

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EADP  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUÍS FERNANDO NOGUEIRA RODRIGUES**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS  
TEMPORAIS EM DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA JULGADA NO ÂMBITO DO PLENÁRIO VIRTUAL. UMA ANÁLISE  
DAS TENDÊNCIAS ARGUMENTATIVAS QUE REVERBERAM O  
CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA  
JURÍDICA.**

**BRASÍLIA  
2022**

**LUÍS FERNANDO NOGUEIRA RODRIGUES**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS  
TEMPORAIS EM DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA JULGADA NO ÂMBITO DO PLENÁRIO VIRTUAL. UMA ANÁLISE  
DAS TENDÊNCIAS ARGUMENTATIVAS QUE REVERBERAM O  
CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA  
JURÍDICA.**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito para conclusão  
da graduação em direito no Instituto  
Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e  
Pesquisa – IDP.

Orientador: Professor Doutor Lucas  
Bevilacqua Cabianca Vieira

**BRASÍLIA  
2022**

**LUÍS FERNANDO NOGUEIRA RODRIGUES**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS  
TEMPORAIS EM DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA JULGADA NO ÂMBITO DO PLENÁRIO VIRTUAL. UMA ANÁLISE  
DAS TENDÊNCIAS ARGUMENTATIVAS QUE REVERBERAM O  
CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA  
JURÍDICA.**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito para conclusão  
da graduação em direito no Instituto  
Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e  
Pesquisa – IDP.

Orientador: Professor Doutor Lucas  
Bevilacqua Cabianca Vieira

---

**Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira**

Professor Orientador

---

**Paulo Mendes de Oliveira**

Membro da Banca Examinadora

---

**Celso de Barros Correia Neto**

Membro da Banca Examinadora

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS  
TEMPORAIS EM DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA JULGADA NO ÂMBITO DO PLENÁRIO VIRTUAL. UMA ANÁLISE  
DAS TENDÊNCIAS ARGUMENTATIVAS QUE REVERBERAM O  
CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA  
JURÍDICA.**

Luís Fernando Nogueira Rodrigues

## SUMÁRIO

1 – O consequencialismo decisório e sua aplicação no direito tributário; 1.1 - O problema oriundo da extensão da interpretação da norma segundo a segurança jurídica; 1.2- O Supremo Tribunal Federal e a construção da técnica-argumentativa quando da modulação dos efeitos; 2 – Controle de constitucionalidade pelo STF a partir de uma perspectiva de segurança jurídica; 2.1. Limites do controle de constitucionalidade (A competência do Supremo Tribunal Federal segundo os limites constitucionais, uma análise a partir da limitação dos poderes); 2.2 o que se entende por consequencialismo; 3 – Critérios justificadores para modulação dos defeitos da decisão que reconhece a normal inconstitucional (aplicação da técnica); 3.1 O que se entende por razões de segurança jurídica; 3.2 O que se entende por razões de interesse social; 3.3 Dos critérios já utilizados pelo supremo tribunal federal como norteadores para modulação de efeitos; 4 – O Supremo Tribunal Federal e a modulação de efeitos no âmbito do plenário virtual – Uma análise de casos concretos sob a ótica dos parâmetros estabelecidos em lei; 4.1 O caso da cobrança de diferencial de alíquota alusivo ao ICMS - Recurso Extraordinário nº 1.287.019 (Tema nº 1.093); 4.2 O caso da diferenciação de alíquota do ICMS pelos Estados – Recurso Extraordinário 1.287.019 (Tema 745); 4.3 Breves considerações sobre as decisões do STF; 5 – Conclusão; 6 – Referências.

## RESUMO

O presente artigo tem por escopo a análise do fenômeno oriundo da prática da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, sob a ótica do emprego da argumentação consequencialista quando da construção argumentativa justificadora do posicionamento aplicado aos casos. Com objetivos descritivo-explicativos e propositivos, se pautando sobre a bibliografia recente, bem como utilizando como amostra casos concretos para fins exemplificação da tendência praticada pela Suprema Corte. Para fins de confronto e de eventual crítica, necessário se fez esmiuçar brevemente conceitos relevantes e complexos até se chegar à conceituação do consequencialismo. Por fim, alicerça-se o ideal suscitado com base em princípios como segurança jurídica e da não-surpresa, além de outros como o devido processo legal.

Palavras-chave: Consequencialismo. Modulação de efeitos. Segurança jurídica.

## ABSTRACT

The scope of this article is a phenomenon or practice of analysis of the modulation of the effects of the STF's unconstitutionality decisions in tax matters, from the perspective of the

use of consequentialist arguments in the construction of the arguments that justify the position applied to the cases. With descriptive-explanatory and propositional objectives, based on recent bibliography, in addition to using concrete sample examples for purposes of exemplification of the practical trend by the Federal Supreme Court. For criticism, it is necessary, and until it can be considered relevant and complex, to arrive at the conceptualization of consequentialism. Finally, the ideal raised is based on principles such as legal certainty and not surprise, in addition to others such as due process of law.

Keywords: Consequentialism. Modulation of effects. Legal certainty.

## INTRODUÇÃO

Com o advento do artigo 27 da Lei 9.868/99, outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de delimitar no tempo os efeitos de uma decisão tomada por mais de dois terços dos membros do Tribunal, amplamente conhecida como modulação de efeitos.

Com o passar dos anos, junto da aplicação da presente faculdade, se observou a tendência da utilização de conceitos não concretos como instrumentos justificadores das modulações de efeitos, à exemplo da segurança jurídica e de excepcional interesse social, que poderiam ser amoldados indistintamente a depender do caso analisado.

Humberto Ávila, pesquisador sobre o tema segurança jurídica e atualmente professor na Universidade de São Paulo (USP), em palestra ministrada no Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (EBCT) afirmou a necessidade de o direito ser compreensível, de forma a ser previsível e consequentemente estável<sup>1</sup>, atribuindo a esses fatores relação com o tempo.

No mesmo evento, o mesmo professor rechaçou a insegurança presente no judiciário, indicando que “[...] o contribuinte que confia no direito ontem não pode ser traído pelo próprio direito hoje”, sendo em sua concepção essa a principal razão do direito proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a proteção da confiança, as situações consolidadas, as preclusões, prescrições e decadências.<sup>2</sup>

Alinhado a essa compreensão, o também professor, Heleno Taveira, discorre sobre as consequências atinentes à ampliação do conceito de segurança jurídica conforme tem sido vista nos tribunais brasileiros e concluiu que “[...] o direito, como qualquer outro modelo de

---

<sup>1</sup>ÁVILA, Humberto: Segurança Jurídica Tributação e Desenvolvimento. 31 de julho de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=RuchoKYtTIg&t=3s>. Acesso em: 22 maio 2022.

<sup>2</sup> Ibidem

organização, traz ínsitos os potenciais riscos ou inseguranças, os quais podem se converter em arbítrio, em injustiça, em quebra de expectativas ou de situações já constituídas.”<sup>3</sup>

Dessa forma, a medida em que se observa uma expansão de decisões fundamentadas especialmente em conceitos, têm-se que as barreiras constitucionais que estabelecem os limites da atuação jurisdicional podem ser ultrapassadas, o que pode resultar em um relevante quadro de insegurança jurídica.

Ainda, muito das fundamentações decisórias atinentes às modulações aplicadas pelo STF advém de argumentos consequencialistas enquanto método de construção argumentativa, esse fato será comprovado quando da análise realizada mais adiante, em capítulo dedicado exclusivamente à demonstração clara de como se dá a aplicação do argumento consequencialista no caso concreto, a exemplo do Recurso Extraordinário 1.287.019 (tema 745) que recentemente foi julgado pelo STF, ocasião em que pela primeira vez a Corte aplicou o princípio da anterioridade como razão de decidir para a modulação dos efeitos da decisão.

Por outro lado, em clara tentativa de mitigar a discricionariedade a qual que tem sido alvo as decisões, o Congresso Nacional promoveu uma reforma à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) através da lei nº 13.655/2018, ocasião em que se estabeleceu regras mínimas sobre o princípio da segurança jurídica e aplicação do direito público.

Referida alteração legislativa foi fruto da observação do um aumento expressivo da criatividade judicante que, por sua vez, é resultante do aumento de normas baseadas em princípios em detrimento do caso concreto a ser regulado. Tais normas guarnecem consigo a oportunização de interpretação ampla ao órgão judicante<sup>4</sup> podendo gerar possível insegurança jurídica à coletividade, que estará impossibilitada de prever o comportamento do magistrado<sup>5</sup>.

Há ainda o emprego do consequencialismo na construção argumentativa que fundamenta as decisões, este pode ser entendido como uma usurpação de competência pelo

---

<sup>3</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. 2019. Revista dos Tribunais 3ª Ed. p.30.

<sup>4</sup> Para Barros “O consequencialismo exige da autoridade: (i) especificar a consequência determinante associada à decisão (e justificar porque as demais alternativas, que também se relacionam com a decisão, não foram consideradas) e (ii) valorar (com base em critérios prévios) a consequência determinante para a tomada de decisão” BARROS, Marco Antônio Loschiavo Leme de. *Consequencialismo e o Argumento Econômico em Juízo: Estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos Planos Econômicos na ADPF 165*. RVMD, Brasília. v. 8.1, n. 1, p. 1-24, jan-jun, 2014.

<sup>5</sup> CORREIA, Ângela Karine G. de Miranda. **O argumento judicial consequencialista na visão da análise econômica do direito e o desenvolvimento brasileiro**. Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

Poder Judiciário da função legislativa, por isso a necessidade de estabelecimento de controle com vistas a mitigar a discricionariedade excessiva, evitando arbitrariedades ou fique o direito ao dispor do poder de decisão que é conferido ao magistrado, conforme compreensão de Barros<sup>6</sup>.

O trabalho analisa a relevância do consequencialismo decisório, ao passo que se observa o impacto que este é capaz de exercer sobre decisões judiciais, em especial as que envolvem modulação de efeitos quando da análise da inconstitucionalidade em matéria tributária no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a análise se dará a partir do ponto de vista técnico em consonância a crítica embasada na legislação vigente, e buscará com clareza a definição do consequencialismo decisório, sua possibilidade jurídica, qual o papel exercido quando inserido na argumentação aplicada para justificar a modulação de efeitos em um caso concreto e a presença ou não de critérios para sua aplicação.

Utiliza-se decisões que serão usadas como parâmetros de verificação argumentativa aplicada a temas específicos apreciados pela corte em sede de plenário virtual. Assim, será possível auferir a pertinência e consistência presente ou não na fundamentação consequencialista empreendida quando da definição da modulação dos efeitos dos temas analisados pelo tribunal.

O artigo estará ancorado nas concepções já amplamente debatidas por doutrinadores, tais como as obras Segurança Jurídica de Humberto Ávila e o livro Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica, de Heleno Tavares, além de estabelecer parâmetros a partir da ideia do consequencialismo jurídico reproduzida por Daniela Gueiros Dias em sua tese de Mestrado acadêmico defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

---

<sup>6</sup> Para Barros “O consequencialismo jurídico pode ser compreendido como uma maneira da autoridade argumentar levando em conta uma condição futura. Esse tipo de argumentação pode ser identificado como um desdobramento do realismo jurídico – (...) -, isto porque o tipo de juízo em evidência é incerto e depende de uma probabilidade sobre os efeitos futuros que as decisões judiciais podem provocar. Neste modelo, o argumento consequencialista se refere à valorização de várias consequências possíveis de uma dada decisão”. BARROS, Marco Antônio Loschiavo Leme de. **Consequencialismo e o Argumento Econômico em Juízo: Estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos Planos Econômicos na ADPF 165**. RVMD, Brasília. v. 8.1, n. 1, p. 1-24, jan-jun, 2014.

## **1 O CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO.**

A fundamentação de uma decisão judicial tem suma importância para que se possa compreender o que de fato levou o magistrado àquela compreensão, para isso, é necessário que a decisão esteja amparada na legislação a ela aplicável, de forma clara e de modo a afastar a subjetividade do magistrado.

Com base nessa fundamentação é possível verificar se houve a análise individual do caso e se a aplicação da norma foi adequadamente empregada ao fato analisado.

Não à toa o mais recente Código de Processo Civil em seu artigo 489, de forma clara, apontou a necessidade de uma fundamentação de qualidade, embasada e escoreita, parâmetros estes que se corretamente aplicados garantem uma segurança jurídica aos judicantes.

Na seara tributária, a análise mais analítica por parte do magistrado se torna latente a partir do momento em que as ações judiciais que tratam dessa matéria, em grande volume, discutem valores financeiros expressivos e, a depender da decisão, capaz de gerar impactos catastróficos para qualquer das partes do litígio.

A possibilidade de tais impactos acaba por forçar o magistrado a uma considerar fatores externos à lei propriamente dita, é aí que surge a modulação de efeitos e não raramente a utilização do argumento consequentialista como pilar da fundamentação, justamente para minimizar os impactos econômicos que podem decorrer da decisão.

No entanto, tal construção argumentativa pode vir a gerar insegurança para os demais contribuintes, tendo em vista que não será possível prever de antemão o posicionamento da Suprema Corte se estes deixarem de fazer ou tomar atitude A ou B.

Dessa forma, é preciso estabelecer limites, pois aqueles que sustentam a possibilidade de o juiz decidir com base exclusivamente em argumentos consequentialistas certamente imaginam que pode haver apenas um critério para avaliar positiva ou negativamente impactos da decisão no mundo empírico: mas não é assim.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> CAMPOS, Ricardo. **A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequentialismo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-jurisdicao-constitucional-perigo-consequentialismo>. Acesso em: 27 maio. 2022.

## 1.1 O PROBLEMA ORIUNDO DA EXTENSÃO DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA SEGUNDO A SEGURANÇA JURÍDICA.

O diploma Constitucional garante o direito a uma decisão justa e clara, não sendo uma escolha do magistrado assim o fazer, de forma que este deve demonstrar os porquês de sua decisão, quer seja favorável ou desfavorável.

Por isso, a introdução de demais legislações esparsas tratando sobre o tema veio apenas somar o quanto já estabelecido no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Mais adiante, é possível entender o princípio da fundamentação como um elemento irremediável do devido processo legal, sendo este último talvez o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, ao qual todos os cidadãos possuem direito, conforme ditame constitucional.

Corroborando ao supracitado o entendimento do doutrinador Nery Júnior, que afirma que “a fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão”<sup>8</sup>.

Assim, tendo por pressuposto a ordem constitucional e os princípios basilares que regem os procedimentos judiciais e administrativos, observa-se com certa notoriedade que a aplicação dos limites legais para construção argumentativa no momento da tomada de decisão é de suma necessidade, com vista a garantir ao contribuinte o direito ao devido processo legal e o direito a um julgamento isonômico.

Sobre o tema, merece destaque o entendimento do professor Paulo Mendes Oliveira:

[...] um processo seguro é aquele que efetivamente garante aos jurisdicionados a tutela aos direitos, seja em uma perspectiva geral (incrementa o nível de cognoscibilidade do Direito mediante a formação de precedentes judiciais que informam à sociedade sobre o conteúdo normativo em vigor), seja numa dimensão individual (garante a realização dos direitos por meio de instrumentos adequados à prevenção, remoção ou reparação de ilícitos e danos). (...)

O processo em si deve se apresentar como um ambiente que confira segurança àqueles que o utilizam ou possam vir a utilizá-lo para a proteção de seus direitos. Por isso é que a mão invisível da segurança jurídica deve guiar todo o processo de densificação da cláusula constitucional do devido processo: “a segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito

---

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson, **princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9 ed. São Paulo, 2009. p. 286.

ao processo justo”. Sem a segurança do devido processo não se pode falar em um estado de confiabilidade do Direito. Assim o ideal de segurança pelo processo só seria atingido se, igualmente, for promovida a segurança no processo.<sup>9</sup>

Por isso, o magistrado deve se ater ao procedimento estritamente previsto em lei e se pautar sobre os princípios da legalidade e do devido processo legal, aliás, respeitados tais princípios, o magistrado se exime de usurpar competências para além das que lhes são postas, ocasião em que se manterá o equilíbrio entre os poderes, evitando a desordem procedimental.

Nesse diapasão, estará assegurado ao contribuinte a necessária segurança jurídica, na medida em que bem exercido o dever de fundamentação, este último, nas palavras de Hugo de Brito Machado, “decorre dos princípios do Estado democrático de direito, da publicidade, da ampla defesa, e do amplo acesso ao judiciário”<sup>10</sup>.

Nas tomadas de decisões, havido qualquer desvio dos preceitos acima expostos, incorrerá em grave vício procedimental, o que fere a dinâmica prevista na constituição, consequentemente expondo o contribuinte à subjetividade do magistrado e a decisões pautadas pelo autoritarismo.

Portanto, estender a compreensão da norma viola preceitos fundamentais e, ainda, em consonância com a fundamentação do presente trabalho, é possível verificar que para que se garanta segurança jurídica ao contribuinte, os processos necessariamente devem estar pautados pela construção de um processo justo, o que pressupõe a aplicação de decisões semelhantes a casos semelhantes, como será demonstrado mais adiante.

## **1.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTRUÇÃO DA TÉCNICA-ARGUMENTATIVA QUANDO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO ÂMBITO DO PLENÁRIO VIRTUAL.**

A viabilidade da decisão fundada em argumento consequencialista exige do magistrado certo esforço para que esse exercício não se forme sem uma base na qual se fundamente, por esse motivo a necessidade de que referida tomada de decisão esteja amplamente lastreada em dados.

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 118 e 128.

<sup>10</sup> SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, **processo tributário**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 34.

Embora seja notório que em certos momentos a aplicação do consequencialismo esteja envolta quase que exclusivamente pelo empirismo, exige-se, com base no ordenamento pátrio, que toda a construção argumentativa esteja ancorada sob dados que torne viável a compreensão dos motivos e qual caminho foi percorrido para se chegar a determinada decisão.

O ponto de dificuldade se dá em construir a fundamentação decisória, utilizando-se do consequencialismo jurídico, de modo que se consiga afastar a subjetividade para se chegar a uma decisão adequada do ponto de vista legal.

Ainda, vale ressaltar que a partir da Emenda Regimental 53/2020, que introduziu nova redação ao *caput* do art. 21-B do RIST, que implementou a modalidade de julgamento intitulada de plenário virtual, os debates sobre temas importantes e relevantes restaram limitados, tonando-se comum nessa modalidade o julgamento do mérito de ADIs, ADPFs, ADCs, recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida etc.

Tal modalidade faz com que haja mais controlabilidade do julgamento e o torna menos aberto, tornando-o questionável no que tange a sua legitimidade e sobre a viabilidade<sup>11</sup>, em contrapartida, há quem elogie tal sistema por levar maior celeridade aos julgados.

Ocorre que tal prática, se corriqueira, posiciona a Suprema Corte em uma situação de risco, tendo por ponto de vista a confiabilidade pela qual esta deveria estar coberta.

O professor Daniel Wei Liang Wang indicou a existência de um “consequenciachismo” predominante sobre a postura cada vez mais adotada pela Suprema Corte, para ele o “consequenciachismo” tenta avaliar “o impacto do Direito na realidade por meio do uso pouco cuidadoso de dados empíricos (sem avaliar fontes, métodos, escopos, incertezas e objeções)”<sup>12</sup>,

---

<sup>11</sup> Sobre o risco de criação de precedentes que “não pegam”, sobre estudo de casos acerca dos problemas ocorridos em três julgamentos tributários recentes em ambiente virtual e sobre questionamentos sobre a inconstitucionalidade do plenário virtual, veja-se, respectivamente: FRAGA, Fábio; SILVA, Ricardo A. **R. Precedentes que não Pegam?**. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/07/10/precedentes-que-nao-pegam.ghtml>; FERRAZ, Diogo. *STF, julgamentos virtuais e a Matrix, partes I, II e III*. Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020>, <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-ii-10072020>, <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-iii-17072020>; e CAPUTO BASTOS, Ana Carolina A. **A(s) inconstitucionalidade(s) dos julgamentos virtuais no STF**. Jota. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>. Acesso em 28/05/2022.

<sup>12</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência**. Jota, 20 set. 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018). Acesso em: 29 maio. 2022.

caracterizando-se “por apresentar como fato meras especulações e intuições sobre a realidade social, política e econômica”<sup>13</sup>. Para o professor, a nesses casos a compreensão pessoal de cada julgador se sobressai sobre todos os demais argumentos, técnicos ou não.<sup>14</sup>

Com isso, o ato de decidir deve estar respaldado com dados reais e comprovações concretas, visando garantir que o contribuinte, ao recorrer a mais alta corte do país, tenha resguardado seu direito ao devido processo legal, bem como que as decisões que lhes forem aplicadas estejam amparadas pelos princípios da previsibilidade e da não-surpresa, fortalecendo assim a segurança jurídica.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF A PARTIR DA PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA.**

Para o economista austríaco Friedrich Hayek, Prêmio Nobel de Economia em 1974, a origem do sistema jurídico de um país exerce enorme influência sobre seu desenvolvimento econômico, esta conclusão, oriunda de duas de suas mais relevantes obras *The Constitution of Liberty* e *Law Legislation and Liberty* foi capaz de estabelecer parâmetros que diferenciam os sistemas *Common Law* e *Civil Law* e seus papéis em cada modelo sistêmico jurídico adotado por diversos países.

Segundo o autor, o sistema *Common Law* se faz superior quando nestes se tem de forma mais clara a compreensão sobre o papel dos cidadãos e do Estado nesses sistemas jurídicos<sup>15</sup>. O Brasil, por sua vez, regido pelo sistema *Civil Law* estaria susceptível a variações extensivas, uma vez que na prática a subjetividade dos conceitos tem tomado cada vez mais espaço dentro dos tribunais do país.

Aplicando tal entendimento a análise a ser realizada no presente trabalho, verifica-se que a atuação do Estado Brasileiro, por meio de seus agentes, que de fato regem sua atuação, tem suma importância no combate a insegurança jurídica para garantir que nas relações do contribuinte e Estado, sejam pessoas naturais, sejam pessoas jurídicas de direito privado, haja a transparência, previsibilidade e equilíbrio.

---

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> Paul G. Mahoney. *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 30, nº 2, p. 503-504 (junho de 2001).

Neste passo, a autora Teresa Arruda Alvim conclui que o instituto da modulação de efeitos, da forma como foi inserido no ordenamento jurídico, deve ser compreendido de forma a ser “um instrumento de defesa do particular (lato sensu) contra o estado, quando este trai a sua confiança”, pois, segundo a mesma “a modulação a favor do Estado pode significar um estímulo ao seu mau comportamento”<sup>16</sup>.

A Constituição Brasileira é regida em seus valores, pela estabilidade e previsibilidade das normas jurídicas vigentes, devendo sua interpretação estar alicerçada nestes parâmetros de previsibilidade e calculabilidade, bem como os efeitos advindos de sua aplicação.

Nesse passo, a segurança jurídica surge como necessário parâmetro que solidifica a estabilização do ordenamento jurídico e o protege contra o absolutismo<sup>17</sup>, visto que no sistema Civil law o juiz está vinculado a norma positivada.

O artigo 5º, inciso XXXVI é claro quanto a não prejudicialidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Referido trecho indica a evidente intenção do constituinte originário na manutenção da estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica.

É a partir desses aspectos que a atuação da Suprema Corte brasileira deve reger-se, no entanto, a ocorrência de um desgaste entre o que é decidido no plenário virtual desta e a inconstância e variações no que tange as inúmeras interpretações aplicadas a casos concretos semelhantes ou mesmo letra da lei, têm gerado desconfiança e imprevisibilidade na atuação de quem deveria ser o defensor ferrenho da Constituição e de seus valores mais expressivos, como é o caso da segurança jurídica.

Este paradigma é definido a partir da compreensão das consequências futuras, da previsibilidade absoluta – o que ocorreria quando o cidadão-contribuinte pudesse prever, com exatidão, quais são as consequências futuras de atos praticados no presente<sup>18</sup>, mesmo que o processo jurídico esteja regido por construções argumentativas, o que impede, até certo ponto, a previsibilidade absoluta.

---

<sup>16</sup> ALVIM, Teresa Arruda. **O momento da modulação – (quase) mais relevante que a própria modulação**. Site Migalhas, 10 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo>. Acesso em: 24 mai. 2022.

<sup>17</sup> CAVALCANTE, Lucas de Andrade Lima; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Por um Conceito de Segurança Jurídica como Direito Fundamental. **Revista do Mestrado em Direito (RVMD)**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 243-262, Jul-Dez, 2014. p. 243

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 595.

No entanto, Humberto Ávila afirma que a segurança jurídica é composta pelo trinômio cognoscibilidade (possibilidade de acesso e entendimento da norma), confiabilidade (estabilidade e segurança quanto à permanência de seu conteúdo) e calculabilidade (previsibilidade), para o referido autor, para que se atinja a presente norma principiológica tem-se como relevante o papel exercido pelo Estado em sua atuação.

[...] uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro<sup>19</sup>.

Já na seara tributária, o autor defende um outro ponto de vista, no sentido de que haver uma diferença entre a segurança jurídica-comum e a segurança jurídico-tributária, ocasião em que induz a compreensão de que neste último escopo deve-se adotar o ponto de vista do contribuinte, na medida em que fortaleça a sensação de segurança por parte deste, para ele:

[...] uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos contribuintes e na sua perspectiva, de um elevado estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua elevada cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade, plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro<sup>20</sup>.”

Nesta esteira de compreensão, se observa uma atividade jurisdicional destoante por parte do Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, oscila quando da interpretação da norma e sua aplicabilidade no caso concreto, resultando em uma construção argumentativa-decisória instável e passível de ser influenciada por fatores externos à concretude do caso em análise.

---

<sup>19</sup> Humberto Ávila. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário.** 2ª Edição. São Paulo-SP. Malheiros Editores, 2012. p. 274.

<sup>20</sup> Humberto Ávila. Op. cit., p. 231.

Sobre o STF, especificamente no âmbito do direito tributário, fatores como perdas orçamentárias são forçosamente utilizadas como fundamento inclusive para que haja modulação de efeitos das decisões, no entanto, vislumbra-se uma usurpação de competência pelo Supremo Tribunal, que ultrapassa os limites de atuação que lhes são outorgados pela Constituição Federal.

Por vezes, a inclinação da corte para declarar ou não a constitucionalidade de determinada norma, tendo por parâmetro impactos orçamentários negativos para o Estado, pode induzir a uma negativa de direito ao contribuinte.

Ainda, argumentos como os que circundam os impactos orçamentários podem estar evitados de falhas atinentes à concretude e especificidade do risco hipotético, resultando em superficialidade da análise crítica necessária e esbarrando na insuficiência de substratos que justifiquem a presença de excepcional interesse social que venha a justificar eventual modulação de efeitos, por exemplo.

Em ocasiões em que a Suprema Corte adota tal postura, esta se faz contraditória a partir do momento em que o pragmatismo orçamentário se torna suficientemente capaz de engolir a dogmática constitucional em matéria tributária.

## **2.1. LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SEGUNDO OS LIMITES CONSTITUCIONAIS, UMA ANÁLISE A PARTIR DA LIMITAÇÃO DOS PODERES).**

A declaração de inconstitucionalidade a partir do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja ela concreta ou abstrata, tem como pilar em sua maioria a teoria da nulidade, isso se concretiza com a retirada da validade, eficácia e vigência de determinada lei desde sua concepção, jogando a existência de tal norma no limbo da existência.

Com o advento do artigo 27 da Lei 9.868/99<sup>21</sup>, outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de delimitar no tempo os efeitos de uma decisão tomada por mais de dois terços dos membros do Tribunal.

---

<sup>21</sup> “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

Essa possibilidade não deve ser entendida como prática comum, mas sim a exceção, em que o Supremo verificará fundamentadamente a presença dos requisitos mínimos para tal aplicação, qual sejam o excepcional interesse social e a segurança jurídica, o que resultará em uma restrição temporal aos efeitos do juízo de inconstitucionalidade, que terá vigência já no trânsito em julgado ou outro momento fixado pela corte.

Neste aspecto, é de se observar a excepcionalidade da aplicação da modulação de efeitos pela Suprema Corte, além disso, é fundamental a análise das razões de decidir quando da aplicação da referida técnica.

Além dos requisitos formais, o artigo 27 da Lei 9.868/99 indicou como requisito material a existência de excepcional interesse público ou segurança jurídica, muito embora a lei não estabeleça os parâmetros de conceituação dos referidos conceitos, tornando-os indeterminados.

Tal fato têm aberto margem a uma atuação mais abrangente por parte do STF, em que situações externas ao fato e seu enquadramento perante a lei deixam de ser o cerne da análise e passam a exercer papel subsidiário frente a uma fundamentação pautada em consequências cuja previsão deveria ser auferida quando da formulação da norma pelo legislativo, por exemplo.

Os impactos sociais ou orçamentários não deveriam servir de método argumentativa para direcionar a tomada de decisão da corte, os papéis dos poderes se desvirtuam com a prática indiscriminada da subjetividade quando a corte se debruça demasiadamente sobre os efeitos para além dos jurídicos.

A usurpação pelo STF da competência que seria legislativa resulta em uma atuação irrestrita e imprevisível da corte, abalando sua legitimidade quando da aplicação de compreensões oriundas de construções argumentativas fundamentadas na subjetividade atinentes à tal conduta, o que deságua na incerteza que gera ao contribuinte quando da manutenção de seu direito ou da previsibilidade de ter este resguardado pela corte.

Tem sido comum ao STF a fundamentação de suas decisões atinentes à modulação de efeitos sob o ponto de vista do impacto orçamentário, argumente este que antes sequer era considerado como passível de modulação, salvo em indicação de que tal ocorrência se

---

juogado ou de outro momento que venha a ser fixado.” BRASIL. Palácio do Planalto. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCiv03/9868.htm>. Acesso em: 16 maio. 2022.

enquadraria em proteção de um excepcional interesse social, desde que demonstrado cabalmente por meio de comprovação que o referido dano social seria irreversível.

O tempo passou e a ocorrência de influência do aspecto econômico no direcionamento da corte tem sido cada vez mais recorrente, foi assim em recente julgado que modulou os efeitos no julgamento do RE 714.139 (Tema 745), o qual declarou a inconstitucionalidade da fixação da alíquota do ICMS sobre operações de fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações em patamar superior à cobrada sobre as operações em geral, em razão da essencialidade dos bens e serviços.

O referido julgado, cuja análise será realizada em capítulo adiante, chama atenção com relação ao ponto fundamental suscitado na fundamentação da decisão de modulação, qual seja, o impacto orçamentário.

A modulação proposta pelo Ministro Dias Toffoli e acolhida pelo colegiado foi baseada na possível perda financeira bilionária dos Estados se a alíquota reduzida viesse a ser aplicada ainda no exercício de 2022, o que escancarou o fato do argumento consequencialista prevalece sobre a aplicação conforme ditames legais.

Dessa forma, influenciar-se pela subjetividade existencial sobrecarrega a Suprema Corte a partir do momento em que esta ultrapassa a competência que lhe foi concedida, o que gera abalo na confiabilidade das decisões exaradas pelo tribunal mais importante do país.

## **2.2 O QUE SE ENTENDE POR CONSEQUENCIALISMO.**

A recorrência na utilização de argumento consequencialista pelo Supremo Tribunal Federal como ponto direcionador de suas decisões não necessariamente o torna uma prática coerente com o sistema jurídico vigente.

Dessa forma, mesmo que a usualidade tenha o tornado “natural” aos olhos e o consequencialismo seja “realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças”<sup>22</sup> não se pode olvidar que referida conduta aplicada por juízes e tribunais, em especial no âmbito tributário,

---

<sup>22</sup> PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial - **Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. Jurisprudência Mineira, ano 59, v. 187, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, out./dez. 2008, p. 24.

permita “liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social”<sup>23</sup>.

Dessa forma, quando o julgador analisa um caso sob referida ótica, este usurpa competências que não lhe fazem jus e o resultado é a interpretação dos dispositivos e regras elementares de competência tributária passam a se sustentar sob pilares aquém das normas do ordenamento jurídico, restando a subjetividade aplicada pelo julgador.

A flexibilização das normas tributárias decorrentes de uma extensão da interpretação do julgador gera resultados contrários ao pretendido, tornando-as frutos de concepções inconsequentes fortalecedoras do autoritarismo.

A breve análise realizada através deste trabalho se dará a partir de seu objeto principal, qual seja, a influência do consequencialismo judicial, por isso, é necessário esclarecer conceitualmente o termo consequencialismo na medida em que será tratado no presente trabalho.

O consequencialismo jurídico é aquele que se constrói a partir da interpretação extensiva que busca dar sentido às normas e dispositivos analisados, seja para aplicá-las ou afastá-las, pode ser enxergada como uma estratégia de decisão, fornecendo razões para que o julgador se filie a determinada posição.

Faz-se relevante saber que o consequencialismo pode ser utilizado como método de aplicação ou como método de interpretação da norma e dessa divisão decorrem inúmeras outras que não fazem parte do recorte da presente pesquisa, embora possuam relevância.

Não é de hoje que a prática ocorre, em 2004 o Ministro do STF Nelson Jobim manifestou-se de forma bem exemplificativa no que se refere ao consequencialismo enquanto método de interpretação. Ao ser questionado se as decisões do STF deveriam atentar para as consequências na seara econômica, o Ministro afirmou em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico que “quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Ibidem, p.24.

<sup>24</sup> BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece argumento de juros, diz Nelson Jobim. Para presidente do STF, juízes devem pesar consequências econômicas e sociais de suas decisões. Jornal Valor Econômico, 13 de dezembro de 2004, p. A-12.

Observa-se na fala do Ministro que este considera relevante a análise das consequências quando a norma abre margem à uma interpretação extensiva, é como se a indeterminação da norma desse aval para o julgador optar sobre qual sentido atribuir.

Diferencia-se do consequencialismo como método de aplicação, pois este não discute a extensão do sentido de determinada norma, mas sim se esta deve ou não ser aplicada a determinado caso concreto, o que na prática não altera em nada a interpretação dada à norma, apenas se aplica-se ou não ao caso em análise.

De forma a exemplificar, imagine um julgamento no âmbito tributário no momento da aplicação da modulação dos efeitos quando da inconstitucionalidade de determinado tributo, e que seja possível identificar que quando utilizado o argumento consequencialista este não tenha intuito de alterar a interpretação da norma cuja aplicação se discute, pois permanece inconstitucional a norma que instituiu o tributo, no entanto, os efeitos *ex tunc* da decisão que definiu a inconstitucionalidade são obstados.

Nessa linha, é possível que o STF fixe a continuidade dos efeitos da norma que foi julgada inconstitucional até determinado momento justamente em razão dos impactos financeiros que podem ser gerados. É nesse contexto que se verifica a influência exercida pelo consequencialismo judicial, quando este obsta a alteração dos efeitos gerados pela norma inconstitucional.

Nesse ponto, o consequencialismo se faz norte quando a aplicação de determinada norma à um caso concreto é condicionado em vista dos efeitos que se produzirão, isso obsta a aplicação da norma quando se enseja consequência indesejáveis e, do contrário, obriga sua aplicação quando as consequências são positivas.

É perigoso pensar que há uma aparente subjetividade da qual os julgadores possuem discricionariedade para optar o que lhes convém caso a caso, em regra, sabe-se que o julgador e o tribunal não deveria ser livre para interpretar, ressalta-se nesse cenário a relevância do papel que deve ser reforçado pelos limites impostos pelas normas que regem o ordenamento jurídico, no tributário, os princípios basilares como separação de Poderes, segurança jurídica, legalidade e isonomia são fundamentais para que se garanta ao contribuinte a previsibilidade dos resultados advindos de seus atos (ou ausência deles), é nesse diapasão que se estabeleceria a constância na interpretação e aplicação no âmbito da prestação jurisdicional adequada e eficaz ao contribuinte.

### 3 CRITÉRIOS JUSTIFICADORES PARA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE RECONHECE A NORMA INCONSTITUCIONAL (APLICAÇÃO DA TÉCNICA).

De início, cabe destacar que a modulação de efeitos temporais resultado da invalidação de ato inconstitucional tecnicamente deve resultar da diferenciação entre determinada contrariedade à norma constitucional (vício) e a extinção dessa situação (sanção).

No percurso histórico, observou-se que foi conferido a mesma conceituação à inconstitucionalidade e a nulidade<sup>25</sup>, tornando-os indistinguíveis<sup>26</sup> e indubitavelmente equivalentes<sup>27</sup>, sendo tal compreensão os pilares do conhecido “dogma da nulidade da lei inconstitucional”<sup>28</sup>, conforme próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal <sup>29</sup>.

Entretanto, com o passar dos anos, fez-se necessário a dissociação desses conceitos, restando compreendido que o vício de inconstitucionalidade não é o mesmo que a sanção à inconstitucionalidade.

Por isso, deve-se estabelecer conceitos básicos para uma compreensão mais aprofundada da discussão que será apresentada adiante, cabendo esclarecer que a modulação dos efeitos temporais é basicamente uma forma do STF “limitar” os efeitos da anulação<sup>30</sup>,

---

<sup>25</sup> “A inconstitucionalidade importa nulidade.” (BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionales do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1936).

<sup>26</sup> “[...] A inconstitucionalidade não é, no direito brasileiro, uma sanção que, aplicada pelo órgão competente, transforma um ato válido em inválido, como ocorre no sistema austríaco, onde a lei inconstitucional a todos obriga - mesmo aos juízes - até a declaração de sua inconstitucionalidade pela Corte Constitucional. No direito brasileiro, a inconstitucionalidade é vício intrínseco a qualquer regra contrária à Constituição, dele decorrendo a invalidade, ab initio, da norma viciada.” (GALLOTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 170, p. 17-32, out. dez 1987. p. 24-25). No mesmo sentido, BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano V, V. 22, n. 22, p. 80-81, out./dez 1972.

<sup>27</sup> Equiparando conceitos de inconstitucionalidade e de nulidade (invalidade): “[...] Já sabemos que A inconstitucionalidade é uma decorrência da invalidade normativa [...]. Assim, identificado o vício, este órgão a sancionará com a nulidade, ou melhor, com a inconstitucionalidade, o que nos leva a afastar a dicotomia acima citada, por considerar que, no campo do direito constitucional, ela não pode vigorar - já que, uma vez identificada a não concordância da norma inferior com os ditames constitucionais, não haverá possibilidade de se fazer tal diferenciação de graduação entre uma nulidade absoluta e uma relativa, pois a norma, assim viciada, padece de um só nível de invalidade, isto é. A inconstitucionalidade. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 157).

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>29</sup> Galloti (op. cit., p. 24-25), também equipara inconstitucionalidade e nulidade.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.532.

amenizando, dessa forma, as consequências oriundas da decisão que retira do ordenamento determinada norma inconstitucional, conforme compreende Humberto Ávila.

Percebe-se que o tema que é objeto de pesquisa deste trabalho, tanto a questão atinente a análise do consequencialismo quanto a questão da modulação são objetos de constantes manifestações valorativas, gerando diversos debates, sendo necessária a real compreensão de seus conceitos e reais impactos.

No entanto, embora a discussão seja ampla e abra margem para opiniões diversas, existem conceitos pré-estabelecidos quando o assunto é modulação de efeitos, a começar do que é imposto pela própria lei 9868/99, que em seu artigo 27 trouxe essa possibilidade para o ordenamento jurídico, vejamos:

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 (grifou-se).

Ademais, o mais recente Código de Processo Civil disciplinou a forma de aplicação da modulação de efeitos no artigo 927 §3º:

na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação de efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Desta feita, não se pode afirmar que não há delimitações evidentes que possam nortear a atuação do STF quando necessária a modulação de efeitos, embora os requisitos, excepcional interesse social e segurança jurídica, impostos para que tenha essa margem de discricionariedade sejam indefinidos pela lei.

Feitas as devidas ponderações, urge a necessidade de trazer maior clareza a tais requisitos impostos pela lei, para que haja uma melhor compreensão sobre a legitimidade do STF quando da utilização destes na fundamentação de suas decisões de modulação.

### 3.1 O QUE SE ENTENDE POR RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA.

O direito tributário brasileiro em seu aspecto constitucional foi agraciado com um capítulo exclusivo para si, essa forma como foi inserido no ordenamento demonstra a relevância e as peculiaridades que lhes são postas.

Humberto Ávila entende pela existência de uma segurança jurídica especial quando se trata de matéria tributária, além disso, segundo o autor, observa-se que à segurança jurídica tributária no âmbito constitucional é dada uma especial importância, que lhe garante uma proteção mais rigorosa em comparação a segurança convencional<sup>31</sup>.

Essa compreensão do autor advém de elementos únicos que são atribuídos pelo Sistema Tribunal Nacional (legalidade, regras de competência, exigência de lei complementar para determinados assuntos, irretroatividade, anterioridade e abertura do subsistema tributário a direitos e garantias nele não previstos, como o art. 5º, inciso XXXVI, da CF, e.g.)<sup>32</sup>

Como já disposto em capítulos anteriores, a segurança jurídica é a previsibilidade que o contribuinte terá ao buscar respaldo de seu direito junto ao ordenamento jurídico, ademais, conforme compreensão de Humberto Ávila, a segurança jurídica tem como pilar um tripé composto por cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Seguindo a linha de compreensão do referido autor, é relevante destacar de forma singela o papel de cada elemento desse tripé.

A cognoscibilidade seria como um norte para orientação do contribuinte, de forma que este tenha plena consciência e não se engane com relação a seus atos, já a confiabilidade seria consistência do direito e do que dele reflete e, por fim, a calculabilidade seria o elemento que garantiria a não surpresa no que tange a atuação do contribuinte e eventuais consequências de suas ações, como uma forma de garantir o futuro no presente.

Assim, surge a segurança jurídica que, na prática, viria ser o óbice ao engano, a frustração e a surpresa, sendo que, para o autor referenciado, a concretude desse princípio apenas se daria com a “intelegibilidade, lealdade e suavidade da atuação estatal”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Ibidem, p.261.

<sup>32</sup> Ibidem, p.261-262.

<sup>33</sup> Humberto Ávila. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário.** 2ª Edição. São Paulo-SP. Malheiros Editores, 2012. p. 676.

Além de estar previsto já no preâmbulo da constituição Federal (também no caput dos artigos 5º, 6º e artigo 103-A), bem como em leis esparsas, a compreensão atribuída a segurança jurídica como princípio também é ponto importante de se destacar.

Na mesma linha defendida por Humberto Ávila, o autor Heleno Taveira destaca evoluções que ocorreram com relação a conceituação do princípio, mas que na prática não mudaram seu cerne, Heleno afirma que “Entre as normas que melhor evidenciam as novas funções da segurança jurídica no constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, certamente as garantias de preservação do conteúdo essencial e concretização (incluído o sopesamento) dos direitos fundamentais (i), a proibição de excesso (ii), a proporcionalidade (iii) e a razoabilidade (iv) são as formas mais representativas de resistência ao arbítrio e às restrições excessivas nos atos de aplicação dos direitos fundamentais, um avanço incontestável da doutrina jurídica e da jurisprudência contra a discricionariedade judicial e o legalismo impermeável a princípios”.<sup>34</sup>

Por fim, tal entendimento corrobora com o quanto já descrito no presente trabalho e coaduna com uma conclusão do referido autor, que aduz que “A segurança jurídica postula efetividade. Não é um princípio vago. É denso em valores e seus fundamentos não se podem reduzir ou se anular. Por isso, o princípio de segurança jurídica não está sujeito a ponderações, dado o seu caráter de “garantia” constitucional de proteção “do” ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito”.<sup>35</sup>

O princípio da segurança jurídica é, portanto, uma manifestação do Estado Democrático de Direito brasileiro, e visa a proteger as justas expectativas das pessoas, sendo que, para tanto, veda a adoção de quaisquer medidas que possam frustrar a confiança que os cidadãos depositam no Estado, como bem enfatiza CARRAZZA<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663919/mod\\_resource/content/1/Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica%20do%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20-%202050%20Anos%20do%20CTN.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663919/mod_resource/content/1/Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica%20do%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20-%202050%20Anos%20do%20CTN.pdf). Acesso em 22/05/2022.

<sup>35</sup> Ibidem

<sup>36</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 483.

### 3.2 O QUE SE ENTENDE POR RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL.

Lastreado no artigo 27 da Lei 9868/99, é possível observar que ao indicar que a modulação de efeitos deve ter como requisito segurança jurídica ou excepcional interesse social, a Constituição Brasileira admite a utilização de razões fundadas em consequências.

Para Ana Paula Ávila, o termo “excepcional interesse social” remete a uma perspectiva do ponto de vista dos grupos da sociedade menos favorecidos e que o termo traz consigo a intenção de permear a proteção dos interesses do contribuinte e não do Estado<sup>37</sup>, embora referida autora entenda pela inconstitucionalidade de tal requisito em vista de sua demasiada subjetividade<sup>38</sup>.

Em contrapartida, a compressão de Ferrari<sup>39</sup> circunda sobre a intenção do legislador em estabelecer a supremacia do interesse público primário<sup>40</sup>.

A conceituação deste princípio tendo por parâmetro a Constituição não é simples, tendo em vista que, a rigor, a Carta Magna apenas indica tal conceito de interesse social quando se trata da possibilidade de o Estado explorar atividades econômicas (artigo 170) ou quando trata da reforma agrária (artigo 184) para atender alguns interesses coletivos<sup>41</sup>.

Dessa forma, assim como o conceito de segurança jurídica, este segue a linha dos conceitos indeterminados, embora isso não signifique dizer que seja o aval para interpretações a bel prazer.

---

<sup>37</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 163-167.

<sup>39</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 313.

<sup>40</sup> O interesse público primário são interesses que representam os fins que o Estado cumpre realizar, como sendo pertinentes a toda a sociedade. Interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público, em uma relação jurídica concreta em que se defende o erário, na resistência ao pagamento de uma indenização, e jamais desfrutaria de supremacia (ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: 1960.)

<sup>41</sup> CF/88. “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

Nos artigos 1º e 2º da Lei 4132/62 define-se: “1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade, ou condicionar o seu uso ao bem-estar social [...]”

No artigo 2º, define-se interesse social, como o aproveitamento do imóvel desapropriado para fins de habitação, trabalho (inciso I), atividades culturais e agrícolas (inciso II e III), cultura, entre outros.

Na leitura da norma, é possível subtrair que o legislador não deixou brechas para exceções na eventual utilização do requisito como fundamento decisório, pelo contrário, resta evidente que a intenção com a construção do termo veio para extinguir qualquer eventual dúvida sobre a excepcionalidade na qual este deverá ser utilizado para fins de modulação de efeitos.

No âmbito tributário a aplicação deste conceito se torna ainda mais peculiar e perigosa, visto que os parâmetros utilizados nas fundamentações geralmente estão vinculados com os interesses de arrecadação do Fisco<sup>42</sup>.

É de notório saber que é através da tributação que o Estado adquire meios para execução de políticas públicas, todavia, esta não é razão suficientemente plausível para que o conceito de excepcional interesse social esteja vinculado ao interesse de arrecadação estatal, portanto, simples ameaça de insolvência da Fazenda pública não deveria ser suficiente para configuração de excepcional interesse social.

Sendo assim, pode-se afirmar que o excepcional interesse social deve estar norteado em normas constitucionais, as quais sejam favoráveis ao interesse coletivo de determinado grupo em situação de vulnerabilidade, sendo capaz de resguardar direitos fundamentais, com a devida demonstração que indiscutivelmente a aplicação do princípio seja suficiente.

### **3.3 DOS CRITÉRIOS JÁ UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO NORTEADORES PARA MODULAÇÃO DE EFEITOS.**

Estabelecidos os parâmetros que deveriam ser o ponto de partida da fundamentação das decisões de modulação de efeitos em matéria tributária, não raramente se ouvida casos em que a fundamentação se baseia em consequências externas ao ordenamento jurídico, como é o caso da influência dos impactos ao orçamento que possivelmente possam vir a ocorrer em decorrência da tomada de determinada decisão.

Essa linha argumentativa é amplamente suscitada pela Fazenda quando do pedido de modulação de efeitos, sempre na busca por tentar enquadrar tal linha de avaliação aos critérios entabulados em lei, neste caso o de excepcional interesse social.

De forma recorrente a alegação circunda sobre a relevância das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado e o importante papel exercido destas na sociedade, com intuito de

---

<sup>42</sup> VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 132.

demonstrar que a efetivação dessas políticas é de total interesse social e dependem do bom equilíbrio financeiro dos cofres públicos e, que a não efetivação das referidas políticas públicas traria efeitos nefastos à população.

Ainda nessa linha, a Fazenda pleiteia a modulação sempre de modo a mitigar os impactos econômicos gerados pelas decisões de inconstitucionalidade, geralmente fortalecidos pelas ações de repetição de indébito à qual os contribuintes possam vir a ter direito.

Ocorre que a argumentação acima, costumeiramente não é capaz de demonstrar a vinculação entre impacto social da decisão e impacto orçamentário, até mesmo porque o pressuposto legal exige a devida comprovação do vínculo<sup>43</sup>.

Referido argumento consequencialista de cunho econômico jamais pode ser o exclusivo parâmetro para aplicação de modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, devendo este constar na construção da técnica-argumentativa apenas de modo cumulativo e subsidiário, ou apenas como forma de reforçar o princípio constitucional envolvido na questão.

Dessa forma, não deveria a Suprema Corte torna-se instrumento fazendário para mitigar impactos econômicos com base em fundamentos abstratos e incertos, sob pena de atentado ao devido processo legal.

Por fim, a discussão ora suscitada busca demonstrar a ausência de fundamentos constitucionais capazes de extinguir problemas fiscais através da tributação inconstitucional, sendo dever da Suprema Corte se ater aos liames constitucionais e do Estado buscar meios alternativos que sejam capazes de mitigar indesejáveis impactos orçamentários.

Ademais, em consonância com Christopoulos<sup>44</sup> os impactos decorrentes das decisões devem ser analisados pelos juízes, justamente para tentar prever as consequências que possam ser geradas no sistema ou no ordenamento, porém, não podem ser reféns dessas consequências ou considerá-las elementos únicos e preponderantes para decidir.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267549784&ext=.pdf>. Acesso em: 22 maio 2022.

<sup>44</sup> CHRISTOPOULOS, Basile. **Juiz não pode ser refém do consequencialismo**. Revista Consultor Jurídico, 22 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo>. Acesso em: 19 mai. 2022.

Até mesmo porque se há problemas de injustiça nas leis que integram o ordenamento jurídico, a competência para saná-las é do Poder Legislativo. Nesta perspectiva, ainda que se vislumbre consequências econômicas a serem consideradas, o STF não deveria estabelecer posicionamento no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais, sob a expectativa que em momento posterior se encontre um meio termo que estabelecerá uma mitigação da própria Constituição Federal que favorecerá o Estado.

É quando se sacrifica os princípios constitucionais tributários em vista das eventuais consequências que se fere também o princípio da segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

O contribuinte fica à mercê da variabilidade de entendimento do tribunal, mesmo sendo sabido que deveria ser garantido que o contribuinte não fosse atingido por tributo inconstitucional desde seu surgimento, pois deveria ser automático a conclusão na decisão que declarou a inconstitucionalidade o reconhecimento de que sua incidência nunca teve validade.

Logo, mesmo que na construção argumentativa sejam postas questões atinentes ao orçamento do Estado, estes não podem se sobressair aos valores que a Constituição Federal garantiu aos contribuintes, de forma que, mesmo que tais princípios e valores sejam abstratos, os argumentos consequentialistas devem lhes ceder espaço caso os choquem, caso contrário, se estaria reduzindo a eficácia da Constituição.

#### **4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO ÂMBITO DO PLENÁRIO VIRTUAL – UMA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS SOB A ÓTICA DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS EM LEI.**

Para uma melhor visualização do quanto disposto no presente artigo, se faz necessário a explanação de forma mais palpável de como surge e a influência que é capaz de exercer um argumento construído sob a ótica consequentialista.

Por esse motivo, serão apontados adiante situações específicas em julgados recentes, ocasião em que mormente se enfatizará argumentos que de forma clara serviram de pilar para direcionamento da decisão de modulação de efeitos pelo STF quando do julgamento de inconstitucionalidade em matéria tributária.

##### **4.1 O CASO DA COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ALUSIVO AO ICMS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.287.019 (TEMA Nº 1.093).**

No Recurso Extraordinário (RE) nº 1.287.019<sup>45</sup>, o STF enfrentou a questão referente a possibilidade de os Estados de destino cobrarem, tendo em vista a competência ampliada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, o diferencial de alíquota (DIFAL) alusivo ao ICMS, mesmo sem a edição de lei complementar veiculando normas gerais.

Para os Tribunais de Justiça Estaduais, havia o entendimento de que referida Emenda indicava a possibilidade de aplicação do diferencial de alíquota interestadual do ICMS nas operações interestaduais, não sendo preciso edição de lei complementar.

Essa também era a compreensão do Fisco, no entanto, conforme se verá adiante, o STF, por maioria, vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux, acolheu a tese defendida pelos Contribuintes, no sentido de afastar a exigência do DIFAL antes da edição de Lei Complementar nacional específica, restando provido o citado RE.

Na decisão do referido caso, houve modulação para que a decisão surtisse efeitos a partir de 2022, com vistas a garantir tempo suficiente para que o Congresso Nacional editasse Lei Complementar nacional, mesmo tendo a declaração de inconstitucionalidade sido figurativa no sentido prático. O entendimento foi defendido pelo Ministro Dias Toffoli, que enfatizou as consequências econômico-fiscais negativas.

Em sua fundamentação alguns pontos foram usados de forma sistemática como respaldo argumentativo para sua sugestão de modulação, a exemplo da afirmação de que “a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional”.

Mais adiante, reproduziu argumento suscitado pelo secretário da Fazenda do Distrito Federal, que afirmou que haveria “uma enorme perda de receita para os Estados, que não terão como exigir o ICMS nessas situações. Somente no Distrito Federal, estima-se uma perda da ordem de R\$ 375 milhões para o ano de 2016”.

Fato é que mesmo tal cobrança sido considerada inconstitucional pela Suprema Corte, esta se será considerada eficaz até dezembro de 2021, ressalvadas apenas as ações em curso.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5994076&numeroProcesso=1287019&classeProcesso=RE&numeroTema=1093>. Acesso em 27/05/2022.

Dessa forma, restou evidenciada a real motivação para a decisão de modulação de efeitos que posteriormente seria efetivada nos autos, entendimento este erguido com vistas na possibilidade de prejuízo ao erário em razão da inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, por meio de lei ordinária, o que, ao final, claramente serviu de baliza para direcionar como e em qual espaço de tempo a modulação se daria.

Referenciar na fundamentação Estados que poderiam ser “prejudicados” com relação à arrecadação, os impactos econômico-fiscais possíveis e eventuais impactos posteriores em programas de políticas públicas não deveriam servir de respaldo para manutenção de cobranças tributárias reconhecidamente inconstitucionais, pois o Tribunal mais elevado do país não deveria servir de ferramenta estatal para fins de equilíbrio de orçamentário.

#### **4.2 O CASO DA DIFERENCIAÇÃO PELOS ESTADOS DE ALÍQUOTA DO ICMS INCIDENTES SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.287.019 (TEMA 745).**

Outro caso bastante emblemático que se amolda perfeitamente à presente discussão é o julgamento do tema 745, que tratou sobre a obrigatoriedade da seletividade ao ICMS em razão da essencialidade.

A discussão chegou ao Supremo através do Recurso Extraordinário cujo teor envolvia legislação do Estado de Santa Catarina, que determinava alíquota de 25% (geral seria 17%) para serviços de energia elétrica e telecomunicação. O entendimento majoritário foi no sentido de o critério quantitativo do ICMS ser o mesmo de operações gerais, tendo em vista a essencialidade dos produtos consumidos pelos contribuintes.

Ao fim, o entendimento foi de que a aplicação da seletividade somente é obrigatória para aqueles Estados cujas alíquotas sejam diferenciadas para determinados bens ou mercadorias.

Com isso, restou latente o direito à aplicação da seletividade, ocorre que o Supremo, em posição mais uma vez paternalista com relação aos Estados, modulou os efeitos da decisão para que se tenha efeitos apenas a partir de 2024, resguardado o direito à restituição daqueles que ingressaram com a respectiva demanda até o início do julgamento pelo STF.

Já no momento de apresentar seu voto, o Ministro Dias Toffoli se adiantou quanto da sugestão de modulação, indicando sua necessidade tendo em vista que o julgamento iria gerar “repercussões nas contas públicas”.

A princípio, a sugestão apresentada indicava início dos efeitos em 2022, no entanto, ao retornar da colheita dos demais votos, o Ministro alterou sua sugestão para 2024.

A discussão sobre a modulação circundou quase que exclusivamente sobre os impactos nas finanças dos Estados, o que ao final de fato influenciou o resultado do julgado, o que resultou em algo próximo àquele bordão já conhecido e discutido no meio acadêmico, “os contribuintes ganharam, mas não levaram”.

O Ministro Gilmar Mendes, na mesma linha do voto anterior, se ateu a afirmar, de forma pouco concisa, que havia inegável “interesse social” no que se refere a transição orçamentária a ser adotada pelos Estados, por fim, vinculou o conceito de segurança jurídica ao planejamento fiscal dos Estados.

Fato é que aqueles consumidores de energia elétrica e telefonia, que podem ser considerados bens essenciais à vida, terão que permanecer sustentando o ônus financeiro, como contribuinte de fato até a efetiva aplicação dos efeitos da decisão.

Observa-se que curiosamente a modulação se deu pelo mesmo motivo do caso anteriormente analisado, servindo a Suprema Corte do país como guardião do orçamento público, gerindo o passivo que deveria ter sido provisionado pelo executivo muito antes da declaração de inconstitucionalidade.

Isso porque, neste caso, desde 2014 o STF entende pela aplicação da técnica da seletividade, por esse motivo os estados deveriam ter provisionados tais valores no orçamento, sobretudo porque a perda era provável, mas como nada foi feito, coube ao STF se incumbir do dever de proteção dos Estados.

Referida tomada de decisão resultou no ajuizamento de 25 ações diretas de inconstitucionalidade pelo procurador-geral da República<sup>46</sup>, todas contra leis estaduais que fixam alíquota do ICMS sobre energia elétrica e serviços de comunicação em percentual superior à alíquota geral, assoberbando ainda mais o já inflado judiciário brasileiro.

---

<sup>46</sup> As ações ajuizadas, todas com pedido liminar de suspensão das normas impugnadas, foram ADIs 7108 (PE), 7109 (MS), 7110 (PR), 7111 (PA), 7112 (SP), 7113 (TO), 7114 (PB), 7115 (MA), 7116 (MG), 7117 (SC), 7118 (RR), 7119 (RO), 7120 (SE), 7121 (RN), 7122 (GO), 7123 (DF), 7124 (CE), 7125 (ES), 7126 (AP), 7127 (PI), 7128 (BA), 7129 (AM), 7130 (AL), 7131 (AC) e 7132 (RS). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=484669&ori=1>. Acesso em 31/05/2022.

Por fim, a adoção da citada postura pela corte gerou incertezas e demonstra que o pragmatismo orçamentário está por engolir a dogmática constitucional em matéria tributária.

#### **4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES DO STF.**

Com base no exposto, é oportuno enfatizar que tanto os artigos 20 e 23 da Lei nº 13.655/2018, como o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 são plenamente vigentes no ordenamento brasileiro, no entanto, a utilização destes pelo STF deve ser uma faculdade, respeitando a excepcionalidade de cada caso, de forma a homenagear de forma única e pura a segurança jurídica e o interesse social excepcional, como claramente explícito pelo legislador.

As balizas aplicadas aos casos analisados não se sustentam e colocam em xeque a legitimidade da corte, bem como a confiabilidade da mesma no que se refere ao regular exercício de seu papel precípua, qual seja, guardiã da Constituição Federal e seus princípios fundamentais.

#### **5 CONCLUSÃO**

O presente artigo se propôs a analisar a prática da modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária sob a ótica do emprego do consequencialista quando da construção argumentativa justificadora do posicionamento adotado.

Ao longo da exposição, observou-se como o consequencialismo decisório é capaz de exercer influência sobre as decisões atinentes à modulação de efeitos, bem como a utilização recorrente de conceitos indefinidos para composição da decisão.

Com a demonstração prática dos casos apresentados, restou evidente o quão temerário pode ser o uso desse método para fins de modulação temporal, além dos riscos de desconstrução da efetividade das decisões de inconstitucionalidade, o que pode vir a ferir a força normativa da Constituição Federal.

O posicionamento da Suprema Corte brasileira, ao optar ser flexível ante os supostos impactos que podem advir dos efeitos de uma decisão, equivale a desprezar a impositividade imposta pela Constituição.

Tal ação atinge objetivo diverso ao pretendido, vez que inevitavelmente gera um aumento do contencioso, visto que o contribuinte, imaginando haver fortes possibilidades que

uma eventual modulação de efeitos viria a privilegiar somente aqueles que ajuizaram suas demandas, não deixará passar a oportunidade de litigar.

De outra parte, os entes federados certamente terão maior confiança quanto a instituição e cobrança de tributos indevidos, já que a modulação tem se tornado cada vez mais recorrente, para não dizer regra, o que os induz à compreensão de que valeria o risco da cobrança indevida por muito tempo até que o Supremo Tribunal Federal a afaste, sendo que, no ritmo atual de atuação da corte, apenas os contribuintes que ajuizaram demandas teriam direito ao ressarcimento.

Tem-se ainda a questão do alto custo do contencioso no Brasil, forçando as empresas a contingenciarem valores em seus orçamentos a fim de preverem a contratação de profissionais com vistas a se posicionarem corretamente ante o fisco, evitando assim pagamento indevido ou mesmo para reaver aqueles tributos pagos indevidamente, o que resulta em um ponto negativo para o cenário de investimentos no país.

Dessa forma, demonstra-se que a segurança jurídica e a previsibilidade, que juntos garantem a segurança jurídica e resulta no atendimento ao princípio da não-surpresa, são critérios relevantes que servem de atrativo a empresas que querem se firmar no território nacional, no entanto, a ausência do estabelecimento claro desses critérios cominada à atuação da Suprema Corte como protetor do Estado, de forma a convalidar normas flagrantemente inconstitucionais, desestimula novos investimentos, bem como descredibiliza o sistema jurídico vigente.

Além disso, a ausência desses parâmetros para aplicação de efeitos temporais em determinados casos, faz com que questões específicas de um caso, embora semelhantes a outros, sejam totalmente olvidadas, ou mesmo a argumentação atinente aos graves danos ao erário sejam sempre cartas à manga quando tratar-se de litígio tributário entre fisco e contribuinte.

Por isso, a fórmula atualmente aplicada impacta em riscos ao sistema jurídico como um todo, resguardado se, nos moldes do Estado de Direito, estabeleça-se, respeitada a excepcionalidade da modulação, seja defeso a utilização da argumentação consequencialista, salvo se a favor do contribuinte. Esse ideal afastaria a insegurança jurídica por parte dos jurisdicionados e ainda possibilitaria a efetivação dos valores contidos na Constituição Federal.

O caminho a ser trilhado para pacificar o tema é longo, ou talvez se bastasse o STF se ater aos liames constitucionais para surtir efeitos em curto período, espera-se que o presente

artigo contribua com a discussão que tende a surgir cada vez mais forte com a recorrência constante da prática consequencialista, para que assim, os argumentos pertinentes aqui suscitados sirvam de invólucro na busca pela melhor solução.

## 6 REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: 1960

ALVIM, Teresa Arruda. O momento da modulação – (quase) mais relevante que a própria modulação. Site Migalhas, 10 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo>. Acesso em: 24 mai. 2022.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.532

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. 2ª Edição. São Paulo-SP. Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto: *Segurança Jurídica Tributação e Desenvolvimento*. 31 de julho de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=RuchoKYtTIg&t=3s>. Acesso em: 22 maio 2022.

BARROS, Marco Antônio Loschiavo Leme de. *Consequencialismo e o Argumento Econômico em Juízo: Estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos Planos Econômicos na ADPF 165*. RVMD, Brasília. v. 8.1, n. 1, p. 1-24, jan-jun, 2014.

BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1936).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Página eletrônica. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267549784&ext=.pdf>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5994076&numeroProcesso=1287019&classeProcesso=RE&numeroTema=1093>. Acesso em 27/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=484669&ori=1>. Acesso em 31/05/2022.

BRASIL. Palácio do Planalto. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCiv03/9868.htm>. Acesso em: 16 maio. 2022.

BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece argumento de juros, diz Nelson Jobim. Para presidente do STF, juízes devem pesar consequências econômicas e sociais de suas decisões. *Jornal Valor Econômico*, 13 de dezembro de 2004, p. A-12.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano V, V. 22, n. 22, p. 80-81, out./dez 1972.*

CAVALCANTE, Lucas de Andrade Lima; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Por um Conceito de Segurança Jurídica como Direito Fundamental. *Revista do Mestrado em Direito (RVMD), Brasília, v. 8, n. 2, p. 243-262, Jul-Dez, 2014.*

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

CORREIA, Ângela Karine G. de Miranda. *O argumento judicial consequencialista na visão da análise econômica do direito e o desenvolvimento brasileiro*. Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

CAMPOS, Ricardo. A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequencialismo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-jurisdiacao-constitucional-perigo-consequencialismo>. Acesso em: 27 maio. 2022.

CAPUTO BASTOS, Ana Carolina A. A(s) inconstitucionalidade(s) dos julgamentos virtuais no STF. Jota. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>. Acesso em 28/05/2022.

CHRISTOPOULOS, Basile. Juiz não pode ser refém do consequencialismo. Revista Consultor Jurídico, 22 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo>. Acesso em: 19 mai. 2022.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. New York: Bloomsbury, 2015.

DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial no Direito Tributário Brasileiro. Brasil, 2021.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Diogo. STF, julgamentos virtuais e a Matrix, partes I, II e III. Jota, 2020. Disponíveis em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-i-03072020>, <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-ii-10072020>, <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-julgamentos-virtuais-e-a-matrix-parte-iii-17072020>. Acesso em 28/05/2022.

FRAGA, Fábio; SILVA, Ricardo A. R. Precedentes que não Pegam?. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/07/10/precedentes-que-nao-pegam.ghtml>;

GALLOTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 170, p. 17-32, out. dez 1987.

Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm)>. Acesso em 29 mai. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica. 2019. Revista dos Tribunais 3ª Ed.

TORRES, Heleno Taveira. Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663919/mod\\_resource/content/1/Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica%20do%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20-%2050%20Anos%20do%20CTN.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663919/mod_resource/content/1/Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica%20do%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20-%2050%20Anos%20do%20CTN.pdf). Acesso em 22/05/2022.

NERY JUNIOR, Nelson, princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Paul G. Mahoney. *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 30, nº 2, p. 503-504 (junho de 2001).

PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. *Jurisprudência Mineira*, ano 59, v. 187, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, out./dez. 2008.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, processo tributário. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010

WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. Jota, 20 set. 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018). Acesso em: 29 maio. 2022.