

Sócios – Partners

Sacha Calmon Navarro Coêlho | Misabel de Abreu Machado Derzi
André Mendes Moreira | Valter Lobato | Juliana Junqueira Coelho
Paula Derzi Botelho | Eduardo Junqueira Coelho | João Flávio Machado
Arnaldo Paiva | Mônica Barros | Gabriel Amarante | Guilherme Quintela
Tiago Conde | Patrícia Gaia | Frederico Breyner | Fernando Moura | Alice Gontijo

SACHA CALMON
MISABEL DERZI
CONSULTORES E ADVOGADOS

Exame do risco de modulação de efeitos no RE 574.706 (ICMS na base do PIS e da COFINS)

**Segurança Jurídica e Proteção da Confiança.
Excepcional Interesse Social: necessária
demonstração objetiva.**

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º
andares - Cep 34006-056. Vale do
Serenó - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22,
15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar,
Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A
Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

Sócios – Partners

Sacha Calmon Navarro Coêlho | Misabel de Abreu Machado Derzi
André Mendes Moreira | Valter Lobato | Juliana Junqueira Coelho
Paula Derzi Botelho | Eduardo Junqueira Coelho | João Flávio Machado
Araldo Paiva | Mônica Barros | Gabriel Amarante | Guilherme Quintela
Tiago Conde | Patrícia Gaia | Frederico Breyner | Fernando Moura | Alice Gontijo

Agosto / 2018

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
2. A posição do STF sobre o ICMS na base do PIS-COFINS.....	2
3. Análise descritiva e crítica do risco de modulação.....	3
3.1. A eficácia <i>ex tunc</i> como regra.....	3
3.2. Constituição e as exceções à regra.....	5
3.3. Como o pedido de modulação deveria ser decidido?.....	6
3.3.1. Razões de segurança jurídica: alteração de jurisprudência dominante?.....	7
3.3.2. Razões de segurança jurídica: proteção da confiança e Estado de Direito.....	7
3.3.3. Excepcional interesse social.....	10
3.4. Como o pedido de modulação provavelmente será decidido?.....	14
4. Observações conclusivas.....	17
4.1. Qual é o risco de deferimento de efeitos modulatórios à decisão do STF?.....	17
4.2. Como devem ser encarados a coisa julgada em favor da B3P e o reconhecimento dos valores discutidos na ação como um “ativo”?.....	18

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo –SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higiópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

1. Introdução

A empresa B3P Mining S.A. (“B3P”) nos informa que:

(i) obteve coisa julgada em ação que declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;

(ii) em seguida, reconheceu todos os valores discutidos na ação como um ativo, interrompeu a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS para as operações futuras e habilitou o crédito passado para compensação com valores vincendos;

(iii) nos autos do caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria (RE 574.706/PR), foram apresentados embargos declaratórios pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, com pedido de modulação dos efeitos da decisão a partir de 2018 ou, alternativamente, a partir da data da própria decisão do STF.¹

A partir disso, solicita-nos Parecer Jurídico capaz de atender às seguintes dúvidas ou questionamentos:

¹ “16. [...] Várias empresas, dentre elas a B3P, tiveram sucesso em ações que declararam de forma incidental a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Muitas destas ações, dentre elas a da B3P, adotaram os fundamentos do precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) sobre a matéria, citando-o de forma expressa. Transitada em julgado a ação tributária em que foi autora, a B3P reconheceu todos os valores discutidos na ação como um ativo, interrompeu a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS para as operações futuras e, ainda, habilitou o crédito passado para compensação com valores vincendos. Uma vez que a alíquota média de ICMS incidente sobre diversos minerais é de 18%, o sucesso da B3P teve um impacto significativo em seu patrimônio. 17. Todavia, em 3 de novembro de 2017, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN interpôs embargos declaratórios no precedente do STF que decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão da parcela de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Nestes embargos a PGFN requereu a modulação dos efeitos da decisão a partir de 2018 ou, alternativamente, a partir da data da própria decisão do STF. O assunto foi amplamente divulgado na imprensa em razão do impacto econômico que estes efeitos modulatorios, se concedidos, teriam na indústria minerária. [...] ANEXO XVI - O Tribunal Arbitral constituído para dirimir as controvérsias referentes ao Procedimento Arbitral n.º 00/18, considerando o disposto no Termo de Arbitragem e as matérias a propósito das quais deve se pronunciar, DECIDE: [...] (ii) Conceder às Partes prazo para, até 28 de agosto de 2018, apresentarem suas alegações iniciais, em forma de memorial, abordando os seguintes pontos: [...] c. Se há necessidade de serem garantidas as obrigações assumidas pela Requerida no Contrato de Compra e Venda de Ações, em razão da possível modulação de efeitos na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;”. CAMARB. *IX Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação Petrônio Muniz – Caso. 2018.* Disponível em: <http://competicao.camarb.com.br/caso_IX_competicao_brasileira_de_mediacao_e_arbitragem_CAMARB_df/> (acesso em 25 jul. 2018).

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

- Qual é o risco de deferimento de efeitos modulatórios à decisão do STF?

- Como devem ser encarados a coisa julgada em favor da B3P e o reconhecimento dos valores discutidos na ação como um ativo?

Respondê-las é o objetivo do presente.

2. A posição do STF sobre o ICMS na base do PIS-COFINS

Em março de 2017, o Plenário do STF julgou o RE 574.706/PR (Tema 69) e entendeu, por maioria, que o ICMS, por não se enquadrar no conceito de faturamento ou de receita bruta, deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. Os Ministros consignaram não ser possível conceber a incidência das contribuições sem a existência de uma vantagem ao contribuinte, ou seja, o ingresso definitivo de uma riqueza ao seu patrimônio. Assim, destacaram que os valores arrecadados com o ICMS têm como destinatário exclusivo os Estados, de forma que a quantia apenas transita na contabilidade do contribuinte, não configurando, portanto, fato gerador do PIS ou da COFINS. Os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes foram vencidos, pois entenderam que a receita bruta engloba todos os valores recebidos pelo contribuinte na operação de venda de mercadorias, inclusive o ICMS. Quanto à modulação de efeitos da decisão, a Ministra Cármen Lúcia afirmou não ser possível apreciá-la nesse momento, uma vez que inexistente, até então, pedido nesse sentido.

Em outubro de 2017, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração ao acórdão alegando a existência de: **(i)** erro material, no que tange à interpretação do art. 187 da Lei nº 6.404/1976 e do art. 12 do DL nº 1.598/1977; **(ii)** omissão, por não haver pronunciamento acerca da similitude fática entre o caso vertente e o julgamento dos RE's 212.209/RS e 582.461/SP; **(iii)** contradição, com relação às interpretações das lições doutrinárias utilizadas e a compreensão alcançada pela tese vencedora; e **(iv)** obscuridade, pela existência de fundamentos amplos com efeitos diversos, sem a definição do fundamento determinante para a decisão, e pela falta de esclarecimento acerca do modo que o tributo deve ser decotado da base de cálculo. Por fim, a Fazenda pediu a modulação de efeitos para que a decisão proferida só produza efeitos gerais após o julgamento dos presentes embargos e da definição de todas as questões pendentes, dado o inequívoco impacto e abrangência da matéria tratada.

Em abril de 2018, a 1ª Turma do STJ julgou o Ag 1.359.424/MG e, por unanimidade, seguiu a orientação firmada pelo STF no RE 574.706/PR,

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

submetido ao rito da repercussão geral, decidindo pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Os Ministros afirmaram que não é necessário o sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, em face da decisão proferida pelo STF, por não ser papel do STJ aguardar eventual modulação de efeitos do entendimento firmado em regime de repercussão geral, que tem efeito imediato. Por fim, os Ministros destacaram que o próprio STF já está aplicando o precedente e, inclusive, expandindo seu alcance a outros tributos.

Nos dias 21 e 23 de maio de 2018, ao julgar o segundo Agravo Regimental no RE 440.787/RS, o segundo Agravo Regimental no RE 363.988/GO e o Agravo Regimental no AI 700.220/RS, a 1ª Turma do STF decidiu, por unanimidade, que o entendimento fixado em repercussão geral deve ser observado a partir da publicação do acórdão respectivo, nos termos do art. 1.040 do CPC. Com isso, o Tribunal rejeitou o pedido da União para que os recursos ficassem sobrestados até a apreciação dos embargos declaratórios opostos nos autos do acórdão paradigma que decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706/PR). Os embargos declaratórios em questão têm como principal pedido a modulação dos efeitos da tese firmada pelo Tribunal. Considerando que a tentativa de sobrestamento tinha fins protelatórios, o STF aplicou multa de 5% sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos dos arts. 1.021, § 4º e art. 98, § 4º do CPC.

3. Análise descritiva e crítica do risco de modulação

3.1. A eficácia *ex tunc* como regra

O Direito Constitucional contemporâneo empreende em muitos países, como no nosso, um controle judicial das decisões legislativas. “*O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno*” (...) pondera Mauro Cappelletti, “*está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz*”.²

Segundo a Constituição da República, as sentenças do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle abstrato/concentrado e no controle concreto/difuso são ditas “*declaratórias*”. A Constituição da República refere-se às ações diretas de inconstitucionalidade e às ações “*declaratórias*” de constitucionalidade (artigo 102, I, § 2º, e artigo 103), e, ainda, refere-se literalmente às

² CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1984. p. 26.

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

“*declarações de inconstitucionalidade por omissão*” no § 2º do artigo 103. Em relação ao controle concreto/difuso, exercido por meio de recurso extraordinário, a Constituição da República estabelece a competência da Corte Constitucional “*quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*” no artigo 102, III, b.

Sob o enfoque mais geral do controle de constitucionalidade e das limitações constitucionais ao poder de tributar, já pontificou Sacha Calmon³. O caráter declaratório das decisões proferidas no controle, assim extraído da própria Constituição, por inferência lógica, corroborada pelos textos clássicos já citados, acarreta então os tempos da eficácia *ex tunc*, que são inerentes àquelas sentenças ditas “declaratórias”. Em princípio, elas alcançam os efeitos dos fatos sucedidos no “agora que não mais se dá” (passado) e atingem os fatos que estão no “agora do que ainda não se dá” (futuro).

Um retrato dos efeitos *ex tunc* das sentenças declaratórias do Supremo Tribunal Federal é feito, com felicidade, por Teori Zavascki⁴:

A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito ou ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. ‘A Corte’ explicou o Ministro Brossard, ‘verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.

³ Sobre o controle de constitucionalidade misto e suas conseqüências no Direito Tributário brasileiro, ver, em especial: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.48-9.

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

As exceções a tal lógica somente poderiam ser interpostas pela própria Constituição da República, que define as decisões advindas do controle como declaratórias, disciplinando sua natureza e seus efeitos. Ou, ainda, por decisão da própria Corte Suprema, que interpreta a Constituição e pode pesar e sopesar a sua estrutura, os valores e princípios que a comandam e a natureza de sua função, isto é, as razões de conveniência, de justiça e de segurança jurídica, atenuando os efeitos *ex tunc* desencadeados pelas decisões declaratórias proferidas.

3.2. Constituição e as exceções à regra

Em 8 de abril de 1997 foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 2.960. Iniciativa do Poder Executivo, o Projeto tinha como escopo disciplinar o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ao alcançar a outra casa legislativa, em 1999, foi numerado como Projeto de Lei do Senado n.º 10.

O art. 27 do PL original tratava de estabelecer os parâmetros para a possibilidade de modulação dos efeitos de decisão do STF que declarasse inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Com a conversão do PL em lei ordinária – Lei n.º 9.868/1999 –, o dispositivo manteve idêntica numeração e teor:

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.

Também o artigo 27 da Lei 9.868, de 10/11/1999, confirma a regra da eficácia *ex tunc*, mas autoriza que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal possa restringir ou modificar esses efeitos, escolhendo o momento a partir do qual serão desencadeados e graduando-lhes a intensidade, desde que o faça por maioria de dois terços de seus membros.⁵ Sobre o tema, pondera Teori Zavascki⁶:

Mutatis Mutandis, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.99, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério

⁵ A Lei 9882/99 estende a possibilidade à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁶ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças...*, op. cit., p. 50.

comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados, com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868, 10.11.1999, faz juízo de valor sobre fatos já passados.

A eficácia *ex tunc*, assim concebida para as sentenças proferidas nas ações de controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, é de igual modo e tempo a mesma, própria do controle incidental, difuso e concreto. A única diferença reside no fato de que o legislador ainda não fez uma intervenção específica, para autorizar, expressamente à Corte, a modulação dos efeitos, como ocorreu nas sentenças declaratórias do controle abstrato/concentrado. E seria necessário? Afinal, na licença contida no artigo 27 da citada Lei n. 9.868/99, estão envolvidos valores e princípios da mais alta relevância constitucional, como segurança jurídica e interesse social.

Não temos dúvida em afirmar que, à luz da Constituição da República, a questão, entre nós, é e sempre foi de hermenêutica constitucional (jamais de regulação por lei infraconstitucional, como admitem outras ordens jurídicas). Também nos EUA, o modelo de controle difuso, que foi repetido entre nós de forma aparentada, em princípio, somente gera efeitos *inter partes*, importando o reconhecimento da inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*. A Corte Constitucional daquele País passou a atenuar os efeitos *ex tunc* da decisão, como noticia Gilmar Mendes, ao argumento de que a Constituição nem tampouco proibiria, nem tampouco obrigaria o efeito retroativo da decisão, que declara a inconstitucionalidade do ato. Naquela ordem jurídica, encimada por uma Constituição similar à nossa, que não define, nem expande ou limita efeitos à natureza da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, nem remete à legislação infraconstitucional a dosificação da competência da Corte Suprema, já se conhecem decisões de efeitos variados, a saber: que declaram a inconstitucionalidade *ex tunc*, com efeitos re- troativos; ou *ex nunc*, com efeitos simplesmente prospectivos, limitados, em que são desvinculados os fatos pretéritos, para serem atingidos os processos em curso e os futuros; e, ainda, *ex nunc*, de efeitos prospectivos ilimitados, em que a decisão não se aplica ao caso *sub iudice*, mas apenas aos futuros. Estaremos, então, em face de efeitos exclusivamente *pro futuro*.⁷

3.3. Como o pedido de modulação deveria ser decidido?

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291-294.

Antes de identificar as tendências de decisão do STF em relação ao pedido de modulação no RE 574.706, responderemos à questão: qual é a melhor solução para o caso? Como deve ser decidido? O caso deve ser entendido como exceção à regra dos efeitos *ex tunc*?

Para tanto, examinaremos e responderemos se houve ou não alteração de jurisprudência dominante, bem como se há alguma razão de segurança jurídica ou excepcional interesse social apta a autorizar a modulação.

3.3.1. Razões de segurança jurídica: alteração de jurisprudência dominante?

Todos os poderes públicos têm o dever de observar e cumprir, com boa-fé, a letra e o espírito da Constituição, das leis, enfim, do Direito. Integra esse dever a obrigação de ser coerente, cujo sentido maior está em impedir mudanças abruptas em detrimento do administrado ou jurisdicionado. Tudo isso decorre de importantes princípios constitucionais, como o princípio do Estado Democrático de Direito, da Segurança Jurídica, da Boa-Fé e Proteção da Confiança, da Solidariedade, da Legalidade e da Moralidade Administrativa (arts. 1º; 3º, I; 5º, *caput* e XXXVI; 37, *caput*; etc.); bem como de reiterações infraconstitucionais, como exemplifica o art. 926 do CPC, para quem “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.⁸

Com essa mesma *ratio*, o art. 927, § 3º do CPC estabelece que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. É dispositivo que precisa ser compreendido corretamente. Assim como ocorre com o art. 27 da Lei 9.868/99, o art. 927, § 3º do CPC também exemplifica ou materializa prescrições cuja base primeira e maior se encontra na própria Constituição.

O RE 574.706, ao excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, não representou mudança de entendimento capaz de justificar, sob essa grafia, alguma modulação de seus efeitos. Ao contrário: a posição afirmada pelo Tribunal nesse acórdão fez confirmar um entendimento que o Tribunal Pleno havia adotado anteriormente ao julgar o RE 240.785 (que, diferentemente do RE 574.706, não contava com repercussão geral reconhecida).⁹

⁸ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (comentários ao art. 927 do CPC, itens 30-32).

⁹ Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 240785 / MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/10/2014.

3.3.2. Razões de segurança jurídica: proteção da confiança e Estado de Direito

A modulação de efeitos assentada em segurança jurídica deve levar em conta o elemento da *confiança*. Esse elemento é uma importante manifestação da segurança jurídica, bem como um princípio jurídico por si só (daí haver quem defenda a segurança jurídica como “sobreprincípio”). Há um teste para saber como se relaciona com cada caso, composto pelos seguintes passos de avaliação: apurar se a norma declarada inconstitucional é digna ou merecedora de confiança; se os agentes públicos e os particulares conheciam a norma e nela efetivamente confiaram; se houve exercício de confiança (atos de disposição de liberdade ou patrimônio causalmente vinculados à norma); e se houve frustração, no sentido de exercício de confiança acompanhada de grande e injustificada surpresa.¹⁰

Como tivemos a chance de defender noutra oportunidade¹¹, o princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança. Essa a razão de sua invocação apenas em presença de modificação jurisprudencial em detrimento do contribuinte. Sintetizando os argumentos ali defendidos, temos:

- Tais princípios são antes limitações do poder de tributar, em especial a irretroatividade e a proteção da confiança. Apresentam-se ambos, como expressão da segurança jurídica, no rol dos direitos e garantias fundamentais. Essa também a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme Súmula 654: “a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

- É notável a relação de dependência do cidadão em face do Estado, em seus atos de intervenção e de regulação, de modo que o Ente estatal tem mais recursos, e muito mais abrangentes, para se prevenir de uma decepção (a criação de novos tributos é apenas um exemplo entre outros). Nessas hipóteses, aplica-se a regra “quanto mais tanto mais” que Bachof desenvolveu no Seminário de Ensino sobre o Estado de direito” de 1973, que diz o seguinte: “quanto maior for a pressão da obrigatoriedade exercida pelo poder público, vinculando respectivamente o comportamento do indivíduo, e quanto mais o

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.536.

¹¹ 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, *passim*.

indivíduo ficar dependente de uma decisão do poder público, mais fortemente ele dependerá da possibilidade de poder confiar nessa decisão.”¹² Todo aquele que tem posição soberana em relação aos acontecimentos/eventos não tem confiança a proteger. O Estado é que tem domínio sobre os atos praticados por seus três Poderes.

- Se a proteção fosse considerada em favor do Estado, poderia ficar vulnerado o Estado de direito, já que, apoiado na sua confiança, o Estado não poderia alcançar uma posição jurídica melhor frente ao cidadão do que, de qualquer modo, já resulta da lei, ou seja, no direito público, direitos e deveres dos cidadãos decorrem diretamente da lei.

- Se os atos, ações e omissões do cidadão em face do Estado, abusivos ou fraudulentos, delituosos e de má-fé, todos já são previstos e sancionados nos termos da lei, mas é significativo, como explica Weber-Dürler, “que, nesse contexto, sempre se fale do abuso de direito do cidadão, e não da proteção da confiança do Estado.”¹³

- São aplicáveis os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, para favorecer uma pessoa jurídica de direito público contra a outra, em convênios e contratos. Casos como de reduções de subvenção, de transferências ainda que voluntárias, mas já prometidas, podem ensejar soluções baseadas na boa-fé objetiva ou na proteção da confiança, como no direito privado.

Se as modificações de jurisprudência ocorrem em detrimento das Fazendas Públicas, não se apresentam adequados, então, os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, já que são limitações constitucionais do poder judicial de tributar.

Baseando-se no trabalho de Derzi, Ávila sustenta, na mesma senda, que a segurança jurídica não pode ser usada para fundamentar a restrição de direitos fundamentais. Esse entendimento, segundo o autor, baseia-se em três razões: **(i)** a segurança “é princípio protetivo de direitos individuais frente ao Estado, e não instrumento de aumento do poder do Estado”; **(ii)** em Direito Tributário, seu caráter de trunfo dos particulares contra o Estado é reforçado pela adoção, no texto constitucional, da expressão “limitações ao poder de tributar”; **(iii)** quando o tema é proteção da expectativa, a Constituição contém normas igualmente protetivas dos indivíduos frente ao Estado, como a proteção

¹² Ver MUNKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Band 576. Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

¹³ WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn., 1983, p.6-12.

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.¹⁴ Ademais, após explicitar a linha argumentativa da proteção da confiança do Estado na arrecadação tributária (o Estado adquire o direito a executar um determinado planejamento financeiro e decisório que não deve ser frustrado em caso de declaração de inconstitucionalidade do tributo em questão, afirmando-se, aí, a necessidade de modulação de efeitos), coloca-se contrário a ela por entender que a proteção da confiança “pressupõe uso por parte de quem se submete ao Direito e, tendo nele confiado, seja por ele posteriormente surpreendido”, ou seja, limita-se ao particular, e não ao Estado, já que esse último não estaria apto a ser surpreendido pelo comportamento de outra pessoa.¹⁵

Ante todo o exposto, não faria sentido algum uma modulação assentada em segurança jurídica, seja porque não houve mudança substancial da jurisprudência, seja porque, ainda que isso tivesse se passado, a proteção da confiança é trunfo do particular frente ao Estado, i.e., não há proteção da confiança orçamentária ou qualquer outra linha interpretativa que coloque a proteção da confiança como apta a tutelar interesses do próprio Poder Público.

3.3.3. Excepcional interesse social

Inexistente o fundamento de segurança jurídica, poderia a modulação assentar-se em razões de excepcional interesse social?

Cabe à literatura especializada e principalmente aos tribunais a função de esclarecer o sentido e alcance de conceitos indeterminados como esse. A doutrina fez o alerta para a necessidade de o aplicador dar a conceitos assim “uma explícita determinação”.¹⁶ Isso jamais deve ser tomado por simples exortação: trata-se, além de advertência doutrinária, obrigação jurídica imposta a todo julgador em virtude do dever constitucional de justificação (art. 93, IX). De fato, preocupado em enfatizar essa obrigação, o Poder Legislativo decidiu dar-lhe concretização expressa em texto legal por meio do art. 489, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC).

O STF, entretanto, ainda não logrou delimitar o campo semântico das razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social” *com a precisão apropriada*. Poderia tê-lo feito, e há muito: um dos principais casos sobre modulação em matéria tributária (RE 556.664/RS), *v.g.*, foi julgado em

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.542-543.

¹⁵ ÁVILA, *op. cit.*, p.544-546.

¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 96.

junho de 2008 (portanto, há mais de dez anos).¹⁷ Outros casos se sucederam em que o STF, seja em conformação de Tribunal Pleno, seja em decisão de Turma, fez menção ao termo sem dar pistas de quais elementos específicos o compõem.¹⁸

Por outro lado, mesmo não havendo delimitação precisa, coesa, frequentemente observada e reiterada, ainda assim o analista atento encontrará traços de significação ao examinar a jurisprudência do STF. Há variadas evidências disso. Nesse sentido, o Tribunal já enfatizou: *(i)* a modulação como exceção a ser atribuída com máxima *cautela* e com *atenção* à “repercussão econômico-financeira”¹⁹; *(ii)* que a modulação não deve servir para dar validade aos efeitos de normas “claramente inconstitucionais”²⁰; *(iii)* que o prejuízo à segurança jurídica ou a excepcional interesse social precisa ser demonstrado de forma *objetiva*, com *dados concretos*²¹ e para além de dúvidas²²; *(iv)* que *excepcional interesse social* é categoria passível de fundamentar-se em diferentes normas constitucionais, além de expressão que pode equivaler, por

¹⁷ Na ocasião, a modulação foi justificada pelo relator de então, Min. Gilmar Mendes, como meio para preservação da segurança jurídica, em particular, porém sem maiores explicações conceituais. Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 556664 / RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/06/2008.

¹⁸ Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 2909 ED / RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 09/02/2018, publ. 26/02/2018; STF, Primeira Turma, RE 867677 AgR / SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/10/2017, publ. 25/10/2017; etc.

¹⁹ “A jurisprudência desta Suprema Corte *tem sido cautelosa na atribuição de efeitos prospectivos* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, principalmente no que tange a causas de tal espécie, nas quais a concessão unilateral de exoneração tributária de ICMS por parte de um dos Estados-membros gera indiscutível *repercussão econômico-financeira* aos demais Estados” (*destaques* nossos). Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 3794 ED / PR, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 18/12/2014, publ. 25/02/2015. Ver, também, STF, Tribunal Pleno, ADI 3794 ED / PR, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 18/12/2014, publ. 25/02/2015 (demonstrando preocupação com repercussões financeiras de eventual modulação).

²⁰ “[A] jurisprudência do STF não tem admitido a modulação de efeitos no caso de lei estadual instituir benefícios fiscais sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, §2º, XII, g, considerando, portanto, correta a declaração da nulidade de tais normas com os tradicionais efeitos *ex tunc*. Isso porque, caso se admitisse a modulação de efeitos em situações como a presente, ter-se-ia como válidos os efeitos produzidos por benefícios fiscais claramente inconstitucionais no lapso de tempo entre a publicação da lei local instituidora e a decisão de inconstitucionalidade. Acabaria por se incentivar a guerra fiscal entre os Estados, em desarmonia com a Constituição Federal de 1988 e com sérias repercussões financeiras.” STF, Tribunal Pleno, ADI 3794 ED / PR, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 18/12/2014, publ. 25/02/2015.

²¹ “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a revisão das balizas que determinaram a amplitude da modulação determinada na origem depende da demonstração objetiva de risco à segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Na hipótese, o recorrente não trouxe nenhum dado concreto a demonstrar a necessidade de modificação da decisão recorrida.” STF, Primeira Turma, RE 736625 AgR / DF, Rel. Min. Rosa Weber, publ. DJe 27/08/2014. No mesmo sentido: STF, Segunda Turma, RE 634.398-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, publ. DJe 13/06/2014; STF, Primeira Turma, ARE 672.673-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publ. DJe 18.6.2014; STF, Primeira Turma, RE 772765 AgR / PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 05/08/2014, publ. DJe 05/09/2014; STF, Segunda Turma, RE 535085 AgR / GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/04/2013, publ. 23/04/2013.

²² STF, 2ª Turma, RE 845766 AgR / SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 05/04/2016, publ. 11/05/2016 (caso em que os fatos a justificar a modulação foram apresentados como notórios, mas ensejavam dúvidas segundo a ótica do tribunal).

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

exemplo, à necessidade de continuação de serviço público de grande importância social.²³

Não é difícil perceber como o pedido de modulação de efeitos no caso do ICMS na base do PIS e da COFINS dialoga com os elementos acima. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), v.g., levantou argumento em sede de possível repercussão financeira para justificar o pedido: os efeitos retroativos causariam um impacto de 20 bilhões de reais ao ano, 100 bilhões nos últimos cinco anos e 250 bilhões no período entre 2003 e 2014, com severos impactos negativos nos orçamentos da seguridade (saúde, previdência e assistência social). Há, contudo, razões para acreditar que esse impacto não foi devidamente demonstrado, de forma objetiva e com dados concretos para além das dúvidas, como já fixou o próprio STF. É o que sustentaram Tathiane Piscitelli, Maria Raphaela Dadona Matthiesen e Breno Ferreira Martins Vasconcelos.²⁴

²³ “Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. [...] [A] má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. [...] *Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social* para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente.” Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 1842 / RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, publ. 16/09/2013. Ver, também, os seguintes trechos do voto do Relator para o Acórdão: “[O] princípio da nulidade somente há de ser afastado se demonstrado, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica *ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social*. Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica *ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante*. [...] *Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais*” (destaques nossos).

Na doutrina, entendimento similar de que o excepcional interesse social envolve normas constitucionais de fundamental importância pode ser encontrado em: ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 86-87 (também citado por: TOYODA, Hisashi. *A modulação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal na seara tributária: o substrato moral das decisões judiciais*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p.112).

²⁴ PISCITELLI, Tathiane; MATTHIESEN, Maria Raphaela Dadona; VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins. Por que o STF não deve confiar no impacto de R\$ 250 bi? Receita não sabe como chegou ao valor que fundamenta pedido de modulação no caso “ICMS PIS/COFINS”. *Portal Jota*, 4 set. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/porque-o-stf-nao-deve-confiar-no-impacto-de-r-250-bi-04092-017>>. Acesso em 10 jul. 2018.

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar,
Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A
Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

O valor de 250 bilhões foi afirmado pela própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2017 (Lei nº 13.408/16), em seu Anexo V – Riscos Fiscais, sendo estimativa que, nos termos da justificativa da lei, “é fornecida pela Receita Federal do Brasil e leva em consideração a perda de arrecadação anual e uma estimativa de impacto de devolução”. Piscitelli, Matthiesen e Vasconcelos se valeram da Lei de Acesso à Informação para requerer o acesso aos dados, critérios, fórmulas, cálculos e razões que informam esse trabalho da Receita. Após rejeição e recurso administrativo, receberam como resposta que o valor “corresponde ao período de 2003 a 2014, com valores atualizados para 2014”, e que, para a realização do cálculo, “foi estimado que o ICMS representa 9,57% do valor do PIS/Cofins. Este percentual foi aplicado aos valores da arrecadação total do PIS/Cofins (excluindo-se as instituições financeiras) referente ao período de 2003 a 2014 (R\$1.973,85 bilhões). O valor resultante de R\$188,90 bilhões foi atualizado para 2014 pela SELIC, obtendo-se o valor final de R\$ 250,29 bilhões”.

25

Em face disso, Piscitelli e demais solicitaram explicações sobre o que foi levado em conta para fixação do citado percentual de 9,57 relativo ao ICMS. Novamente após recusa e recurso administrativo, foi-lhes dito que o percentual havia sido originalmente utilizado na “Nota Conjunta Copan/Copat nº 001, de 25 de janeiro de 2008”, “não constando do citado documento maiores detalhamentos sobre o cálculo dos valores apresentados e tampouco qualquer descrição metodológica referente à solicitação”.²⁶

Tudo isso revela quão açodado e insuficiente é a estimativa apresentada pela PGFN. A falta de transparência sobre como os cálculos foram feitos e quais foram exatamente as suas premissas abre espaço para críticas de diferentes tipos, como: **(i)** é possível que valores prescritos tenham sido levados em consideração; **(ii)** é possível que os valores tenham abarcado, erroneamente, contribuintes do PIS e da COFINS que não são contribuintes do ICMS, como sói ocorrer, *v.g.*, com tantas pessoas jurídicas prestadoras de serviços; **(iii)** é possível que a estimativa tenha partido do pressuposto irreal de que todos os contribuintes pleitearão, e com êxito, a restituição dos valores.

²⁵ PISCITELLI, Tathiane; MATTHIESEN, Maria Raphaela Dadona; VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins. Por que o STF não deve confiar no impacto de R\$ 250 bi? Receita não sabe como chegou ao valor que fundamenta pedido de modulação no caso “ICMS PIS/COFINS”. *Portal Jota*, 4 set. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/porque-o-stf-nao-deve-confiar-no-impacto-de-r-250-bi-04092-017>>. Acesso em 10 jul. 2018.

²⁶ PISCITELLI, Tathiane; MATTHIESEN, Maria Raphaela Dadona; VASCONCELOS, Breno Ferreira Martins. Por que o STF não deve confiar no impacto de R\$ 250 bi? Receita não sabe como chegou ao valor que fundamenta pedido de modulação no caso “ICMS PIS/COFINS”. *Portal Jota*, 4 set. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/porque-o-stf-nao-deve-confiar-no-impacto-de-r-250-bi-04092-017>>. Acesso em 10 jul. 2018.

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

Voltemos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Num caso sobre arrendamento mercantil financeiro no âmbito do Imposto sobre Serviços (ISS), o Município havia solicitado a modulação sob o argumento de que a alteração jurisprudencial sobre a matéria ofenderia a segurança jurídica e provocaria a falência de municípios brasileiros, o que caracterizaria excepcional interesse social. A Segunda Turma do STF não apreciou o pedido de modulação por considerar que isso envolveria reexame de fatos e provas.

O relator, Min. Dias Toffoli, chegou a destacar que os fatos não seriam notórios, “não são de conhecimento geral, não estão no domínio público nem são perceptíveis por qualquer pessoa de mediano entendimento ou cidadão comum. Em verdade, surgem de levantamento administrativo promovido pelo próprio Município recorrente, notadamente para tentar reforçar seu interesse. Além disso, os fatos notórios *não deveriam ensejar dúvidas*, as quais existem no presente caso”.²⁷

Noutro caso, a mesma Segunda Turma asseverou que “o mero risco de repetição de indébito de valores recolhidos [...] não enseja, por si só, a mitigação do princípio da nulidade”, além de reiterar a necessidade de “demonstração objetiva”.²⁸

Levado a sério o requisito de demonstração objetiva, tal não se encontra preenchido até o momento.

3.4. Como o pedido de modulação no RE 574.706 provavelmente será decidido?

Ante o exposto, há razões fortes para defender a rejeição do pedido de modulação dos efeitos. Inexiste, na jurisprudência do STF, assentamento semântico dos conceitos de “razões de segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”. Isso ocorreria se o Tribunal, por exemplo, houvesse delimitado pormenorizadamente o que compõe cada conceito, além de seguir essa delimitação em um número bastante de casos. Nada disso, contudo, ocorreu.

Sendo assim, a tarefa de apresentar algum prognóstico sobre como o pedido de modulação no RE 574.706 será decidido revela-se difícil e desafiadora. Difícil, mas não impossível.

Num exercício de aproximação, é este o primeiro ponto que nos cabe ressaltar e ressaltar: não há nenhuma garantia de que os argumentos

²⁷ STF, Segunda Turma, RE 845766 AgR / SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 05/04/2016, publ. 11/05/2016.

²⁸ STF, Segunda Turma, RE 535085 AgR / GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/04/2013, publ. 23/04/2013.

contrários à modulação constantes dos tópicos anteriores, ou quaisquer outros, sensibilizarão o Tribunal. Sobre o ponto sobre repercussão financeira, em particular, não há sinais, na tradição do Tribunal, que o argumento será rejeitado em virtude de imprecisão empírica (mesmo sendo suas bases tão frágeis e questionáveis, como demonstrado no tópico 3.3.3). Não é um ponto qualquer: trata-se do eixo central do pedido de modulação feito pela PGFN.

De fato, ainda que haja deficiências na demonstração objetiva da repercussão financeira danosa a normas constitucionais, **(i)** não parece haver, na prática do Tribunal, um parâmetro alto para apreciação de questões empíricas; ademais, **(ii)** a questão tem enorme relevância política para um ator influente, o governo federal; por fim, mas jamais menos importante, **(iii)** algum impacto na seguridade (saúde, assistência social, previdência social) a decisão certamente causa, sendo facilitada a percepção do liame entre esse impacto e normas constitucionais de fundamental importância pela própria natureza da matéria. Aliás, algum impacto a decisão causa não apenas na seguridade, mas num tema politicamente sensível para o governo e para outros setores influentes da sociedade: a dívida pública, parcialmente contemplada pelos recursos tributários da seguridade em decorrência da Desvinculação das Receitas da União (DRU).

Por tudo isso, há chances significativas de o STF acatar o pedido de modulação dos efeitos. Não se pode confundir, porém, a assertiva de que há chances significativas com a afirmação de que a modulação é certa. Não o é. Numa carta para um amigo, em desfecho de escrita mais solta ou permissiva, Benjamin Franklin disse famosamente que só há duas certezas na vida: “a morte e os tributos”. Se os tributos forem certos, a maneira como serão, como foram, e como são cobrados é terreno e reino das incertezas, ainda mais quando o assunto envolve um sistema tributário tão complexo quanto o nosso.²⁹

Acreditamos, porém, que há chances igualmente significativas de, em havendo modulação, essa ser afirmada de modo a resguardar aqueles que já tenham ingressado em juízo. Não se trata de *wishful thinking* por parte de quem tem por costume a defesa de contribuintes perante o Fisco e perante os tribunais. A estimativa decorre de observação da prática do próprio STF.

²⁹ O Banco Mundial, em parceria com a empresa de consultoria PwC, publica anualmente o relatório "Paying Taxes", no qual reporta a situação tributária de mais de cento e oitenta economias diferentes. Faz parte da investigação do Banco Mundial comparar os países segundo o tempo médio que é gasto apenas para calcular e pagar tributos. Em 2016 o Brasil se saiu quase duas vezes pior do que o penúltimo colocado. Cf. https://data.worldbank.org/indicator/LC.TAX.DURS?year_high_desc=true (acesso em 18 jul. 2018).

É bastante amplo o universo de decisões da nossa corte constitucional em que o tema da modulação é abordado ou tangenciado. O estudioso com foco nas decisões sobre modulação em matéria tributária e preocupação específica com as decisões de repercussão geral em que houve modulação perceberá que dois acórdãos se destacam: o RE 556.664/RS e o RE 593.849/MG. Sobre eles:

→ Em junho de 2008, o RE 556.664/RS foi julgado pelo STF em sede de Repercussão Geral. Na ocasião, o Tribunal decidiu por unanimidade e nos termos do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977. Quanto à modulação dos efeitos da decisão, o Tribunal decidiu, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos: “São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.”³⁰

→ O RE 593.849/MG foi julgado pelo STF em sede de Repercussão Geral (Tema 201) em outubro de 2016. Na ocasião, o Tribunal decidiu, por maioria de votos, que há direito à restituição do ICMS pago a mais, antecipadamente, a título de substituição tributária, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, nos termos do art. 150, §7º, da Constituição. A tese foi fixada nos seguintes termos: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. A decisão fundamentou-se, em especial, nos seguintes pontos: **(i)** a garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva e suas vantagens pragmáticas; **(ii)** o princípio da praticidade tributária não pode servir para justificar violações à igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, nem à arquitetura de neutralidade fiscal mandatária no ICMS; **(iii)** não se pode transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. Houve modulação dos efeitos da decisão para que o entendimento passasse a valer somente para os casos futuros, resguardados os casos pretéritos que já estivessem em trâmite judicial.³¹

O que os casos possuem em comum? Sempre que a modulação foi atribuída, ficaram resguardados os casos pendentes e não foram desconstituídos os casos passados.

³⁰ Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 556664 / RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/06/2008.

³¹ Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 593849 / MG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19/10/2016.

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

A ressalva feita para casos pendentes e passados encontra guarida em princípios constitucionais cruciais, como isonomia, devido processo legal, vedação de confisco e segurança jurídica. De fato, a ofensa aos casos *sub judice* e aos casos já decididos em favor dos contribuintes faria com que o exercício do direito de acessar o Poder Judiciário restasse desprezado, com equiparação do particular que ingressou com o particular que não ingressou em juízo, bem como incentivo para que o Poder Público se despreocupe em respeitar a Constituição.

Ademais, a equiparação do litigante com o que não agiu desrespeita a própria lógica do controle de constitucionalidade em suas modalidades *difuso* e *concentrado*. Se qualquer um pode, no caso concreto e sob o pano de fundo da discussão de seus direitos subjetivos, arguir inconstitucionalidade de norma pela via difusa, apenas alguns foram legitimados para a arguição em abstrato. Se um caso como o RE 574.706 for modulado sem qualquer ressalva quanto aos casos pendentes sobre a mesma matéria, o resultado seria, por via oblíqua e inconstitucional, o de conversão do controle difuso em controle concentrado: afinal, na prática o resultado da lide seria a declaração de inconstitucionalidade sem concretude alguma vis-à-vis os direitos subjetivos envolvidos.

É preciso acrescentar, além das considerações acima, uma reflexão específica sobre o poder da coisa julgada obtida pela empresa B3P no caso que nos foi apresentado. O respeito à coisa julgada é assegurado pela Constituição, e em termos firmes: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). Se o Poder Legislativo não pode inovar para prejudicar a coisa julgada, muito menos poderia o Poder Judiciário. É matéria constitucional assentada. E tampouco o CPC pode autorizar o desfazimento da coisa julgada por mudança ou ditame jurisprudencial. O art. 966 desse diploma não contempla hipótese semelhante.

Não há, portanto, nenhuma base para que a coisa julgada seja rescindida.

4. Observações conclusivas

Diante de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos apresentados:

4.1. Qual é o risco de deferimento de efeitos modulatórios à decisão do STF?

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

O pedido de modulação pode ser criticado de diferentes formas, destacando-se os seguintes elementos: (i) não há sinais de que tenha ocorrido alteração de jurisprudência dominante; (ii) a proteção da confiança é faceta do princípio da segurança jurídica que tutela o particular contra o Estado, e não o próprio Poder Público; (iii) não houve demonstração de que a modulação se justifica sob as bases da segurança jurídica e do excepcional interesse social no que tange aos impactos da decisão não modulada.

Além desses pontos de reflexão, convém lembrar o leitor também que a modulação exige quórum de dois terços dos Ministros do STF. É uma dificuldade adicional para que a modulação seja deferida, e uma dificuldade que não pode ser desprezada.

Ademais, talvez os Ministros decidam por indeferir o pedido sob o argumento adicional, dentre outros possíveis, de que o governo possui outras alternativas para mitigar os impactos orçamentários da decisão (como a criação de outros tributos ou a majoração de tributos existentes).

Ainda assim, variados subsídios confluem para a conclusão de que são significativas as chances de deferimento de efeitos modulatórios. Em particular, não parece haver, na prática do Tribunal, um parâmetro alto para apreciação de questões empíricas; a questão tem enorme relevância política para um ator influente, o governo federal; algum impacto na seguridade (saúde, assistência social, previdência social) a decisão certamente causa – na seguridade, e também num tema politicamente sensível para o governo e para outros setores influentes da sociedade: a dívida pública, parcialmente contemplada pelos recursos tributários da seguridade em decorrência da Desvinculação das Receitas da União (DRU).

Nada obstante, há chances igualmente significativas de, em havendo modulação, essa ser afirmada de modo a resguardar aqueles que já tenham ingressado em juízo.

É o que decorre, em especial, da observação do comportamento do Tribunal ao julgar o RE 556.664/RS e o RE 723.651/PR.

4.2. Como devem ser encarados a coisa julgada em favor da B3P e o reconhecimento dos valores discutidos na ação como um “ativo”?

A existência de coisa julgada em favor da B3P a coloca numa situação de risco ainda menor no caso de haver modulação. Isso porque, como já dito: (i) se houver modulação, provavelmente haverá também ressalva para os casos pendentes e passados (como ocorreu, e.g., no RE 556.664/RS e no RE

Belo Horizonte – MG

Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º andares - Cep 34006-056. Vale do Sereno - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ

Avenida Almirante Barroso, 22, 15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP

Av. Angélica 2.220, 4º andar, Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF

SHS Quadra 06 conj.A Bloco A Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br

Sócios – Partners

Sacha Calmon Navarro Coêlho | Misabel de Abreu Machado Derzi
André Mendes Moreira | Valter Lobato | Juliana Junqueira Coelho
Paula Derzi Botelho | Eduardo Junqueira Coelho | João Flávio Machado
Araldo Paiva | Mônica Barros | Gabriel Amarante | Guilherme Quintela
Tiago Conde | Patrícia Gaia | Frederico Breyner | Fernando Moura | Alice Gontijo

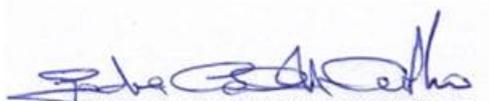
SACHA CALMON
MISABEL DERZI
CONSULTORES E ADVOGADOS

723.651/PR); **(ii)** o art. 5º, inciso , da Constituição veda que o Poder Legislativo prejudique, por meio de inovação normativa, a coisa julgada, sendo a mesma norma ainda mais forte, por decorrência lógica, em relação a eventuais prejuízos decorrentes de qualquer inovação por parte do Poder Judiciário; **(iii)** o CPC não contempla, nas hipóteses de desfazimento da coisa julgada, nenhuma possibilidade remotamente similar ao que ocorre em relação ao julgamento do ICMS na base do PIS e da COFINS.

Tudo levado em conta, há suporte para defender que a classificação dos valores discutidos na ação como um “ativo” está correta: **(i)** há a chance de não haver modulação alguma, como ilustram a dificuldade de quórum, a possibilidade de outras alternativas de Estado para mitigar os impactos orçamentários da decisão, os argumentos contra a existência de alteração jurisprudencial relevante, os argumentos contra a possibilidade de uso da proteção da confiança em prol do próprio Poder Público, os argumentos contra a existência de excepcional interesse social e de demonstração objetiva de repercussão financeira apta a provocar estado de inconstitucionalidade ainda maior etc.; **(ii)** ainda que o STF alcance o quórum e decida pela modulação, as chances são bem maiores de essa modulação respeitar o contribuinte que ingressou em juízo; **(iii)** por fim, as chances são ainda maiores, para não dizer certas, de respeito à coisa julgada, por todas as considerações feitas anteriormente no corpo deste Parecer.

É o parecer.

Nova Lima, 18 de agosto de 2018.


SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO
Professor Titular de Direito Tributário da
UFRJ (Faculdade Nacional de Direito)
Doutor em Direito Público pela UFMG
Coordenador do Curso de Especialização
em Dir. Tributário da Fac. Milton Campos
Presidente Honorário da ABRADT.


MISABEL ABREU MACHADO DERZI
Professora Titular de Direito Tributário da
UFMG e das Faculdades Milton Campos
Doutora em Direito Público pela UFMG
Presidente Honorária da ABRADT.
Membro da Fondation des Finances Publiques
FONDAFIP

Belo Horizonte – MG
Alameda Oscar Niemeyer, 119, 12º e 13º
andares - Cep 34006-056. Vale do
Serenio - Nova Lima
Tel 31 3289-0900
Fax 31 3286-3387
bh@sachacalmon.com.br

Rio de Janeiro – RJ
Avenida Almirante Barroso, 22,
15º andar - Centro
Cep 20031.000.
Tel/Fax 21 3212-0100
rj@sachacalmon.com.br

São Paulo – SP
Av. Angélica 2.220, 4º andar,
Ed. Angélica Business.
Cep 01228-200. Higienópolis
Tel/Fax 11 3061-1665
sp@sachacalmon.com.br

Brasília – DF
SHS Quadra 06 conj.A Bloco A
Sala 403/404 Ed. Brasil XXI- Asa Sul
Cep 70316-100 Brasília- DF
Tel/Fax 61 3224-1655
df@sachacalmon.com.br