido: Dermalpelle Farmácia de Manipulação Ltda e Outros. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 05 ago, 2020. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754015541>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 714.139/SC. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade (...) Recorrido: Estado de Santa Catarina Recorrente: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 dez, 2021. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 714.139/SC. Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – energia elétrica – serviços de telecomunicação – seletividade – alíquota variável (...) Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Lojas Americanas S. A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 jun, 2014. Disponível em <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6811853>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 714.139/PR. (...) Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. (...) Embargante: SINDITELEBRASIL. Embargada: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 maio, 2022. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761327055>>. Acesso em 11/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Terceiros Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 714.139/PR. (...) Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. Mantida a modulação dos efeitos da decisão. (...) Embargante: Lojas Americanas S. A. Embargada: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 maio, 2022. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761327056>>. Acesso em 11/07/2022.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito Ex Nunc e as Decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes. Limitações constitucionais ao poder de tributar.** Recife: Nossa Livraria, 2005.

LIMA, Gabriela Pimenta Rego. **Modulação de efeitos em matéria tributária: análise do argumento do impacto orçamentário nas decisões do Supremo Tribunal Federal.** 2021. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse Público e Direitos do Contribuinte.** São Paulo: Dialética, 2007.

MANGINI, R. A. P., STEPENOSKI, P. **Modulação De Efeitos Em Matéria Tributária: Uma Tendência Para 2021?** Migalhas, 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/344779/modulacao-de-efeitos-em-materia-tributaria-uma-tendencia-para-2021>. Acesso em 11 jul. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868,** de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição Constitucional Tributária. Reflexos nos processos administrativo e judicial.** São Paulo: Noeses, 2012.

PEREIRA, Antonio Alves Netto. **A Sistemática da Modulação dos Efeitos em Matéria Tributária: Uma análise à luz do Construtivismo Lógico-Semântico.** In: Antônio Carlos Diniz Murta; Demetrius, Nichele Macei; Raymundo Juliano Rego Feitosa. (Org.). **Direito de Tributário: XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE.** 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.



QUINTANILHA, Gabriel. **Tributologia #113 - a absurda modulação de efeitos do tema 745**. YouTube, 12 dez, 2021. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=jpijrcpFJs>>. Acesso em 11/07/2022.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de Direito Constitucional Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, T. A., MOURÃO R. C. S., **Considerações sobre a ‘modulação seletiva’**. Conjur, 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/rodrigues-mourao-consideracoes-modulacao-seletiva>>. Acesso em 11/07/2022.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 0031477-80.2010.8.24.0023; Apelação Cível em Mandado de Segurança. Alíquota de ICMS (25%). Energia Elétrica e Serviços de Telecomunicação (...) Apelado: Estado de Santa Catarina. Apelante: Lojas Americanas S. A. Relator: Des. José Volpato de Souza. Curitiba, 8 mar, 2012. Edital 0804/12, Publicado em 27/03/2012.

SANTOS, André Torres dos. **Modulação de efeitos na jurisdição constitucional em matéria tributária: uma análise de seus pressupostos materiais de aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2021. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributação e Liberdade**. In: Adilson Rodrigues Pires; Heleno Taveira Tôres. (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1.

SILVA, Guilherme Villas Boas e. **O argumento financeiro e a modulação de efeitos no STF**. São Paulo: Almedina, 2020.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002. TORRES, Ricardo Lobo. *O Poder de Tributar no Estado Democrático de Direito*. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Barueri: Manole, 2005.

VELANO, Emília Maria. **Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Tributária.** Curitiba: Juruá, 2011.