



**Ricardo de Melo Jacob**

**O STF E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS: construções  
jurisprudenciais sobre a aplicação deste instituto.**

**Monografia apresentada à Escola de  
Formação da Sociedade Brasileira  
de Direito Público – SBDP, sob a  
orientação de Paula Gorzoni.**

**SÃO PAULO  
2011**

## ESCOLA DE FORMAÇÃO

**Resumo:** A modulação dos efeitos é um instrumento relativamente recente, existente no nosso ordenamento desde 1999. A importância da modulação é grande, visto que garante a possibilidade de uma norma declarada inconstitucional ser constitucional apenas por um período, a ser determinado pelo STF.

Este instrumento foi criado para ser utilizado principalmente no controle concentrado, mas há uma extensão de sua utilização no controle difuso desde 2002. Partindo da análise dos Recursos Extraordinários e dos Embargos de Declaração, a presente pesquisa pretende demonstrar como se deu a construção da fundamentação para a modulação nestes recursos, inclusive com alguns ministros considerando a modulação como questão de ordem pública, podendo ser argüida de ofício.

Estas construções com a repercussão geral e o sistema de precedentes são repetidas no tempo, garantindo a perpetuação de determinado posicionamento.

Partindo desta análise, será possível definir como os ministros se posicionam perante a modulação, como vem sendo e se há limites para sua aplicação.

**Acórdãos citados:** Casos do número de vereadores (RE 197.917, RE 199.522, RE 266.994, RE 273.844, RE 274.048, RE 274.384, RE 276.546, RE 282.606, RE 300.343), Caso do ICMS do Rio de Janeiro (RE 401.953), Casos do IPI alíquota zero (RE 353.657, RE 370.682, RE-ED 419.905, RE-AgR 386.954, RE-AgR 372.005 e RE-AgR 561.023), Casos da prescrição e decadência tributárias (RE 556.664, RE 560.626 e RE 559.943), Casos da Isenção da COFINS (RE 377.457, RE 381.964, AI-AgR-ED 706.866, AI-AgR-ED 523.223, AI-AgR-ED 650.371, RE-AgR-ED 524.363, RE-AgR-ED 574.007, RE-AgR-ED 574.052, RE-AgR-ED-ED 402.098, RE-AgR-ED 526.335, AI-AgR-ED 633.563, RE-ED 494.534, RE-ED 592.148, AI-ED 564.083, AI-ED 553.928, RE-AgR-ED 494.525, RE-ED 547.630, RE-AgR 538.889, RE-AgR 516.376, RE-AgR 467.169, RE-AgR 470.963, RE-AgR 497.270, RE-AgR 518.513, RE-AgR 509.411, RE-AgR 438.478, RE-AgR 486.094, RE-AgR 537.723, RE-AgR 540.578, RE-AgR 466.649, RE-AgR 571.734, RE-AgR 507.147, RE-AgR 569.049, RE-AgR 573.268, RE-AgR 587.604, RE-AgR 595.512, RE-AgR 597.215, RE-AgR 534.964, RE-AgR 526.335, RE-AgR 557.942, RE-AgR 456.182, RE-AgR 512.891, RE-AgR 518.672, RE-AgR 621.700, RE-AgR 355.084, RE-AgR 431.643, RE-AgR 446.675, RE-AgR 461.550, RE-AgR 498.721, RE-AgR 502.138, RE-AgR 502.767, RE-AgR 505.934, RE-AgR 508.032, RE-AgR 511.177, RE-AgR 514.422, RE-AgR 520.546, RE-AgR 525.644, RE-AgR 526.749, RE-AgR 528.798, RE-AgR 535.590, RE-AgR 536.166, RE-AgR 537.707, RE-AgR 538.815, RE-AgR 539.748, RE-AgR 539.829, RE-AgR 539.962, RE-AgR 542.420, RE-AgR 542.645, RE-AgR 556.912, RE-AgR 561.724, RE-AgR 561.792, RE-AgR 562.258, RE-AgR 564.070, RE-AgR 564.703, RE-AgR 568.683, RE-AgR 571.074, RE-AgR 572.782, RE-AgR 581.761, RE-AgR 582.903, RE-AgR 583.870, RE-AgR 587.776, RE-AgR 590.385,

RE-AgR 590.412 e RE-AgR 592.466), Casos dos Produtores rurais (RE 363.852 e RE 596.177), Caso do Concurso para Ingresso nas Forças Armadas (RE 600.885), Caso da GDASST (RE-ED 572,052), Caso da taxa de matrícula (RE-ED 500.171), Caso do ISS (RE-AgR-ED 553.223 e RE-AgR 490.277), Caso do IPTU (AI-AgR-ED 440.881, AI-AgR-ED 527.297, AI-AgR-ED 478.398, AI-AgR-ED 421.354, AI-AgR-ED 490.875, AI-AgR-ED 417.014, RE-AgR 370.734, RE-AgR 362.570, RE-AgR 362.578, RE-AgR 407.813, RE-AgR 371.937, RE-AgR 380.427, RE-AgR 386.440, RE-AgR 511.572, RE-AgR 403.613, RE-AgR 451.806, RE-AgR 458.404, RE-AgR 353.508, RE-AgR 368.118, RE-AgR 497.403, RE-AgR 395.902, RE-AgR 392.139, RE-AgR 487.567, RE-AgR 489.428, RE-AgR 510.336, RE-AgR 439.769, RE-AgR 440.344, RE-AgR 442.309, RE-AgR 442.310, RE-AgR 443.348, RE-AgR 451.213 e RE-AgR 364.304), Caso da Polícia Civil do Distrito Federal (ADI-ED 3601), Caso de indenização por acidente de trabalho (AI-AgR-ED 529.763), Caso da Pensão no Paraná (ADI-ED 2791), Caso dos Defensores de Minas Gerais (ADI-ED 3819), Caso da Taxa de Iluminação (TCLLP - AI-ED 742.457, RE-AgR 356.422, RE-AgR 367.466, RE-AgR 387.961, RE-AgR 293.710, RE-AgR 516.296 e RE-AgR 273.074).

**Palavras-chave:** modulação dos efeitos, controle difuso, recurso extraordinário, embargos de declaração e precedentes.

### **Agradecimentos**

*À minha mãe Maria Cristina, que sempre me apoiou nas decisões que tomei, inclusive nesta empreitada de um ano na Escola de Formação;*

*À minha namorada Mariana, por todo o apoio, cooperação e paciência para a realização desta monografia e durante este um ano de estudos;*

*À minha orientadora Paula Gorzoni, pela ajuda na decisão dos rumos da monografia, bem como em outros aspectos da minha primeira pesquisa empírica;*

*À Escola de Formação como um todo, tanto aos coordenadores Henrique e Luiza quanto aos amigos da Escola, pelos debates e conversas que também ajudaram para a formação do presente trabalho.*

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
1.1 ASPECTOS DO ART. 27 DA LEI N.º 9.868/99 .....	8
1.2 POR QUE ESTUDAR A MODULAÇÃO DOS EFEITOS? .....	10
<b>2. METODOLOGIA</b> .....	<b>14</b>
2.1 DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO AMOSTRAL E DO TEMA.....	15
2.2 HIPÓTESES EM ESTUDO .....	19
<b>3. ESTUDO EMPÍRICO</b> .....	<b>20</b>
3.1 MODULAÇÃO EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	20
3.1.1 <i>Casos em que houve a modulação dos efeitos</i> .....	23
3.1.1.1 O caso do número de vereadores.....	23
3.1.1.2 O caso da prescrição e decadência tributárias.....	27
3.1.1.3 O caso do concurso para ingresso nas Forças Armadas.....	29
3.1.2 <i>Casos em que não houve a modulação</i> .....	34
3.1.2.1 O caso do ICMS do estado do Rio de Janeiro .....	34
3.1.2.2 O caso do IPI alíquota zero .....	36
3.1.2.3 O caso da isenção da COFINS .....	42
3.1.2.4 O caso dos produtores rurais.....	46
3.1.3 <i>Crítica</i> .....	50
3.2 MODULAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO .....	55
3.2.1 <i>Casos em que houve a modulação</i> .....	58
3.2.1.1 Os casos de indenização por acidente de trabalho e o caso dos Defensores de Minas Gerais .....	58
3.2.1.2 O caso dos policiais civis do Distrito Federal .....	60
3.2.1.3 O caso da taxa de matrícula .....	63
3.2.2 <i>Casos em que não houve a modulação</i> .....	65
3.2.2.1 ED nos casos da isenção da COFINS .....	66
3.2.2.2 ED nos casos do IPTU progressivo no Rio de Janeiro.....	67
3.2.2.3 ED no caso do ISS .....	69
3.2.2.4 O caso da previdência dos servidores do Paraná.....	70
3.2.2.5 ED no caso da gratificação - GDASST.....	71
3.2.3 <i>Casos em que houve fungibilidade</i> .....	73
3.2.4 <i>Crítica</i> .....	76
3.3 MODULAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E OS PRECEDENTES .....	78
3.3.1 <i>Crítica</i> .....	82
<b>4. CONCLUSÃO</b> .....	<b>87</b>
<b>5. BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>96</b>

## 1. Introdução.

Primeiramente, faz-se necessário discorrer brevemente sobre alguns conceitos envolvidos na presente pesquisa. Outros conceitos, para uma melhor compreensão, serão explicados no decorrer do texto.

O controle de constitucionalidade das normas no Brasil tem as suas peculiaridades. Existe o controle de constitucionalidade preventivo, o político (ambos exercidos no âmbito do Congresso ou através do veto do presidente, sendo que o controle político perdeu espaço no nosso sistema<sup>1</sup>) e o jurisdicional (exercido somente pelo Poder Judiciário).

Para a presente pesquisa, interessa apenas o controle jurisdicional. Neste âmbito, é possível haver o controle das normas de duas formas: pela via difusa e pela via concentrada.

O controle difuso das normas dá-se em todos os níveis do poder judiciário, desde o juízo de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal (STF). Já o controle concentrado dá-se diretamente neste tribunal, topo hierárquico do nosso sistema jurisdicional.

O controle concentrado tem uma via de acesso mais restrita. Poderá ser exercido por intermédio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Declaratória de Constitucionalidade por Omissão (ADO). A decisão tomada no âmbito deste controle valerá para todos, terá efeito *erga omnes*. Até por conta disso, os legitimados para propor estão previstos num rol restrito, no art. 103 da Constituição Federal de 1988 (CF)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf., por exemplo, Elival da Silva Ramos - RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2010: 1ª edição, p. 237.

<sup>2</sup> "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

Pela via difusa, são diversos os instrumentos. Para o presente trabalho, o enfoque será para o Recurso Extraordinário (RE). Tanto a escolha tomada quanto os resultados encontrados serão melhor abordados no capítulo sobre a metodologia, a frente. A declaração de inconstitucionalidade nesta via dá-se de modo incidental, isto é, para resolução do caso, depende desta declaração, que valerá apenas "*inter partes*", primeiramente<sup>3</sup>.

Sobre a declaração de inconstitucionalidade, se uma norma é declarada inconstitucional pela via jurisdicional, a regra é de que esta será declarada nula e seus efeitos não apenas cessados, mas será como se a norma nunca tivesse existido. Os efeitos, portanto, retroagem até aquela situação anterior à edição da norma, que seria reconstituída. Este efeito é conhecido também por efeito "*ex tunc*" (que retroage). Esta regra está consubstanciada no princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais.

Sobre este tema, o estudo sobre a nulidade das normas inconstitucionais é antigo, remonta ao século XVII, com Hans Kelsen. Na declaração de inconstitucionalidade das normas, a regra era ao do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais. Explicando a idéia deste princípio, diz Flávio Beicker<sup>4</sup>:

"Historicamente, o modelo que proclama a nulidade descende do constitucionalismo americano, desde o século XIX. Segundo essa visão, a idéia de lei inconstitucional seria uma verdadeira contradição em termos, já que uma "lei inconstitucional" não é lei em sentido algum. A regra, portanto, é a produção de efeitos *ex tunc*, ou seja, que retroagem até o momento em que o ato ingressou no ordenamento jurídico. Por isso, a decisão possui

---

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

<sup>3</sup> No entanto, é possível que o Senado reconheça a declaração de inconstitucionalidade na via difusa e transforme seus efeitos de *inter parte* para *erga omnes*, com fulcro no art. 52, X da CF.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa. "O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais". Esta monografia apresentada em 2008, como conclusão da Escola de Formação da SBDP. Disponível, em 10.09.11, no site: [http://sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=113](http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113), p. 21 e 22.

natureza declaratória, uma vez que simplesmente se limita a confirmar algo prévio, quer dizer, uma dada realidade que lhe é pré-existente.

A lógica que subjaz a esse raciocínio é a de que a lei inconstitucional possui um vício insanável, uma pecha que a impede de produzir efeitos a qualquer tempo. O resultado almejado é como se ela nunca tivesse existido, de modo que os atos praticados sob sua égide igualmente careceriam de legitimidade. Assim, o juízo de inconstitucionalidade importaria também a nulidade de todos esses atos que tiveram fundamento na lei (ou não-lei) viciada.<sup>5</sup>

Este princípio, no entanto, passou a ser questionado. E naqueles casos em que a situação anterior não poderia mais ser reconstituída, ou que pudesse levar um órgão federativo à uma situação de grave insegurança jurídica?

Houve, então, a possibilidade da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com a edição da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999, lei que dispõe ainda sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF. Como pode ser visto, a modulação foi criada para ter aplicação no **controle concentrado de normas**, visto ter sido prevista na mesma lei que regula dois instrumentos deste controle.

Com esta criação legislativa, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a partir de então, poderiam ser "ex nunc", isto é, não retroagiriam e a norma seria inconstitucional a partir da publicação da sentença ou em outro momento posterior definido pela Corte. Todavia, quais são os requisitos para haver a modulação?

### **1.1 Aspectos do art. 27 da Lei n.º 9.868/99**

A Lei n.º 9.868/99 traz, no seu art. 27, a previsão da modulação de efeitos. Dispõe este artigo:

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, cf. por exemplo: op. Cit., p. 167 e 168; MENDES, Gilmar Ferreira in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009: 4ª edição. P. 1.319.



“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” (grifos meus).

Do artigo depreendem-se dois critérios para aplicação da modulação: (i.) ter em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e (ii.) maioria de dois terços dos membros<sup>6</sup> do STF.

Para o presente trabalho quórum e pressupostos serão de grande relevância, como já descrito no item anterior. Quanto ao quórum qualificado, não há dúvidas do que o legislador colocou como critério (2/3 do Plenário, oito ministros). No entanto, quanto aos pressupostos, não há muita clareza no significados das expressões “razões de segurança jurídica” ou “razões de excepcional interesse social”. São expressões mais abertas, que serão trabalhadas durante a presente pesquisa.

Existem três formas de modulação: (i.) declarar a inconstitucionalidade, mas com a fixação de um prazo para começar a valer (efeito pro futuro); (ii.) declaração da inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*); e (iii.) declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, isto é, será suspensa a aplicação da lei até que o legislador intervenha, se manifeste, dentro de prazo razoável definido pelo próprio STF<sup>7</sup>.

Sobre a mudança trazida pela Lei 9.868, expõe o Min. Dias Toffoli que tal lei “inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um modelo rígido e

---

<sup>6</sup> Convém destacar que esta reserva do Plenário coaduna com o disposto no artigo 97 da Constituição Federal do Brasil. Coloca o artigo 97 que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>7</sup> Esta possibilidade ainda gera controvérsias no STF – entendem alguns ministros que o Poder Judiciário não poderia obrigar o Legislativo a editar normas; Cf., por exemplo, ADI/DF n.º 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.10, p. 77, intervenção do Min. Eros Grau). Para melhor compreensão sobre as possibilidades da modulação, cf., por exemplo: MENDES, Gilmar Ferreira in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 1320.

absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional, inovação, a meu ver, imprescindível para que esta Corte possa cumprir, efetivamente, sua missão de guardar a Constituição”<sup>8</sup>.

Todavia, é necessário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, deixar expresso que está sendo aplicado o princípio da nulidade? Para o Min. Dias Toffoli, “continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo”<sup>9</sup>. Sendo assim, em teoria, no silêncio do tribunal, seria aplicado o princípio da nulidade.

## **1.2 Por que estudar a modulação dos efeitos?**

Primeiramente, um dos pontos relevantes é o estudo sobre os pressupostos genéricos da modulação, isto é, o fato de “relevante interesse social” e “segurança jurídica” gerarem controvérsias. Além de o instrumento ser relativamente recente (são apenas doze anos de aplicação) e não possuir interpretação consolidada pelo STF, a interpretação, com a mudança de composição do Tribunal no período 1999 e 2011<sup>10</sup> trouxe a tona a discussão, dentro da própria Corte, sobre o tema. Estas alterações refletem no modo de abordagem dos pressupostos, que vem sofrendo uma mudança substancial, com reflexos na argumentação dos ministros e no modo de aplicação do instituto.

---

<sup>8</sup> STF: ADI-ED 3.601/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.09.10, p. 7

<sup>9</sup> Op. Cit., ver a ementa do caso. Há outros casos ainda, como RE-ED 572.052/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.11 e o RE 600.885/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09.02.11.

<sup>10</sup> No período de 1999 até hoje, houve as seguintes trocas de ministros: saíram Nelson Jobim (saiu em 2006), Maurício Correa (1994-2004), substituído por Eros Grau (2004-2010), Néri da Silveira (1981-2002), Ilmar Galvão (1991-2003), Carlos Velloso (1990-2006), Sepúlveda Pertence (1989-2007), que foi substituído por Menezes Direito (2007-2009), Moreira Alves (1975-2003), Sydeny Sanches (1984-2003) e Octavio Gallotti (1984-2000) e entraram, respectivamente nos cargos vagos, Carmem Lúcia (2006), Luiz Fux (2011), Gilmar Mendes (2002), Ayres Britto (2003), Ricardo Lewandowski (2006), Dias Toffoli (2009), Joaquim Barbosa (2003), Cezar Peluso (2003) e há atualmente um lugar vago, o da ministra Ellen Gracie (que saiu no dia 05.08.11). A última informação é a de que a Min. do Tribunal Superior do Trabalho Rosa Weber foi indicada pela presidente Dilma Rouseff, ainda restando passar pelo crivo do Senado para sua efetivação.

Sendo assim, é notável a mudança no plenário. Apenas os ministros Celso de Mello (desde 1989) e Marco Aurélio (1990) estavam presentes quando do início da aplicação do instituto. Estas mudanças trouxeram, obviamente, alteração nos caminhos argumentativos utilizados pelos ministros para aplicação do instituto ou não.

Sobre a aplicação do instituto, não é objetivo desta pesquisa analisar como o STF vem decidindo em relação aos pressupostos da modulação, trabalho feito por Flávio Beicker (cuja pesquisa, citada em nota de rodapé na página n.º 7, partiu da criação do instrumento até o ano de 2008). No trabalho citado, além da análise da modulação com relação ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais, o objetivo foi estudar a modulação de efeitos quanto aos seus pressupostos, isto é, como a Corte justificaria a aplicação da modulação, como ela afastaria o princípio da nulidade das normas inconstitucionais, se sua utilização resultaria em um meio de exercer política judiciária e se estaria sendo dada à Corte uma alta discricionariedade quanto à aplicação do instituto.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma possui grande valor para todo o sistema normativo (a retirada de uma norma pode gerar um vácuo, por exemplo), bem como para os jurisdicionados. É essencial, portanto, que certos parâmetros para a utilização da modulação sejam estabelecidos, bem como que fique clara a argumentação envolvida para sua utilização (princípio processual do livre convencimento motivado dos juízes<sup>11</sup>).

Apesar de já ter sido realizada por Flávio Beicker, a análise dos pressupostos (bem como a motivação dos ministros), não poderia ser deixada completamente de lado, por isso é parte integrante do interesse central da pesquisa.

Outro motivo importante para o estudo é a aplicação da modulação em outros recursos que não fazem parte do controle concentrado. Para tanto, vale destacar um dos fundamentos trazidos pelo Min. Gilmar Mendes na aplicação da modulação. Para o ministro, a adequação dos efeitos de uma decisão ocorreria a fim de se minimizar o chamado “estado de inconstitucionalidade”<sup>12</sup>. O Min. Gilmar Mendes argumenta sobre a

---

<sup>11</sup> “O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (...) essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser *motivado* (CF, art. 93, inc. IX) (...)”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2008, 24ª edição, p. 74.

<sup>12</sup> Neste sentido, o Min. Gilmar Mendes, que foi relator na ADI 875, julgada em 24.02.10 coloca que a questão no caso é de “**se encontrar uma técnica de decisão para superar o**

necessidade de se “encontrar uma técnica de decisão” para superar o alegado “estado de inconstitucionalidade”. Não é a toa que o ministro diz isso. Na realidade, a modulação tem sido um instrumento, um meio para adequar as decisões à realidade.

É aí que reside o problema desta pesquisa. A subjetividade dos critérios, de fato, permite um manejo maior do instituto. No entanto, esta busca por uma técnica decisória traz consequências realmente desejáveis? O ônus argumentativo, a necessidade de uma argumentação coerente torna-se cada vez mais imprescindível.

Ora, então como seria possível a modulação através da declaração incidental de inconstitucionalidade no controle difuso, mais especificamente no RE? Aplicação analógica? Como poderá ser visto, este é um dos fundamentos utilizados pelos ministros.

Como poderia haver a aplicação da modulação em Embargos de Declaração (ED)? Pelo CPC<sup>13</sup>, são três as hipóteses de cabimento dos ED: obscuridade, contradição e omissão. Nas duas primeiras hipóteses, haveria a possibilidade de confusão quanto ao pronunciamento do tribunal, mas e no caso da omissão? No silêncio do tribunal não aplicar-se-ia o princípio da nulidade? Veremos adiante que já houve modulação em caso de omissão em ED.

Estes são alguns dos aspectos que serão analisado nesta monografia, como seu deu este processo que trouxe a aplicação deste instituto em RE, dentre outros aspectos específicos deste recurso, bem como nos ED<sup>14</sup>. Essas possibilidades são discutíveis, não foram sequer trazidas pela lei que criou a modulação dos efeitos tornando-se essencial, tendo em vista tal

---

alegado **estado de inconstitucionalidade** decorrente de omissão parcial (fls. 13 do voto)”. Continua, colocando que a “*imediate supressão da ordem jurídica representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados (...)*”, agravando, por conseguinte, “*o estado de inconstitucionalidade*”. Cf., p. 43 do voto do ministro.

<sup>13</sup> Dispõe o art. 535 do CPC: “Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

<sup>14</sup> Uma dúvida metodológica poderia surgir daí: por que não analisar em outros instrumentos, tais como Agravo de Instrumento, Mandado de Segurança ou Habeas Corpus, em que também houve a efetiva modulação? Tais dúvidas serão sanadas no capítulo 2, sobre a metodologia do trabalho.

peculiaridade, analisar qual é o posicionamento da Corte nesta nova aplicação da modulação.

Por fim, o uso de precedentes. Há argumentos no sentido de que as alterações de precedentes (“a ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais”) poderiam significar uma insegurança no ambiente jurídico.

No entanto, a idéia dos precedentes não é a de congelamento do tribunal, de interrupção da criatividade que envolve a tomada de uma decisão. Um diálogo que exista entre as decisões tomadas anteriormente e as presentes demonstra uma construção coordenada de jurisprudência, melhor fundamentada, o que implicaria melhor qualidade<sup>15</sup>, bem como poderia significar um reflexo de evolução social.

Para corroborar tal assertiva, destaque-se a argumentação trazida pelo Min. Celso de Mello:

“Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instancias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos.

Assume relevo, desse modo, a asserção segundo a qual ‘o princípio da segurança jurídica supõe que o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis’.”

Continua o ministro, no mesmo voto, justificando porque aplicar o instituto da modulação:

“O postulado da segurança jurídica e o principio do cidadão nas ações do Estado representem diretrizes constitucionais a que o STF, em contexto como o que ora se apresenta, não pode permanecer indiferente.

**Na realidade, os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico,** projetando-se sobre

---

<sup>15</sup> Cf., por exemplo: VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. “Escrevendo um romane, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”. Revista Direito GV, jan.-jul. 2009. São Paulo: Editora FGV, n.º 9. P. 28.

as relações jurídicas, inclusive a de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, **permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.**

**A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, por tal razão, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica**<sup>16</sup> (grifos meus).

Sendo assim, quando houver ruptura de precedente, seria aplicada a modulação, como meio de proteção dos jurisdicionados? Não necessariamente, como poderá ser visto no caso da isenção da COFINS.

Estes são apenas alguns questionamentos. A idéia da presente pesquisa é a de trazer elementos para entender a aplicação da modulação em outros instrumentos, bem como para entender as controvérsias dentro da Corte sobre o assunto. A importância disso é entender até que ponto vai a discricionariedade do tribunal no estabelecimento de efeitos de uma decisão com grandes consequências no ambiente sócio-jurídico.

Para tanto, é essencial a pesquisa empírica, através da qual analisa-se não só os fundamentos dos ministros, mas como traz dados empíricos para compreensão e clareza do contexto fático envolvido. Nesse sentido, foi realizada toda uma coleta de casos e dados, explanados no próximo capítulo, sobre a Metodologia.

## **2. Metodologia**

A escolha pela pesquisa empírica se deu pois, normalmente, estas pesquisas possuem como escopo a análise prática de um instrumento e a

---

<sup>16</sup> STF: RE-ED 592.148, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2009, p. 12 e 13.

resolução de um problema ou a investigação de hipóteses previamente formuladas.

Para serem alcançados resultados satisfatórios, é preciso restar claro o caminho trilhado para se chegar a uma resposta, como meio de empregar maior confiabilidade ao trabalho, bem como a permitir a outros pesquisadores que trilhem caminhos novos. Daí a necessidade de um campo reservado para a explanação da metodologia do trabalho.

## **2.1 Delimitação do espaço amostral e do tema**

Um dos passos iniciais para analisar a construção jurisprudencial envolvida na aplicação da modulação é analisar quando e como os ministros argumentam sobre os pressupostos da modulação nestas decisões, se há divergência sobre a interpretação de “excepcional interesse social” e sobre qual seria a segurança jurídica a ser preservada<sup>17</sup>.

Formulei, nesse sentido, um rol de questões que pretendo analisar nas decisões sobre a modulação. Estas questões foram elaboradas partindo do pressuposto de que seriam analisadas somente as decisões em RE e ED. Os motivos para se decidir pela análise somente destes dois instrumentos ficarão mai claros adiante.

Como o STF tem interpretado “excepcional interesse social”? Este interesse está implícito a todos os processos, sendo possível a argüição de omissão em ED? Com base em quais elementos os ministros se posicionam sobre o assunto?

Seria um problema lastrear a modulação na jurisprudência? O bem jurídico “segurança” estaria sendo preservado por este instrumento? Segurança de quem, dos particulares, do Estado ou de ambos?

---

<sup>17</sup> Vide declaração do Min. Dias Toffoli no já destacado julgamento da ADI-ED 3.601, realizado em 09.09.10, definindo qual seria o parâmetro dos requisitos para a modulação de efeitos: “segurança jurídica – que decorre do art. 5º, caput, da Constituição e fundamenta a noção material do princípio do Estado de Direito (art. 1º, da CF/88) – o excepcional interesse social, que consubstancia qualquer outro princípio constitucional.”

Destaca-se que as questões supra serão comparativamente analisadas com o trabalho do Flavio Beicker, que analisou estes aspectos anteriormente.

Como o STF tem se posicionado sobre a aplicação da modulação em RE? Como se construiu esta aplicação? E o uso de precedentes, tem sido muito recorrente?

O bem jurídico segurança, bem como o excepcional interesse social, está sendo aplicado da mesma forma e com a mesma argumentação que em sede de controle abstrato? Neste ponto, em específico, pretendo dialogar com a pesquisa já destacada.

Partindo destas questões, comecei minha pesquisa pelo site do STF, especificamente no "thesaurus", um sistema do próprio site para localização de termos semelhantes, a fim de encontrar as palavras que são usadas pelo STF que dizem respeito à modulação dos efeitos. No entanto, encontrei posteriormente um erro metodológico, que me fez aumentar o termo de pesquisa (inclusão dos dois últimos termos), que ficou assim:

"modulação de efeitos" ou "efeitos modulatórios" ou "modulação de efeitos temporais" ou "modulação dos efeitos" ou "modulação temporal dos efeitos" ou "modulação temporal de efeitos" ou "efeitos prospectivos" ou "efeitos pro futuro"

Com esta chave de busca, encontrei as mais diversas decisões. Entretanto, o enfoque da presente pesquisa é o de analisar somente acórdãos e não outros documentos disponíveis no site do STF por três motivos: (i.) as discussões trazidas são mais relevantes que as fundamentações das decisões monocráticas, por envolverem mais ministros; (ii.) seus resultados são mais discutidos entre os ministros envolvidos; e (iii.) a delimitação do tempo para a pesquisa é curta, visto que são poucos os meses para a realização desta monografia. Com o escopo de delimitar este universo, por conta do número de decisões



encontradas, tablei e organizei os acórdãos para averiguar em quantos destes houve ou não a aplicação da modulação de efeitos<sup>18</sup>.

Para reduzir qualquer possibilidade de erro, comparei as listas de acórdãos, da primeira pesquisa, sem os dois últimos termos, com a nova pesquisa, agora com os termos faltantes, e achei mais acórdãos. Sendo assim, de cento e quarenta e cinco (145) acórdãos, na realidade, o espaço amostral passou para cento e oitenta e cinco (185) acórdãos.

Mesmo assim, adotei mais um resguardo nesta pesquisa, que me foi muito frutífero. Enviei e-mail para o STF (“fale conosco” na parte de Pesquisa de Jurisprudência no site do STF<sup>19</sup>) no qual solicitei chave de pesquisa compatível com aquela utilizada anteriormente, para buscar outras decisões, sem quaisquer limitações temporais. Eis que deste e-mail, obtive a seguinte chave de pesquisa:

“(modul\$ ou futur\$ ou prospectiv\$) prox9 efeito\”

Com este termo, encontrei trezentos e seis (306) acórdãos. Esta chave de pesquisa, todavia, trouxe casos de 2011 até 1954. Como a lei é de 1998, excluí os casos anteriores a este ano.

Comparei os casos da primeira pesquisa com os da segunda e resultou em trezentos e doze (312) acórdãos, sendo que os dividi por instrumento, para melhor encaixar os casos que irei analisar. Encontrei o seguinte resultado:

- noventa e dois (92) Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento (AI-AgR);
- cento e quinze (115) Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário (RE-AgR);
- trinta e um (31) Embargos de Declaração (tanto em RE, ADI ou AI);
- trinta e um (31) Recursos Extraordinários (RE);
- vinte e três (23) Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI);

---

<sup>18</sup> Aqui foi realizada uma análise rasa, apenas se houve ou não a modulação.

<sup>19</sup> Disponível no site:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

- seis (6) Medidas Cautelares em ADI (ADI-MC);
- quatro (4) Mandados de Segurança;
- dez (10) Reclamações (Rcl);
- cinco (5) casos diversos (duas (2) ADC, uma (1) Pet-MC-segunda, uma (1) AC-MC-QO, uma (1) ADI-QO).

Por uma questão de tempo, e pelo escopo da pesquisa, eliminei os casos que (i.) não eram em sede de controle difuso e (ii.) os instrumentos em que não houve como analisar se houve inovação ou não (não há questões suficientes para verificar uma tendência, ou uma mudança de postura/fundamentação dos ministros).

Sendo assim, restaram os casos em que houve grandes debates e/ou inovações, quais sejam os casos em sede de RE, AI e ED. No entanto, a quantidade de casos em sede de AI era alta. Entendendo que outra pesquisa poderia explorar esta seara, bem como a seara das decisões monocráticas que inclusive são citadas em alguns casos, e que o tempo da pesquisa não permitiria tal análise, entendi melhor retirar os casos em AI e focar nas decisões em RE (e RE-AgR) e nas decisões em sede de ED.

Filtrados os casos encontrados, mas que não eram pertinentes à pesquisa (porque tratavam de “efeitos futuros” trazidos pelo ato jurídico perfeito, não da modulação) e delimitado os casos a ser analisados, o universo de pesquisa ficou em cento e cinquenta e cinco (155) acórdãos, quais sejam:

- cento e cinco (105) casos em sede de RE-AgR;
- trinta (30) casos em sede de ED;
- vinte (20) casos em sede de RE.

Deste resultado, houve a modulação em apenas dezenove (19) casos, demonstrando como a aplicação da modulação ainda é restrita. Porém, os precedentes vinculam as decisões de diversos outros casos, como será demonstrado adiante.

Para melhor ilustrar o estudo, há tabela, em anexo, com todos os casos reunidos. No entanto, para um estudo mais claro, dividi em cada capítulo os casos que foram estudados e a respectiva tabela de casos.

A fim de delimitar o universo de acórdãos, e viabilizar o estudo, defini um critério prático: se a decisão possui algum ministro tratando dos pressupostos da modulação e/ou tratando de seu cabimento em ED ou RE, estudarei para ver a argumentação de cada um, buscando um posicionamento da Corte. Os casos envolvendo o uso exclusivo de precedentes, sem grandes controvérsias, serão estudados de acordo com os precedentes mais citados (os considerados "*leading cases*") nos votos, até porque a argumentação utilizada no precedente é a mesma do caso concreto.

## **2.2 Hipóteses em estudo**

Após uma leitura dos casos, seguida de um fichamento destes, formulei as seguintes hipóteses, cujos resultados relacionados serão estudados mais a frente:

- Mais do que implícito, a modulação dos efeitos é uma questão de ordem pública, podendo ser argüida de ofício;

- A alegação de "estado de inconstitucionalidade" vem sendo utilizada de modo a calibrar as decisões do STF, tornando-as menos ligada a aspectos formais, na busca da "melhor solução" (na visão dos ministros);

- A ponderação sobre os pressupostos normalmente é consequencialista. Os aspectos jurídicos muitas vezes são preteridos por critérios práticos, de fato;

- A segurança do Estado vem em primeiro lugar, visto que se o Estado falir, os mais afetados serão os cidadãos;

- O lastro em precedentes auxilia para que a modulação venha se adequando à realidade das reformas políticas e jurídicas pelas quais o país está passando, sendo que os precedentes têm sido largamente utilizados. A

utilização deles, no entanto, varia muito, de acordo com o Ministro que está votando;

- Os ministros diferenciam pouco se o processo está em sede de controle abstrato ou concentrado. O que se analisa é se a decisão será efetiva ou não, quais os riscos que ela trará. Além disso, com o instrumento da repercussão geral, o controle concentrado se equiparou ao difuso quanto aos seus efeitos;

Destaque-se que as hipóteses supra citadas não configuram minha opinião ou crítica. Estas virão depois, quando o estudo for realizado.

### **3. Estudo empírico**

#### **3.1 Modulação em sede de Recurso Extraordinário**

O RE é interposto contra decisão de única ou última instância, que (i.) contrariar dispositivo da CF; (ii.) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii.) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF; e (iv.) julgar válida lei local contestada em face de lei federal<sup>20</sup>. Não há um rol que limite os legitimados para esta via.

Visando a dar maior celeridade ao sistema processual, bem como reduzir a quantidade de RE julgadas pelo STF, foi instituída a repercussão geral, pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 (conhecida como a "Reforma do Judiciário"). A idéia é de que as questões sob julgamento perante o STF tenham alguma repercussão, isto é, "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa"<sup>21</sup>, como previsto no Código de Processo Civil

---

<sup>20</sup> Nos termos do disposto nas alíneas do art.102, III da CF/88.

<sup>21</sup> Tal é a previsão do art. 543-A do CPC, que ainda dispõe:

"Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

(CPC), que deve ser demonstrada sob pena de não admissão do recurso. O juízo para admissão é negativo: o recurso não será admitido se 2/3 do Tribunal assim se manifestarem<sup>22</sup>. Se forem múltiplos os recursos, caberá ao Tribunal de origem selecionar qual ou quais recursos representam melhor a controvérsia.<sup>23</sup>

Em sede de RE, são vinte os casos estudados nesta monografia, todos eles julgados pelo pleno do STF. Curioso notar que destes vinte casos sob análise, houve a modulação em apenas treze deles, em três temáticas distintas, quais sejam: os “casos do número de vereadores”, “casos da prescrição e decadência” e “caso do concurso para ingresso nas Forças Armadas”.

<b>Casos</b>	<b>Data de Julgamento</b>	<b>Tema</b>	<b>Houve modulação?</b>
<b>RE 197917</b>	06.06.02	Número de vereadores	SIM
<b>RE 199522</b>	31.03.04		
<b>RE 266994</b>	31.03.04		

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

<sup>22</sup> Art. 102, § 3º da CF.

<sup>23</sup> Como previsto no CPC: “Art. 543-B: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

<b>RE 273844</b>	31.03.04		
<b>RE 274048</b>	31.03.04		
<b>RE 274384</b>	31.03.04		
<b>RE 276546</b>	31.03.04		
<b>RE 282606</b>	31.03.04		
<b>RE 300343</b>	31.03.04		
<b>RE 401953</b>	16.05.07	ICMS no Estado do RJ	NÃO
<b>RE 353657</b>	25.06.07	IPI- alíquota zero	NÃO
<b>RE 370682</b>	25.06.07		
<b>RE 556664</b>	12.06.08	Prescrição e decadência tributárias	SIM
<b>RE 560626</b>	12.06.08		
<b>RE 559943</b>	12.06.08		
<b>RE 377457</b>	17.09.08	Isenção da COFINS	NÃO
<b>RE 381964</b>	17.09.08		
<b>RE 363852</b>	03.02.10	Produtores rurais	NÃO
<b>RE 596177</b>	01.08.11		
<b>RE 600885</b>	09.02.11	Concurso para ingresso nas Forças Armadas.	SIM

Vale destacar que alguns casos são mais emblemáticos que outros, como o caso do RE 197.917 (Caso do número de vereadores), do RE 377.457 e RE 381.964 (ambos são sobre a Isenção da COFINS). Os dois últimos são relacionados fundamentalmente com boa parte dos RE-AgR que serão abordados no capítulo 3.3.

Para melhor estudar a possibilidade de modulação em sede de RE, separei em dois sub-itens, que tratarão dos aspectos ligados ao cabimento e à não recepção da modulação, e alguns itens temáticos dentro destes sub-itens, para melhor esquematização do trabalho.

### **3.1.1 Casos em que houve a modulação dos efeitos**

#### **3.1.1.1 O caso do número de vereadores.**

O “caso do número de vereadores” teve como *leading case* o RE 197.917/SP, julgado em 24.03.2004. Este caso trata dos vereadores de Mira Estrela, primeiro em que houve a discussão do cabimento ou não da modulação em sede de RE. É emblemático, pois estabeleceu parâmetros nos julgamentos dos RE, bem como para os outros *leading cases* que serão analisados posteriormente.

Em linhas gerais, os casos tratam do art. 49, IV da CF, que definiu limites máximos e mínimos para a composição da câmara de vereadores dos municípios, parâmetros que deveriam observar critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Em suma, a discussão central girou em torno da possibilidade do Município estabelecer ou não o número de vereadores, observadas duas possibilidades: se pudessem, deveriam ater-se aos critérios de proporcionalidade, razoabilidade e aos limites de gastos dos municípios (responsabilidade fiscal); se não pudessem deveriam apenas obedecer a critérios aritméticos, ligados ao dispositivo constitucional, que já teria estabelecido o que deveria ser a proporcionalidade.

O Ministério Público Estadual de São Paulo impetrou a ação para impugnar o número de vereadores eleitos para o quadriênio de 1993/97. O caso passou pelo TJ/SP, que decidiu pela improcedência do pedido. Houve recurso, chegando ao STF para julgamento na 2ª turma sob a relatoria do Min. Maurício Correa. O ministro, ao perceber a relevância do caso, requereu a afetação do processo para julgamento perante o Pleno, pedido este que foi aceito de forma unânime pela turma.

Convém destacar que havia decisões do TSE sobre o tema. As decisões do TSE, das quais fizeram parte alguns dos ministros do STF como o Min. Sepúlveda Pertence, eram no sentido de apoiar a autonomia política municipal na definição do número, isto é, se o máximo definido na CF era de vinte e um e o mínimo de nove vereadores para municípios até um milhão de habitantes, caberia ao município definir dentro desta faixa.

O início do julgamento do recurso extraordinário, ainda na turma, ocorreu em 06.06.2002 e o acórdão só veio a ser proferido em 2004, dando parcial provimento ao recurso para reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica de 31.03.90 de Mira Estrela/SP, mas não estabelecendo diretrizes para o preenchimento do vácuo causado pela declaração de inconstitucionalidade, entendendo que tais diretrizes caberiam à câmara local definir<sup>24</sup>. Ou seja, houve a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entendendo que a partir do trânsito em julgado caberia à câmara do município adequar o número de vereadores ao método previsto pela decisão.

Esta decisão foi tomada a partir do voto do relator. Curioso observar que este voto assim dispôs: “nas razões do extraordinário, o recorrente impugnou tão-só a inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal, ratificando a pretensão de reduzir o numero de Vereadores de onze para nove, **nada aduzindo, porém, quando aos demais conseqüentes requeridos na inicial, como o afastamento dos Vereadores excedentes e a devolução dos subsídios por eles recebidos, questões, por esse motivo, aqui não enfrentadas**” (grifos meus) Diz ainda que apesar da situação do juízo de primeiro grau ter se exaurido (impugnava a eleição do quadriênio 1993-1997), “tal situação persiste, porquanto os eleitores de Mira Estrela elegeram para o quadriênio 2001/2004 o mesmo quantitativo de 11 (onze) Vereadores. Remanesce, portanto, o interesse em reduzir esse número e a conseqüente declaração incidental de inconstitucionalidade (...)”<sup>25</sup>.

O voto que começou a trazer elementos para a presente pesquisa foi o segundo voto proferido, do Min. Gilmar Mendes. Fazendo uma releitura do voto do Min. Maurício Corrêa, viu neste voto a necessidade de restrição dos efeitos da decisão, que não poderia ter eficácia *ex tunc*. Em um extenso e importante voto, o Min. Gilmar Mendes cita doutrina e jurisprudência sobre a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Entende que,

---

<sup>24</sup>STF: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.03.04: “cumpra a ela tomar as providências cabíveis para tornar efetiva a decisão judicial transitada em julgado” – p. 25 do voto do relator.

<sup>25</sup> Op. Cit., p. 25-26 do voto do relator.



se fossem anuladas as eleições realizadas por conta do número irregular de vereadores, as repercussões no sistema causariam grave insegurança jurídica, pois alteraria a composição da Câmara, o modo de fixação do número de vereadores, e problemas quanto aos candidatos, além da afetação do quociente eleitoral<sup>26</sup>. Por fim, vota no sentido de declarar a inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, “**cabendo ao legislativo municipal, estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral**”<sup>27</sup> (grifos meus).

Sobre a possibilidade de cabimento da modulação em sede de RE, diz o ministro: “a limitação de efeito é um **apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direito quanto no controle incidental**”<sup>28</sup> (grifos meus). Destaca a jurisprudência norte-americana, baseada no “*sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo*” que, a partir dos casos *linkletter v. Walker* e *Mapp v. Ohio*, passou a mitigar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Cita também a experiência da Corte austríaca, que compatibilizou um sistema originariamente de controle abstrato com um sistema de controle concreto no tocante à excepcionalidade da mitigação da repercussão envolvida no caso.

O Min. Sepúlveda Pertence, um dos ministros que faziam parte do TSE nos julgamentos de casos desta temática, iniciou a divergência. Após citações do voto do relator, aquele ministro vai de encontro a uma “*inspiração mítica de um principio universal de simetria*”<sup>29</sup>. Entendeu que as Emendas que vieram trazer limites aos gastos locais, ou seja, as restrições legais quanto ao limite das despesas públicas, já foram suficientes, sem necessidade de “castrar a autonomia política na determinação do maior ou menor número de vereadores”<sup>30</sup>. Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello seguiram a divergência.

---

<sup>26</sup> Op. Cit., p. 71 (p. 15 do voto do min. Gilmar Mendes).

<sup>27</sup> Op. Cit., p. 75 (p. 41 do voto do min. Gilmar Mendes).

<sup>28</sup> Op. Cit., p. 49 (p. 15 do voto do min. Gilmar Mendes).

<sup>29</sup> Op. Cit., p. 16 do voto do ministro Sepúlveda.

<sup>30</sup> Op. Cit., p. 19 do voto do ministro Sepúlveda.

Os Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Veloso seguiram o voto do ministro relator. Curioso notar que apenas os Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie fazem a ressalva que seguiram o voto do Min. Gilmar Mendes no tocante à necessidade de modulação. Os outros ministros que modularam apenas registraram voto em ata.

O Min. Cezar Peluso, na justificativa da possibilidade de modulação, coloca que **"a variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis.** A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, como a do caso"<sup>31</sup> (grifos meus).

No final do julgamento há uma divergência quanto ao resultado final. Há uma expressa preocupação quanto aos efeitos da decisão. Inclusive, o Min. Nelson Jobim propõe ao presidente do TSE (que, naquele ano, era o Min. Sepúlveda Pertence) que houvesse alguma regulamentação, visto que a legislação municipal poderia demorar e o pleito eleitoral era próximo, bem como as respectivas convenções partidárias. O Min. Sepúlveda responde, aduzindo que tão logo o acórdão fosse publicado, iria propor ao TSE a regulamentação<sup>32</sup>.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes levanta que a argumentação dos ministros estaria conferindo efeito transcendente à decisão, e que necessitaria de uma decisão que valesse no âmbito nacional. O Min. Marco Aurélio contesta, diz que a decisão vale apenas *inter partes*, visto estar em questão apenas a legislação de determinado município, e é complementado pelo Min. Sepúlveda Pertence, que reafirma que esta regulamentação seria da esfera do TSE (como proposto pelo Min. Nelson Jobim). Não houve continuidade na discussão e na ementa, colocou-se que a decisão foi modulada, para valer a partir do trânsito em julgado.

---

<sup>31</sup> Op. Cit., p. 125 do caso.

<sup>32</sup> Entende-se da decisão que esta regulamentação não seria quanto ao número de vereadores (caberia ao município decidir), mas sim quanto à realização das convenções e do próprio pleito eleitoral.

Destaque-se que não houve uma votação à parte, isto é, primeiro decidirem sobre se é caso de inconstitucionalidade para depois decidir sobre a modulação. Estas duas fases da votação ocorrerá nos casos adiante, bem como será motivo de divergência entre os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Importante salientar que os outros recursos sobre a mesma temática<sup>33</sup>, também sob a relatoria do Min. Maurício Corrêa, seguem a mesma decisão, sendo que foram julgados sete dias após este precedente (julgados em 31.03.04).

### **3.1.1.2 O caso da prescrição e decadência tributárias**

Foram três acórdãos julgados em conjunto tratando do tema<sup>34</sup>.

O caso teve início com uma decisão do TRF da 4ª região, em que foi declarada a inconstitucionalidade incidental dos arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/77, que tratam da prescrição e decadência tributárias nas contribuições para a Seguridade Social, assim reconhecendo que tanto a prescrição quanto a decadência das contribuições estariam sendo reguladas pelo Código Tributário Nacional (recepção pela CF/88 como lei complementar). Esta decisão foi matéria do recurso.

Segundo a recorrente, a Fazenda Nacional, as diretrizes previstas em lei complementar são gerais, sendo que a lei ordinária poderia dispor sobre qual o prazo de decadência e prescrição, seguindo estes ditames, mas podendo alterá-los e dispor, inclusive, sobre as hipóteses de interrupção de prescrição e fixação de regras a respeito do reinício do seu curso. As contribuições possuem matriz constitucional (art. 195) – como nesse

---

<sup>33</sup> RE 199.522 (Município de Pontes Gestal/SP), RE 266.994 (Município de Teodoro Sampaio/SP), RE 273.844 (Município de Alto Alegre/SP), RE 274.048 (Município de Ibitinga/SP e Tabatinga/SP), RE 276.546-5 (Município de Guararapes/SP), RE 274.384 (Município de Palmeira D' oeste/SP), RE 282.606 (Município de Glicério/SP) e RE 300.343 (Município de Porto Ferreira/SP). Todos julgados pelo Pleno do tribunal em 31.03.04, sob a relatoria do Min. Mauricio Correa.

<sup>34</sup> RE 556.664/RS e RE 560.626/RS, ambos sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes e o RE 559.943/RS, sob a relatoria da Min. Cármen Lúcia. Foram todos julgados em 12.06.08.

dispositivo já se encontram estabelecidas suas limitações e não em outro local, não se justificaria a exigência de lei complementar na regulamentação de prescrição e decadência quanto a tais espécies tributárias. As normas impugnadas não configurariam normas gerais de direito tributário, que estariam no supra citado artigo da CF.

Preliminarmente, o relator, Min. Gilmar Mendes, **reconheceu a repercussão geral** nos termos do art. 102, III, "b" da CF, sendo que a questão suscitada é sobre a necessidade do uso de lei complementar para regular matéria relativa à prescrição e à decadência tributárias. Diz que não se admite a criação de hipóteses de suspensão ou interrupção de prazos sob pena de se admitirem diferenciações em cada um dos Estados e Municípios e para cada espécie tributária.

O Min. Ricardo Lewandowski complementa, colocando que o CTN já dispôs sobre os prazos de decadência e prescrição, menores do que o colocado pelas leis impugnadas e, tal como é reconhecida a aplicação deste Código às contribuições sociais, não poderia lei que não fosse complementar dispor sobre estes prazos.

Em suma, a matéria deveria ter sido versada por lei complementar (art. 145, b, III da CF). Houve a modulação, mas com restrições, isto é, "aplica-se tão somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11.06.08, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso, nos termos do voto do relator"<sup>35</sup>.

Os Min. Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello seguiram o relator – o Tribunal foi unânime quanto ao mérito da questão.

Então, veio a questão da viabilidade da modulação. O Min. Gilmar Mendes acolhe parcialmente o pedido de modulação, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se poderia ter na hipótese: havia reiteradas decisões no sentido de que a isenção era válida, posicionamento que foi alterado nesta decisão; **mas delimita esse quadro de modo a**

---

<sup>35</sup>STF: RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.08. Extrato de ata.

**afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições**, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

O Min. Marco Aurélio possui uma posição clara em relação à modulação em processos subjetivos. No caso dos vereadores, como era contra a inconstitucionalidade da norma, nem expressou sua posição sobre a modulação. No entanto, neste caso, deixou bem claro que não cabia uma mitigação do ato judicial em termos de guarda da Constituição a ponto de se afastar do próprio sistema procedimentos por ele contemplados. Não há porque se cogitar a insegurança jurídica que seria gerada - no caso do IPI, que será visto a frente, modulação a favor do contribuinte, e no caso atual, a favor do Estado - e, portanto, da modulação. Além disso, os contribuintes teriam cinco anos para a ação de repetição, o que já afastaria parte deles que teriam direito à devolução, bem como os contribuintes já estariam exasperados com a carga tributária e pelo locupletamento do Estado.

Neste caso, especificamente, não trouxe os elementos que conduzem normalmente seus votos, já que o ministro possui uma certa rejeição à modulação em controle difuso. No final, o Min. Marco Aurélio restou vencido. Votaram pela modulação os Min. Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lucia e Menezes Direito. Pelo fato do reconhecimento da repercussão geral, a decisão teve um caráter mais abrangente, estendendo seus efeitos da decisão deste caso para os outros sob a mesma temática.

Os ministros nem entraram no mérito da possibilidade de modulação em RE. Entenderam que a questão é pacífica no STF (com a ressalva do Min. Marco Aurélio): pode modular se for situação excepcional.

### **3.1.1.3 O caso do concurso para ingresso nas Forças Armadas**

No caso do concurso para ingresso nas Forças Armadas, o RE 600.885 substituiu o RE 572.499. Este último, por sua vez, teve a sua repercussão geral reconhecida, mas perdeu seu objeto (os requerentes se retiraram da Escola do Exército). A questão das duas ações evolue a

definição de requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. O art. 142, § 3º, X da CF é expresso ao atribuir à lei, exclusivamente, a possibilidade de definição de critérios para o edital que abre concurso para as Forças Armadas. Neste artigo, há uma referência taxativa ao critério de idade. Todavia, o art. 10 da Lei n.º 6.880/1980, Estatuto dos militares, estabeleceu que regulamentos definiriam os critérios para confecção de editais. Ou seja, a lei delegou para outro aparato normativo a incumbência que a CF havia disposto.

O recurso foi interposto pela União contra acórdão do TRF da 4ª região que reconheceu a invalidade da norma. Sendo assim, o autor da ação continuaria na escola (ele cumpria quase todos os requisitos, menos o da idade – em quatro meses faria aniversário e poderia entrar, mas só entrou na escola com uma liminar).

O voto da Min. Relatora Cármen Lúcia começa explicando o porquê da perda de objeto do RE 572.499 (os impetrantes haviam pedido cancelamento da matrícula no Curso de Formação). Embora não tenha por objeto a constitucionalidade do art. 9 da Lei n.º 11.279/06, mas a recepção de norma distinta, qual seja, o art. 10 da Lei n.º 6.880/1980, o tema constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF é o mesmo (a delegação a instrumentos normativos diversos de lei, sem sentido formal, da fixação dos critérios para ingresso nas forças armadas, à luz do disposto no art. 142, § 3º, inc. X da CF). A repercussão geral do caso, portanto, foi reconhecida.

Entende a ministra, sustentada pela doutrina, que a Constituição é clara no conteúdo mínimo previsto para a lei que regulamenta o tema. Para ela é claro: "(...) não poder a lei desertar do seu papel constitucional e delegar o que por delegação não poderia ocorrer, a saber, a definição dos limites de idade para o ingresso nas Forças Armadas"<sup>36</sup>. Cita ainda a Súmula 14 do STF, segundo a qual "não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público". Por fim, entende que não poderia o art. 10 da Lei n.º

---

<sup>36</sup> STF: RE 600.885/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09.02.11, p.13 do caso.

6.880/1980 dispor que regulamentos tratariam sobre critérios etários, sendo que reconheceu não recepcionado pela CF. Aduz, em debate: “o que tenho sempre como válido, que competência é dever. Por isso eu disse: o juiz, quando recebe a causa, não pode se abster de julgar; o legislador, quando recebe uma competência, não pode se abster de legislar”<sup>37</sup>. Entendeu que caberia a modulação dos efeitos, como será visto mais a frente.

O Min. Dias Toffoli inicia divergência. Coloca que poderia sim o legislador determinar ao regulamento a capacidade de estabelecer outros critérios em razão da especificidade das Forças Armadas. Passados vinte anos, é possível considerar que, se nem o Congresso Nacional alterou esta legislação, ela foi recepcionada. Dá provimento ao recurso.

O Min. Gilmar Mendes, provendo o recurso, seguiu a divergência. Traz que a decisão poderia gerar polêmica no meio das Forças Armadas. Por ser uma regulamentação sem balizas, fixou prazo de um ano para que houvesse a reformulação da legislação a propósito, a partir de 1º de janeiro de 2012. Entendeu que se fosse revogada a norma, no vácuo, poder-se-ia ter, por exemplo, um candidato com mais sessenta anos.

O Min. Ricardo Lewandowski, bem como o Min. Marco Aurélio, seguem a ministra relatora. O último, inclusive, coloca que o legislador foi pedagógico: critério de idade tem que ser previsto em lei. Não serve regulamento, é lei. Além disso, entende que não é certo estabelecer prazo para o Congresso legislar, inclusive sob pena de que este não legislado acabaria por desmoralizar a decisão proferida.

Convém destacar que o Min. Marco Aurélio, neste momento, acompanha a relatora apenas no ponto do não provimento. Depois, em debate, aduz que muito embora seja contra a modulação, *cogitaria* esta possibilidade.

Em resumo, quanto ao mérito, houve maioria no sentido de negar provimento ao recurso, voto condutor da Ministra relatora Cármen Lúcia, seguida pelos ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Ricardo

---

<sup>37</sup> Op. Cit., p. 23 do caso.

Lewandowski, Marco Aurélio e Ellen Gracie. Os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello restaram vencidos neste ponto.

Sobre a modulação, especificamente, a ministra relatora não se alongou muito. Disse que “com base no princípio da segurança jurídica, passado interregno alargado de vigência da Constituição da República de 1988, período no qual dezenas de seleções públicas foram realizadas com observância daquela regra legal, modulo os efeitos da não recepção para manter a validade dos certames realizados pelas Forças Armadas e em cujos editais e regulamentos se tenha fixado limite de idade com base no art. 10 da Lei n.º 6.880”. Continuou, fazendo uma ressalva: “ressalvado, como é óbvio, o direito do ora Recorrido, que se mantém hígido por forma da decisão judicial agora confirmada”<sup>38</sup>.

O Min. Celso de Mello, todavia, concordando com a linha de raciocínio do Min. Gilmar Mendes, aduziu: “**inteiramente correta** a observação feita pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, **ainda mais** se se tiver em consideração **decisão plenária** que o Supremo Tribunal Federal proferiu **no julgamento** do RE 135.328/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **ocasião** em que esta Corte reconheceu, em situações de transição, **a existência** do fenômeno da norma ainda constitucional, **que configura** um transitório estágio intermediário **situado** “entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade” (GILMAR FERREIRA MENDES, “**Controle de Constitucionalidade**”, p. 21, 1990, Saraiva), **expondo-se**, por isso mesmo, a um processo **de progressiva inconstitucionalização**, como registra, em lúcida abordagem do tema, **a lição** de ROGÉRIO FELIPETO (“**Reparação do Dano Causado por Crime**”, p. 58, item n. 4.2.1, 2001, Del Rey)”<sup>39</sup>.

Esta progressão, continua o Min. Celso de Mello, geraria “**situações constitucionais imperfeitas**”, que justificaria um tratamento diferenciado, isto é, nos casos em não seria necessariamente possível o retorno ao regime da nulidade absoluta, reconhecimento imediato do estado de inconstitucionalidade.

---

<sup>38</sup> Op. Cit., p. 17 do caso.

<sup>39</sup> Op. Cit., p. 43.



Sobre a possibilidade da modulação em sede de RE, diz o Min. Ricardo Lewandowski: “hoje, **em função da legislação que regula os processos objetivos e também subjetivos, nós podemos modular os efeitos das nossas decisões, tanto nos processos objetivos, quanto nos subjetivos, não só do ponto de vista temporal, mas também quanto à própria abrangência subjetiva das nossas decisões.** Eu digo inclusive que o art. 27 da lei 9.868/99 e o art. 11 da lei 9.882/99, na medida em que simplesmente autorizam o Supremo Tribunal ‘a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem qualquer limitação expressa’, a rigor não exclui a modulação da própria eficácia subjetiva da decisão, de maneira a permitir que se circunscreva o seu alcance em geral, *erga omnes*, a um universo determinado de pessoas. Portanto, **entendo que nós estamos hoje autorizados além, não apenas a fazer a modulação temporal, mas nós podemos circunscrever o universo subjetivo e dizer que nossa decisão vale apenas para um universo determinado de pessoas**” (grifos meus)<sup>40</sup>.

Os debates sobre o tema não restaram muito claros. O Min. Celso de Mello, por exemplo, pelo que foi exposto, era favorável à modulação, mesmo tendo optado por seguir a linha da decisão do Min. Dias Toffoli.

A Min. Ellen Gracie, então, explica melhor a opinião do tribunal: “O Tribunal, por unanimidade, considera absolutamente necessária a existência de lei para a fixação da idade mínima para ingresso nas Forças Armadas. O Tribunal também entende a necessidade absoluta – necessidade esta de ordem fática, **a realidade da dinâmica das Forças Armadas revela isso – que não é possível exigirmos, a partir de agora, imediatamente, uma lei que não existe e que esta, segundo nos consta, em tramitação acelerada no Congresso Nacional. É essa a informação que temos. (...) Então, o Tribunal pode estabelecer, que os prazos hoje constantes dos regulamentos militares serão vigentes até o final deste ano** – prazo mais do que suficiente para e editar a lei -, ressalvadas as situações pessoais daqueles que acorreram a juízo”.

---

<sup>40</sup> Op. Cit., p. 74 e 75.

Por fim, os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que davam provimento na divergência, mudaram os votos.

Sendo assim, o tribunal foi unânime e negou provimento ao recurso, mantendo a decisão do TRF, com os efeitos modulados, isto é, mantendo a validade dos regulamentos e editais fundados no dispositivo impugnado até o dia 31 de dezembro de 2011.

### **3.1.2 Casos em que não houve a modulação**

#### **3.1.2.1 O caso do ICMS do estado do Rio de Janeiro**

O caso do ICMS no Estado do Rio de Janeiro, RE 401.953/RJ, teve como relator o Min. Joaquim Barbosa. No caso, o município do Rio de Janeiro estava processando o Estado do Rio por conta da partilha e repasse das receitas relativas ao ICMS recolhido. Foi editada lei para regular como funcionaria o repasse, com regras nas quais poderia o Estado, baseado em dados e critérios de cálculo pertinentes à situação social e regional dos municípios, definir qual o repasse para qual região.

*In casu*, a grande questão era que a Lei Estadual n.º 2.664/1996 previa valores nulos para a capital. Todavia, entendeu o STF que não poderia, sob o pretexto de estar resolvendo desigualdades sociais e regionais, alijar por completo um município da participação nos recursos do ICMS.

Sendo assim, partindo da violação ao art. 158, IV, parágrafo único, I e II ponderados em relação ao art. 3º da CF, foram declaradas nulas as disposições da lei estadual que tiravam do município do RJ o direito à sua parcela no repasse. A lei que iria normatizar o recálculo e a transferência ao recorrente da devida compensação, sob pena de insegurança dos repasses efetuados aos outros municípios, deveria prever um parcelamento para que houvesse condições ao pagamento de modo a não prejudicar os repasses dos outros municípios.

O ministro relator começou citando os critérios criados pelo Estado. Após voto bastante explicativo, diz que entende correta a pretensão do recurso, e o julga procedente, considerando inconstitucional a linha do anexo I da lei referente à região "CAPITAL". Sobre o mérito, os outros ministros seguiram o relator de forma unânime.

Todavia, sobre a modulação, surgiram divergências. O ministro relator, após a votação do mérito, propõe a aplicação da modulação, visto que o Estado teria que devolver dez anos de parcelas não repassadas. O Min. Marco Aurélio vai de encontro a esta pretensão: **entende que isso só ajuda os legisladores a editarem leis inconstitucionais e apostarem na morosidade da Justiça**. No caso, são dez anos de falta de repasse com que o Estado teria que arcar, que seria possível voltar ao *status quo ante*.

Os ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski (contra o brocardo "*fiat justitia et pereat mundus*" – "faça-se justiça, embora pereça o mundo"), Cezar Peluso e Gilmar Mendes são favoráveis à modulação proposta pelo relator. O Min. Gilmar Mendes levanta que **esta devolução poderia levar o Estado à falência**. Grave insegurança jurídica, portanto<sup>41</sup>.

A Min. Cármen Lúcia segue o relator, mas se apóia nos riscos levantados pelo Min. Marco Aurélio (quanto ao apoio que seria dado à edição de normas inconstitucionais). Acolhe o pedido, mas apenas pondera quanto à modulação. O Min. Sepúlveda Pertence aduz que este é um caso específico, em que há um direito subjetivo em causa, que seria cessado. Para o município é como se a constituição não tivesse vigido até então, que o direito adquirido não tivesse sido válido durante dez anos.

Já o Min. Gilmar Mendes destaca que o mais perigoso seria o Estado ter que repor estes dez anos. O Min. Carlos Britto diz que o direito adquirido deveria ser levado em consideração e que se preocupa com a banalização da modulação.

A saída, então, diante da controvérsia, foi a proposta do Min. Cezar Peluso de parcelamento, que foi a aceita. Diz o Min. Marco Aurélio: "creio

---

<sup>41</sup> STF: RE 401.953/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16.05.07. Fls. 19 do caso.

que o caso não é bem de modulação da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de fixação de parâmetros para executar-se, em sacrifício demasiado para os demais municípios, o pronunciamento do Supremo<sup>42</sup>. Não houve modulação, portanto, com unanimidade em relação à inconstitucionalidade e à proposta de parcelamento.

### **3.1.2.2 O caso do IPI alíquota zero**

Na mesma esteira dos impostos, outro caso em que não houve a modulação foi o do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) – alíquota zero.

São dois RE julgados sobre a mesma matéria: o RE 353.657/PR, que teve início do julgamento em 10.04.03, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, e o RE 370.682/SC, que teve início do julgamento em 15.09.04, sob a relatoria do Min. Ilmar Galvão e depois do Min. Gilmar Mendes.

O caso é de grande complexidade, e não possui repercussão geral (visto ter sido anterior à EC n.º 45). Separei os principais argumentos por acórdão, para melhor entendimento.

Ambos os casos tratam da alíquota zero do IPI – Art. 153, § 3º, II – e a sua relação com o princípio da não-cumulatividade, que funciona da seguinte maneira: em linhas gerais, compensa-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, para não haver efeito cascata em que o produto final fique tão onerado que perca em atração para o consumidor, além de significar um prejuízo para aquelas empresas que não têm todo o processo de industrialização, que precisariam de certos processos em outras empresas (por exemplo, uma indústria de carros que tenha a fábrica de chapas de aço sairia beneficiada, pois não pagaria IPI da compra destas chapas). Para garantia de que a empresa na última etapa de produção pague o mesmo que a primeira, há um sistema de creditamento: aquilo que já foi pago pela empresa A no início do processo, vira crédito

---

<sup>42</sup> Op. Cit., p. 42 do caso.

para a empresa B que industrializa e desconta do que pagaria de imposto, sendo que o mesmo ocorreria com uma empresa C e assim por diante.

O problema do caso é quando uma das empresas de uma cadeia é beneficiada pela alíquota zero. Ora, o próximo processo desta cadeia teria ou não o direito ao crédito? É esta a discussão. Não se poderia cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.

No final, foi decidido que descabe, em face do texto constitucional, a modulação dos efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica, sobre o que tratarei adiante.

Antes, é importante uma melhor explicação sobre o mérito. Ficaram vencidos os ministros Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao RE.

Inicialmente, tratarei do RE 353.657.

O voto do Min. Relator Marco Aurélio começa tratando da não-cumulatividade. Coloca que a compensação (direito ao crédito, quando o contribuinte vira credor do Fisco) pressupõe cobrança verificada na operação anterior<sup>43</sup>. Traz o argumento de Miriam Leitão, que disse: "decidir contra o recurso pode causar uma sangria absurda nos cofres públicos. O fato mais grave é que, quanto mais supérfluo for o produto, maior será o benefício do produtor e o IPI tem como característica justamente onerar menos produtos considerados essenciais. Os não essenciais terão o maior ganho; é o caso do cigarro, por exemplo"<sup>44</sup>. O ministro admite que em outros caso votou no sentido oposto (RE 350.446, 353.668 e 357.277), mas que mudou de opinião analisando melhor o caso. Conheceu e deu provimento ao extraordinário.

O Min. Nelson Jobim começa tratando da alíquota zero e passa para a isenção. Inicia a divergência, negando provimento ao recurso. Em sentido oposto, o Min. Eros Grau e o Min. Joaquim Barbosa seguem o relator.

---

<sup>43</sup> STF: RE 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07. P. 13 do caso.

<sup>44</sup> Op. Cit., p. 17.

Convém destacar que a discussão no voto do primeiro é longa, sua fundamentação é diversa do relator, mas convergem no não provimento. O Min. Carlos Britto também seguiu o relator.

Para o Min. Cezar Peluso, “o presente recurso tem por objeto específico a questão constitucional da existência, ou não, do direito ao creditamento em conta gráfica, do resultado da aplicação da alíquota atribuída ao produto vendido sobre o preço dos produtos isentos, não tributados, ou sujeitos à alíquota zero, ao passo que a Lei n.º 9.779/99 regula a manutenção do crédito aos contribuintes que realizam vendas não tributadas, isentas, ou sujeitas à alíquota zero”<sup>45</sup>. Continua: “Interpretar o disposto no art. 153, § 3º, II, à luz de tal dispositivo subalterno caracterizaria alargamento indevido do objeto do RE e, como já revelei, sobretudo interpretação constitucional conforme à lei, restringindo-se o alcance de norma constitucional a partir do texto da lei”<sup>46</sup>. Do exposto, seguiu a divergência do Min. Nelson Jobim – não seguiu o relator.

Teve início, então, o voto do Min. Gilmar Mendes. Seguiu as idéias já expostas anteriormente e dissertou sobre diferença entre alíquota zero, não tributação e isenção. No final, não encontrou razão constitucional para se reconhecer o crédito de IPI para aquele que adquire insumos não-tributados ou sujeitos à alíquota zero. Deu provimento. A Min. Ellen também deu provimento.

O Min. Sepúlveda Pertence seguiu a divergência, bem como os Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Merece destaque a idéia de Paulo de Barros Carvalho que o Min. Ricardo Lewandowski cita, no sentido de que o “princípio da não-cumulatividade, mais do que simples valor jurídico-constitucional, constitui ‘limite objetivo’ à atividade arrecadatória estatal”. Continua: “com todas as vênias aos que não concordam com a tese, constitui um equívoco afirmar-se que os contribuintes não incorrem em quaisquer ônus nas transações isentas. Trata-se, com efeito, de uma meia-verdade, visto que eles são onerados de forma indireta, pois, dependendo da alíquota e da fórmula de compensação do tributo, o custo

---

<sup>45</sup> Op. Cit., p. 78 do caso.

<sup>46</sup> Op. Cit., p. 80 do caso.

final do produto será menor ou maior, influenciando positiva ou negativamente em sua colocação no mercado”<sup>47</sup>.

Ainda trazendo elementos sobre o mérito, convém discorrer sobre o RE 370.682. Primeiramente, o Min. Relator Ilmar Galvão invoca o precedente RE 212.484, em que tratou de direito ao crédito de IPI correspondente ao imposto presumido sobre xarope de coca adquirido na Zona Franca, sob o regime de isenção.

Trata ainda da não-cumulatividade (impedimento do efeito cascata do tributo – precedente do RE 135.189) e da não-exigência de IPI sobre insumos. O ministro diz que conhece do recurso, visto que o acórdão recorrido teria aplicado erroneamente o princípio da não-cumulatividade, isto é, direito ao crédito presumido de matérias não tributadas pelo IPI.

Após extenso voto, o Min. Gilmar Mendes, novo relator do processo, visto que o Min. Ilmar Galvão foi substituído pelo Min. Joaquim Barbosa, deu provimento parcial ao recurso, nos termos do Min. Relator Ilmar Galvão, que reforma a decisão apenas na parte em que reconheceu direito a crédito no que toca aos insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados.

Até 2004, seguiam o Min. Relator Ilmar Galvão: os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ellen Gracie.

Em 2006, houve o voto vista do Min. Cezar Peluso, que seguiu em linhas gerais o mesmo exposto no recurso tratado anteriormente. A partir do voto do Min. Cezar Peluso, todos os outros votos sobre a matéria de fundo e sobre a modulação foram iguais aos do supra citado recurso extraordinário, bem como foram juntados os autos para julgamento em conjunto.

No final, sobre o mérito, venceram os que provieram o recurso. Então, o Min. Ricardo Lewandowski levantou questão de ordem sobre a possibilidade de admissão da modulação no presente caso, por conta da mudança de jurisprudência: havia jurisprudência pacificada no âmbito do STJ concedendo o crédito.

---

<sup>47</sup> Op. Cit., p. 133 do caso.

Advogados interessados pediram por sustentação oral na Corte. A Min. Ellen Gracie disse que tal pedido de sustentação dependeria se a Corte iria ou não acolher o pedido de modulação, isto é, se a Corte entendesse ser possível esta questão, para depois ser deferido pedido, visto não ser direito de parte, recurso próprio da parte, apenas uma questão de ordenamento na votação.

O Min. Ricardo Lewandowski se manifesta antes da decisão sobre a sustentação oral. Afirma o ministro: *“como a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo, não é difícil imaginar que a adoção sistemática da sanção de nulidade acarretaria graves transtornos às relações sociais, visto que a própria certeza do direito poderia ser colocada em xeque. A anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos, temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica”* (grifos meus)<sup>48</sup>.

Diz ainda: *“Embora o efeito prospectivo variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja por não encontrar previsão constitucional expressa, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele encontra fundamento no princípio da razoabilidade, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional”* (grifos meus)<sup>49</sup>.

Sobre a possibilidade de modulação em RE, após todas estas justificativas destacadas, coloca que: *“Ora, esses fundamento que autorizam a modulação dos efeitos* (quais sejam, interesse social relevante e segurança jurídica – observações minhas) *também se aplicam, mutatis mutandis, aos processos de natureza subjetiva.* Nesse sentido, existem precedentes nesta Corte, dentre os quais sobressai o acórdão prolatado, em

---

<sup>48</sup> Op. Cit., p. 188 e 189.

<sup>49</sup> Op. Cit., p. 190.



06.06.02, no paradigmático RE 197.917, cujo relator foi o Ministro Mauricio Corrêa” (grifos meus)<sup>50</sup>.

Quanto ao RE 353.657, primeiro caso do IPI analisado, o Min. Marco Aurélio entendeu que não cabia a modulação. Transformaria a decisão em “um nada jurídico”<sup>51</sup>. Mais: “Suscito a inviabilidade de examinar-se, por não haver as premissas do art. 27 da lei n.º 9.868/99, a questão de ordem alusiva à aplicação analógica, *a menos que este Tribunal esteja disposto a adentrar o campo do poder normativo, fazendo-o após os fatos e, mais do que isso, após julgamento de recurso extraordinário no caso concreto, atuando como se legislador fosse e o sistema consagrasse não o direito posto mas aquele ditado consoante os parâmetros da situação jurídica apreciada*” (grifos meus)<sup>52</sup>.

*“Eis o dilema que se coloca: caminha o Supremo no sentido de desprezar as balizas legais e constitucionais ou torná-las prevaletentes, sinalizando aos demais órgãos do Judiciário a impossibilidade de ter-se, considerado o sistema atual, revelador do direito posto, a adoção do denominado direito alternativo? De minha parte, pouco importando os interesses individuais e momentâneos em jogo, sufrago o entendimento, sempre e sempre, da preponderância da ordem jurídica. É o preço a ser pago em um Estado Democrático de Direito, e é módico. Concluo pela eficácia das decisões tal como proferidas”* (grifos meus)<sup>53</sup>.

Apesar de extensas, as considerações dos ministros são de profunda importância para a presente pesquisa. As críticas virão adiante.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, com a ressalva de concordar com o Min. Ricardo Lewandowski quanto aos fundamentos, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie seguiram o relator, Min. Marco Aurélio, no sentido de não dar provimento ao recurso. Portanto, não houve modulação neste caso.

---

<sup>50</sup> Op. Cit., p. 192.

<sup>51</sup> Op. Cit., p. 201.

<sup>52</sup> Op. Cit., p. 205 e 206.

<sup>53</sup> Op. Cit., p. 210 e 211.

### 3.1.2.3 O caso da isenção da COFINS

Temos ainda mais um caso emblemático na temática dos impostos, de extrema relevância: o caso da isenção da COFINS. Os RE 377.457 e o RE 381.964, por possuírem a mesma temática, e o mesmo relator, Min. Gilmar Mendes, foram julgados juntos em 17.09.08.

Estes dois recursos são verdadeiros *leading cases* e são de suma importância como precedentes para as dezenas de agravos em RE e nos embargos de declaração, que serão estudados mais a frente.

Em linhas gerais, tratou da revogação, pelo art. 56 da Lei n.º 9.430, de isenção de COFINS. A idéia é que inexistiria relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar, sendo a questão exclusivamente constitucional (art. 59 da CF e interpretação dos arts. 149 e 195, I e § 4º da CF – jurisprudência da ADC n.º 1, de relatoria do Min. Moreira Alves).

Interessante que o caso foi julgado, primeiramente, pela 2ª turma. Neste julgamento, estavam presentes os Min. Celso de Mello (presidente), Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Após o voto do Min. Gilmar Mendes, negando provimento, o Min. Eros Grau requereu a afetação ao Pleno pela relevância da matéria. A turma, de forma unânime, aceitou a questão de ordem.

O início da primeira discussão surgiu da discordância do Min. Marco Aurélio com uma conduta reiterada do STJ de enviar para o STF o julgamento de inconstitucionalidade, como incidental, para depois retornar para o julgamento material no STJ, como se o STF fosse mera turma especial daquele tribunal. Tal ponto foi discutido, e a decisão é que o STF decidiria não apenas a questão constitucional, como também o mérito<sup>54</sup>. Para a maioria dos ministros, não era possível desvencilhar essas duas questões.

O Min. Eros Grau iniciou a divergência e deu provimento ao recurso.

---

<sup>54</sup> Como se depreende da 2ª questão de ordem, em que ficaram vencidos os ministros Eros Grau e Marco Aurélio: STF: RE 377.457/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.08. P. 145.

O Min. Relator Gilmar Mendes foi seguido pelos ministros Cármen Lucia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, enquanto o Min. Marco Aurélio pediu vistas e deu provimento também, seguindo a divergência.

Em suma, poderia lei ordinária revogar isenção da COFINS.

Foi, então, levantada a hipótese de modulação. Inicia-se uma discussão. Argumenta o Min. Ricardo Lewandowski: “o que me preocupa muito, Senhor Presidente, são os efeitos dessa decisão no tocante às pessoas atingidas, porque se nós não admitirmos essa possibilidade teórica de aplicar a analogia para determinar a modulação dos efeitos, nós podemos ter uma execução em cascata que pode gerar uma consequência extremamente gravosa” (grifos meus)<sup>55</sup>.

Já a Min. Cármen Lúcia afirmou: “creio que a idéia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de fixar. Penso que haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido, quando não é este o caso, como bem lembra Vossa Excelência, e, ainda, a necessidade de sinalizar a situação sobre determina matéria para o que vier pela frente. Não vislumbro essas situações neste caso”<sup>56</sup>.

O Min. Menezes Direito levantou importante questão. A interpretação dada ao caso no STJ sempre foi uma: superioridade da lei complementar, não podendo haver isenção. Era pacificado naquele Tribunal, tanto que havia a Súmula n.º 276/STJ (“as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas de COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”). O STF mudou este posicionamento. As consequências poderiam gerar uma grave insegurança jurídica e consequências terrificantes, porque as pessoas atingidas não são grandes contribuintes, mas pequenos.

A Min. Cármen Lúcia rebate, dizendo que a interpretação no caso do IPI foi diversa, e nega a modulação.

---

<sup>55</sup>Op. cit., P. 110.

<sup>56</sup> Op. Cit., p. 120.

O Min. Gilmar Mendes, rebatendo o Min. Menezes Direito, coloca que se a cada posição pacificada de outro tribunal alterada pelo STF os efeitos forem modulados, o instrumento será aplicado em todos os casos.

O Min. Menezes Direito responde, colocando que não é qualquer tribunal, mas um tribunal que tem competência constitucional de última instância em matéria infralegal. Mais: a Corte admitiu a possibilidade de aplicação analógica no caso do IPI (mesmo sem modularem), mas nega neste caso.

O Min. Ayres Britto, bem como o Min. Cezar Peluso, rejeitaram a tese de possível abalo à confiança do contribuinte, pois já havia mudança de tese, principalmente da doutrina, sobre esta relação entre lei ordinária e complementar. O Min. Cezar Peluso complementa, dizendo que **não poderia ser barateado o uso analógico da modulação para os julgamentos no controle dos processos subjetivos, porque, se não, vão transformá-lo em regra** (aquela questão da jurisprudência de outros tribunais)<sup>57</sup>. Além disso, como se afirma a constitucionalidade, no fundo o tribunal estaria concedendo moratória fiscal se limitasse os efeitos.

O Min. Marco Aurélio já estava em pleno desacordo com a possível relativização da lei da modulação, para sua aplicação analógica. Por óbvio, foi contra.

O Min. Celso de Mello é a favor. Entende haver razões de segurança jurídica entre o Estado e o contribuinte no caso, que impõe esta medida excepcional. Para ele, "as justas expectativas deste (do contribuinte) não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária". Ainda: "Não se desconhece que, na cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se a positivação do direito à segurança jurídica, sob pena de se ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de

---

<sup>57</sup> Op. Cit., p. 130.

comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular)”<sup>58</sup>.

“**Assume relevo**, desse modo, a **asserção** segundo a qual ‘o princípio da segurança jurídica supõe que o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis’”.

*“A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, ate então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na súmula 276/STJ -, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do STJ a propósito da subsistência, no caso, da isenção da COFINS”* (grifos meus)<sup>59</sup>. Destaca principalmente o precedente do RE 197.917.

Em suma: “entendo, Senhor Presidente, que se justifica, plenamente, a aplicação analógica do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, pois se acham delineados, na espécie, os requisitos autorizadores da modulação dos efeitos da decisão que esta Suprema Corte vem proferir no julgamento da presente controvérsia constitucional”<sup>60</sup>.

Com esta questão da Súmula 276/STJ, que comprovaria a pacificação da jurisprudência do STJ, os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto alteraram seus votos pela modulação. No final, restaram vencidos os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto.

Por fim, vale ressaltar um ponto importante. No final, houve a 3ª questão de ordem, sobre a viabilidade da repercussão geral<sup>61</sup>. É interessante notar que o Recurso foi interposto anteriormente à vigência da EC n.º 45. A idéia é a de que a repercussão geral, que fora reconhecida para o RE 579.093 (que tratava da mesma temática, isto é, da possibilidade da

---

<sup>58</sup> Op. Cit., p. 133.

<sup>59</sup> Op. Cit., p. 134.

<sup>60</sup> Op. Cit., p. 140.

<sup>61</sup> Op. Cit., p. 151.

revogação da isenção da COFINS), tivesse seus efeitos na decisão do próprio RE 377.457, em julgamento. Sendo assim, aquela decisão que seria apenas *inter partes* teria seus efeitos expandidos para as outras decisões da mesma temática.

Houve resistência do ministro Marco Aurélio, que colocou exatamente o fato dos efeitos de um instrumento criado posteriormente à interposição do RE ser utilizado neste RE (sendo que nem repercussão geral reconhecida neste RE teve). Restou vencido nesta questão, e a repercussão geral foi reconhecida.

#### **3.1.2.4 O caso dos produtores rurais**

Por último, mas não menos importante, temos o caso dos produtores rurais. São dois os RE que tratam da mesma temática: o RE 363.852/MG, que teve início de julgamento em 17.11.05 e foi julgado em 03.02.10, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, e o RE 596.177/RS, que foi julgado em 01.08.11. O julgamento do segundo foi baseado no primeiro, com algumas nuances diversas.

A questão em litígio é sobre a incidência da Contribuição Social na comercialização de bovinos através da Lei n.º 8.212/91, que teria ido de encontro ao art. 195, I da CF. A idéia é de que existem dois tipos de contribuintes: as pessoas físicas e os empregadores rurais. Os últimos contribuem sobre a folha de salário. Já os primeiros, não possuem empregados, agindo pela fórmula da economia familiar, não contribuindo sobre a folha de salários, apenas sobre a comercialização da sua produção. Tal incidência (sobre a produção) foi definida pela norma impugnada, o que não poderia ter sido feito por norma infra-legal.

Discute-se, ademais, que, ante o texto constitucional, não existiria a atividade sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais.

O RE foi conhecido e provido nos termos do relator para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do

recolhimento por subrogação sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 8.540/92 (que deu nova redação aos art. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, V da Lei n.º 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei n.º 9.528/97) até que legislação nova, arrimada na EC n.º 20/98 venha a instituir contribuição. Foi pedida a modulação, via petição da União, rejeitada pela maioria, vencida a Min. Ellen Gracie.

Para o Min. Marco Aurélio, “a partir da Lei n.º 8.218/92, o produtor rural passou a estar compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social – recolhe, a partir do art. 195, inciso I, alínea ‘b’, a COFINS e a contribuição prevista no referido art. 25. Vale frisar que, no art. 195, tem-se contemplada situação única em que o produtor rural contribui para a seguridade social mediante a aplicação de alíquota sobre o resultado de comercialização da produção, ante o disposto no § 8º do citado art. 195 – a revelar que, em se tratando de produtor, parceiro, meeiro e arrendatários rurais e pescador artesanal bem como dos respectivos cônjuges que exerçam atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, dá-se a contribuição para a seguridade social por meio de aplicação de alíquota sobre o resultado da comercialização da produção”<sup>62</sup>, visto que não há folha de salários neste último caso. Cita precedente do STF sobre o tema (ADI 1103) que colocou esta previsão como nova base de cálculo com amparo no art. 195 da CF.

Nesse sentido, conheceu e deu provimento ao recurso para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou de seu recolhimento por subrogação. Convém destacar um ponto levantado em debate pelo Min. Sepúlveda Pertence: ora, é um frigorífero o recorrente que possui folha de salário. O relator diz que o problema do caso não é esse. O problema é o fato de nova fonte proveniente da comercialização da produção ser inconstitucional. A folha de salário não está em jogo.

---

<sup>62</sup> STF: RE 363.852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10, p. 10

O Min. Eros Grau trata inicialmente dos frigoríficos. Estes arcam com os impostos sub-rogados dos produtores rurais. Pelo PRORURAL, cujo custeio era provido por contribuição incidente sobre o faturamento das empresas, o trabalhador rural era considerado como segurado especial. O ministro então faz breve relato sobre o porquê dessa diferenciação entre produtor rural e segurado especial, visto que havia sonegação no campo, distorção esta corrigida pela Lei n.º 8.212. Para o Min. Eros Grau, *“receita bruta’ é espécie do gênero ‘resultado’, que por sua vez não pode ser equiparado a ‘faturamento”*<sup>63</sup>. Também deu provimento, bem como os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Cármen Lúcia.

O pedido de modulação foi feito através de petição endereçada ao gabinete do Min. Relator Marco Aurélio, no curso do processo, fundado em dados dos valores já arrecadados e do que deixará de ser. Foi notável a coincidência entre o momento em que estava o julgamento, encaminhando-se para o fim, e o protocolo da petição. O ministro, como já demonstrado, tem preocupação com o precedente isto é, ao negar a modulação estaria **“desestimulando o descumprimento da Carta Magna”**<sup>64</sup>. Também destaca que o caso vale só para os recorrentes, visto ser um processo subjetivo, além de que todo o caso foi julgado com base no estorno dos valores pagos.

O Min. Gilmar Mendes concorda dizendo que realmente não caberia neste caso a modulação. Isto porque não seria justo com o caso como um todo, com a linha de raciocínio seguida, além de ser um processo subjetivo, sem maiores repercussões.

O Min. Marco Aurélio levantou um dado interessante: “a modulação tem sido suscitada em situações em que houve a oscilação da jurisprudência no âmbito do Supremo. Aqui, não. Pela primeira vez, estamos a nos pronunciar sobre a matéria”<sup>65</sup>. A bem da verdade, em casos

---

<sup>63</sup> Op. Cit., p. 28.

<sup>64</sup> Op. Cit., p. 44.

<sup>65</sup> Op. cit., p. 47.



tributários, de fato há muitos casos em que houve variação de jurisprudência, mas isso não é absoluto.

A Min. Ellen Gracie, entretanto, divergiu. Disse que, **pelo fato de ser pela primeira vez votada a questão**, teria que haver a modulação. Explica a ministra: “considerando a evolução do sistema brasileiro, verifico que, a partir de agora, *nós nem sempre teremos, muitos precedentes sobre uma mesma matéria. Deveremos solucionar a matéria de uma só vez.* Portanto, esse caso, no qual a matéria pela primeira vez vem ao Plenário, ensejaria, sim, a oportunidade de modulação de efeitos” (grifos meus)<sup>66</sup>.

O ministro relator levanta a questão das balizas envolvidas e preocupação com a modulação. Como tornar um processo de índole difusa, para um único caso, em um processo valendo para todos, sem que ninguém mais poderia suscitar a questão no STF?

O Min. Cezar Peluso também segue, contra a modulação. Explica: “com o devido respeito aos votos divergentes, *só quero dizer que essa generalização da modulação de efeitos, em matéria tributária, na prática implica, pura e simplesmente, abolição do instituto de repetição do indébito. Se, em todos os casos de decisão de inconstitucionalidade, em matéria tributária, o Tribunal dispuser que só valerá dali para a frente, a repetição do indébito tributário e a prescrição não serve para mais nada!*”. Na mesma linha, o Min. Ricardo Lewandowski disse: “*e há um segundo aspecto: o instrumento utilizado não é apropriado. Nós temos discutido, inclusive, se os embargos declaratórios constituem a via apropriada e temos dito que não. Ou a modulação é pedida na inicial, ou então, não é mais possível fazê-lo. O Plenário tem oscilado. E aqui trata-se de uma mera petição que ingressou no gabinete do eminente Relator*”<sup>67</sup>.

O Min. Eros Grau, na mesma linha, disse: “também encontro uma grande dificuldade em juntar modulação de efeitos em um recurso extraordinário, porque possibilita entrar com uma reclamação. Amanhã alguém poderá entrar com uma reclamação aqui no Supremo dizendo que a

---

<sup>66</sup> Op. Cit., p. 47 e 48.

<sup>67</sup> Op. Cit., p. 48 e 49.

decisão tomada no Recurso Extraordinário n.º 363.852 não obriga apenas as partes do processo”. A que o Min. Gilmar Mendes responde: “é que cada vez mais o RE se torna um processo de índole objetiva. Talvez Vossa Excelência possa, e nós já admitimos essa possibilidade inclusive em habeas corpus – o caso da progressão de regime-, mas bastará simplesmente recusar a possibilidade da modulação de efeitos sem dizer que ela não cabe no recurso extraordinário”. Começa uma pequena discussão entre os dois, o Min. Eros Grau coloca que ia chegar nesse mesmo resultado, mas diz que foi interrompido pelo Min. Gilmar Mendes. Em suma, diz que chegaria à mesma conclusão do ministro aparteador.

O Min. Ayres Britto deu um voto direto. Diz que reconhece a aplicação da modulação em processo de índole subjetiva, mas, diante de casos especiais, de segurança jurídica, de relavantíssimo interesse social, o que não é o caso. Acompanha o relator sem mais delongas.

A Min. Ellen Gracie, então, reconhece que ficaria vencida, mas coloca um importante posicionamento: “senhor presidente, peço vênia a todos os Colegas, já que ficarei sozinha na posição do Ministro Marco Aurélio – vencida sozinha –, mas eu daria, sim, modulação, nesse caso. E daria, Senhor Presidente, porque entendo que o Tribunal ao fazer uma manifestação como a de hoje e não estabelecer limites, ele está indo na contramão de toda a reforma do Poder Judiciário, está incentivando a criação de milhares de novos processos em primeiro grau”<sup>68</sup>. Mais: entende que, como o valor recolhido a título de Finsocial já foi incorporado ao preço pelo qual se venderam as mercadorias, constituirá enriquecimento sem causa essa devolução.

### **3.1.3 Crítica**

Mais do que a possibilidade de aplicação da modulação em sede de RE, os casos estudados demonstram como o STF trata da questão da modulação: casuisticamente, sem critérios pré-definidos, apesar das formalidades. Há posições diversas, sendo que a Corte está dividida, entre

---

<sup>68</sup> Op. Cit., p. 56.

uma ala mais flexível e outra mais restritiva à flexibilização. Quando modulam, o fazem por diferentes razões, o que demonstra a existência de uma divisão nos argumentos.

No caso do número de vereadores de Mira Estrela, não há uma preocupação exacerbada quanto a possibilidade de se modular os efeitos em sede de RE. Somente alguns ministros tratam do tema (como destaquei, os Min. Gilmar Mendes e Cezar Peluso tocam diretamente no assunto). Este caso foi considerado *leading case*, sendo sua aplicação repetida no tempo. A votação foi bem apertada, sendo que exatamente oito dos onze ministros modularam. As justificativas são traçadas por linhas doutrinárias e precedentes de outras Cortes no mundo.

É curioso que o fato de não haver lei prevendo esta aplicação não incomoda os ministros. Para a maioria, a aplicação analógica é plenamente aceitável se buscar o melhor direito, a melhor eficácia da decisão. O argumento é puramente consequencialista, na medida em que se analisa qual seriam os efeitos da decisão, uma previsão, para analisarem se modulam ou não. A utilização do argumento de Miriam Leitão, por exemplo, no caso da alíquota zero do IPI pelo Min. Marco Aurélio demonstra tal preocupação com as consequências. No mérito deste caso, todavia, não há dúvidas de que a insegurança jurídica que possivelmente seria gerada era grande, sem lei que coordenasse o número de vereadores. Mas a argumentação não é clara quanto a expansão do instrumento. Pode até ser um “apanágio do controle de constitucionalidade”, como explicou o Min. Gilmar Mendes, mas não está certo se esta possibilidade foi prevista pelo legislador.

O problema de se analisar apenas o viés consequencialista é que, em sede de controle difuso, os parâmetros são outros. No caso dos militares eram duas as preocupações: o vácuo legislativo e o caso do recorrente que poderia perder a vaga na Escola do Exército. Todos concordavam que a lei era inconstitucional, mas que não tinha como retomar todos os pleitos já realizados. É plenamente aceitável tal hipótese, sendo de fato complicado retomar todos os pleitos. No entanto, a discussão se preocupou tanto com

os efeitos que, em determinado momento, os ministros perderam de vista a solução do mérito. Muito do que foi discutido era sobre como lidar melhor com as consequências da decisão; a questão de direito foi rapidamente resolvida. Então, a dificuldade seria chegar a uma melhor decisão, que aplicasse de modo a preservar a segurança jurídica dos editais já realizados, bem como preservar o direito daqueles casos *sub judice*. O fim estava certo, precisava de um meio, de um instrumento.

Mesmo assim, curiosamente, apesar da discussão, a decisão foi unânime, inclusive sendo a primeira vez que, mesmo tendo apenas registrado o voto em ata, o Min. Marco Aurélio modulou os efeitos em sede de RE, sendo que os editais baseados na lei vigorariam até o final de 2011. É um resultado interessante, visto ser o Min. Marco Aurélio o segundo ministro mais antigo da Corte.

Vale destacar que é notável a preocupação com aqueles que ingressaram em juízo, visto estarmos no controle difuso. Estes teriam seu direito preservado, já que a lei era inconstitucional; o mesmo não poderia ocorrer com os outros casos.

A grande dúvida que se coloca é como fazer a decisão tomada em sede difusa ter maiores efeitos. Nesse sentido, o Min. Ricardo Lewandowski disse que isso não era necessário, poderia o STF definir um grupo de pessoas para quem a decisão valeria (aqueles que ingressaram no STF, por exemplo). Mas o instrumento da repercussão geral seria um desses meios de tornar uma decisão de *inter partes* para os outros que ingressaram ou que pretendam ingressar com recurso no STF sobre determinada temática. De modo indireto, haveria um filtro, para aproximar casos de mesma temática e assim julgar todos ao mesmo tempo.

Esta expansão dos efeitos da repercussão é também conhecida como *objetivação do recurso extraordinário*<sup>69</sup>, tendência do recurso do controle

---

<sup>69</sup> Sobre a *objetivação*, o Min. Gilmar Mendes assim se manifestou, no julgamento do RE 388.830 (julgado em 14.02.06, publicado no DJ de 10.03.2006): "a proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, **que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a**

difuso, de estender seus efeitos apenas do caso em concreto para o sistema constitucional como um todo. Não através de efeitos *erga omnes*, mas através da repetição de uma mesma decisão para os casos similares.

Outro meio de se consolidar um posicionamento pelo STF seria o uso dos precedentes. Este instrumento será melhor analisado nos casos de RE-AgR. Por último, como bem coloca o Min. Gilmar Mendes, a evolução do nosso sistema de controle aponta para uma aproximação cada vez maior do controle concentrado e do difuso, inclusive quanto a extensão dos seus efeitos.

Esta mesma preocupação quanto à repercussão se deu no caso da prescrição e decadência da COFINS. A discussão, nessa seara, é de como preservar o interesse dos particulares que ingressaram mas que perderiam seu direito pela declaração de inconstitucionalidade da norma modulada para frente. A solução seria a preservação de uma exceção para estes contribuintes. Neste caso, ainda, houve uma mudança de paradigma das decisões, uma mudança completa da jurisprudência, que foi levada em consideração em prol dos contribuintes litigantes.

Analisando-se os outros julgamentos, seria possível argumentar que o Estado deveria devolver aquilo que tinha sido pago indevidamente, visto que a regra da prescrição da norma impugnada previa um prazo maior que o do CTN, em detrimento dos contribuintes. Os ministros, neste caso, entenderam que não.

Decisão completamente oposta se deu no caso do ICMS no Estado do Rio de Janeiro. O Estado editou lei claramente inconstitucional, em detrimento dos interesses do município do Rio de Janeiro, e por isso teve que devolver os valores que deixou de repassar.

Curioso notar que na primeira hipótese, de fato, seria difícil calcular os valores pagos e devolver, sendo mais fácil devolver apenas daqueles que já tinham ingressado em juízo. Já no segundo não, o STF logo definiu que deveria o valor ser parcelado para facilitar a devolução. As diferenças

---

**função de defesa da ordem constitucional objetiva".** Ainda no tema, ver a MC no RE nº 376.852/SC.

temáticas talvez justificassem essa diferença entre as decisões (por exemplo, a abrangência dos impostos – o primeiro, nacional e o segundo, estadual), mas a diferença na abordagem do instrumento da modulação que é relevante. O fato é que o resultado apenas comprova que a aplicação do instituto depende de análise caso a caso.

O caso do IPI demonstra esta necessidade, como também os riscos que se corre ao modular com pressupostos tão subjetivos, e uma Corte tão diversificada, sendo de suma importância para demonstrar a divergência dentro do próprio STF. Enquanto, de um lado, o Min. Ricardo Lewandowski defende a modulação como instrumento para manter a segurança jurídica, o Min. Marco Aurélio vai de encontro à sua aplicação, e coloca que o fato de se aplicar um instituto de modo a alterar o resultado natural de uma inconstitucionalidade geraria a verdadeira insegurança jurídica. Mais: diz que o próprio STF tem passado por barreiras formais em algumas decisões (em sede de RE e principalmente em ED, como será exposto melhor no próximo capítulo).

O caso dos militares, então, demonstra mais ainda que, muitas vezes, o fim justifica o meio empregado. Esta é uma forma possível de explicar a divergência dentro da Corte. O Min. Marco Aurélio, em outras decisões, já expôs que para ele o meio não justifica os fins<sup>70</sup>. No entanto, neste caso dos militares, toda a argumentação girava em torno de um fim. Depois de certo tempo, a questão da validade da norma foi deixada de lado. Todos concordam que a norma era inconstitucional, mas como lidar com os efeitos dela era o problema central, por isso modularam. Questiona-se, então, o porquê de não terem modulado no caso do IPI, já que os contribuintes poderiam ser afetados com este estorno, com decisões de “cobrança em cascata” como levantou a Min. Cármen Lúcia.

---

<sup>70</sup> O Min. Marco Aurélio já afirmou este posicionamento em outros casos no STF, mas o mais recente foi em decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em que restou vencido, e disse: “Desde cedo, aprendi que é muito difícil consertar o que começa errado. Sempre tive presente, que o meio justifica o fim e não o fim o meio. E que a segurança jurídica é o preço que pagamos por viver em um Estado democrático e impõe o respeito às regras estabelecidas”. TSE: Registro de Partido Político (RPP) n.º 1417-96.2011.6.00.0000, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.09.11, p. 113.

O caso dos produtores rurais traz outro aspecto. A modulação seria como um meio de barreira, para impedir novos processos, como disse a Min. Ellen Gracie. Além da repercussão geral, garante a estabilização das relações que já existiram. Para o Min. Cezar Peluso, inclusive, no mesmo caso, a banalização do instituto implicaria na “**abolição do instituto de repetição do indébito**”, bem como da prescrição tributária.

É compreensível a preocupação do ministro, mas esta discricionariedade, de caber ao STF quando é melhor aplicar, de acordo com a prática, gera dúvidas dentre os próprios ministros. Uma situação pode ser gravosa para um, e totalmente aceitável para outro.

Em suma, para os ministros, o que importa são as consequências. O Min. Marco Aurélio não acompanha essa tendência, de relativização do instrumento, pelo contrário, é dissonante nos casos estudados.

Nesse sentido, é praticamente pacificado no STF que pode haver modulação em sede de RE. Afora a possibilidade levantada pelo Min. Ricardo Lewandowski, no caso da alíquota zero do IPI, dos fundamentos para aplicação da modulação de efeitos decorrerem do princípio da razoabilidade, estes fundamentos não são trazidos pelos outros ministros, que entendem ser realmente um “apanágio do controle de constitucionalidade”, como aventado pelo Min. Gilmar Mendes.

### **3.2 Modulação em sede de Embargos de Declaração**

Os casos em sede de ED possuem argumentações diversificadas. Alguns resultados encontrados foram de ED convertidos em AgR. Destes casos, o mais interessante não é saber a *ratio decidendi*, a *argumentação utilizada*, mas o porquê da instrumentalidade, que gera controvérsia. Para melhor visualização, estará em um sub-tópico a parte.

Houve julgamentos conjuntos em alguns deles, por terem temática igual. São repetitivos, porque foram todos no mesmo sentido, de um mesmo ministro relator, mas estes dados revelam um ponto interessante: a

abrangência das decisões em sede de controle difuso. Os casos julgados no mesmo sentido estão no Anexo I ao presente trabalho.

A fim de facilitar a visualização, tablei os casos de acordo com o tema em apreço, como segue (sendo que os casos de fungibilidade ficarão no respectivo sub-tópico):

<b>Número do caso</b>	<b>Data e órgão do julgado</b>	<b>Tema</b>	<b>Modulou ?</b>	<b>Precedentes?</b>
<b>AI-AgR-ED 523.223</b>	17.08.10 1ª turma	COFINS	NÃO	RE 377.457, RE 381.964, RE-AgR 438.478, RE-AgR 573.255, RE-AgR 511.916, RE-AgR 515.890, RE-AgR 571.012
<b>AI-AgR-ED 650.371</b>	17.08.10 1ª turma		NÃO	RE 377.457, RE 381.964, RE-AgR 597.215, AI-AgR 598.245, AI-AgR 709.691, RE-AgR 438.478, RE-AgR 515.890, RE-AgR 511.916, RE-AgR 573.255, RE-AgR 571.012.
<b>RE-AgR-ED 524.363</b>	18.05.10 1ª turma		NÃO	RE 377.457, RE 381.964, RE-AgR 597.215, AI-AgR 598.245, AI-AgR 709.691, RE-AgR 438.478, RE-AgR 515.890, RE-AgR 511.916, RE-AgR 573.255 e RE-AgR 571.012.
<b>RE-AgR-ED 574.007</b>	17.03.09 1ª turma	COFINS	NÃO	RE 377457 e RE 381964.
<b>RE-AgR-ED-ED 402.098</b>	31.03.09 2ª turma		NÃO	RE 377.457/PR, quanto ao mérito, AI-AgR-ED 494.890, RE-AgR-ED 211.390, AI-AgR-ED 543.738 e AI-AgR-ED 528.469, quanto à possibilidade de revisão em ED.



<b>RE-AgR-ED 574.052</b>	11.11.08 2ª turma		NÃO	RE 377.457 e RE 381.964.
<b>RE-AgR-ED 526.335</b>	28.10.08 2ª turma		NÃO	RE 377.457 e RE 381.964
<b>AI-AgR-ED 633.563</b>	19.04.11 2ª turma		NÃO	RE 377.457, RE 381.964, RE-AgR 438.478 e RE-AgR 573.255
<b>AI-AgR-ED 706.866</b>	30.09.08 2ª turma		NÃO	AI-AgR-ED 177.313
<b>RE-AgR-ED 553.223</b>	19.08.08 2ª turma	ISS	NÃO	RE-AgR 363.304, RE-AgR 490.277
<b>AI-AgR-ED 440.881</b>	18.12.06 1ª turma		NÃO	AI-AgR-ED 177.313, RE-AgR 395.654, RE-AgR 395.902.
<b>AI-AgR-ED 527.297</b>	15.12.09 1ª turma		NÃO	AI-AgR-ED 177.313
<b>AI-AgR-ED 478.398</b>	22.06.05 1ª turma		NÃO	RE-AgR 430.421, AI-AgR-ED 521.546, RE 248.892 (quanto ao mérito) e AI-AgR-ED 521.546
<b>AI-AgR-ED 421.354</b>	15.05.07 2ª turma	IPTU	NÃO	RE-AgR 370.734, RE-AgR 400.680, AI-ED-AgR 478.398, AI-ED 516.410.
<b>AI-AgR-ED 490.875</b>	18.12.06 2ª turma		NÃO	RE-AgR 380.723, RE-AgR 400.680, AI-ED-AgR 478.398, AI-ED 516.410
<b>AI-AgR-ED 417.014</b>	18.12.06 2ª turma		NÃO	RE-AgR 370.734, RE-AgR 380.723, RE-AgR 400.680, AI-ED-AgR 478.398, AI-ED 516.410.
<b>RE-AgR-ED 371.089</b>	18.12.06 2ª turma		NÃO	RE 370.734, RE-AgR 380.723, RE-AgR 400.680, AI-ED-AgR 478.398, AI-ED 516.410.
<b>ADI-ED 3.601</b>	09.09.10 Pleno	Polícia Civil do DF	SIM	NÃO
<b>AI-AgR-ED 529.763</b>	25.10.05 2ª turma	Ação de indenização	NÃO	NÃO
<b>ADI-ED 2.791</b>	22.04.09 Pleno	Pensão no PR	NÃO	RE 377.457 e RE 381.964
<b>ADI-ED 3.819</b>	17.06.10 Pleno	Defensores de MG	SIM	NÃO
<b>RE-ED 572.052</b>	16.03.11 Pleno	GDA SST	NÃO	RE-ED 255.235, RE-ED 439.774, RE-ED

				476.097, AI-AgR-ED 605.158 e RE-RG 560626.
<b>RE-ED 500.171</b>	16.03.11 Pleno	Taxa de matrícula	SIM	RE-RG 560.626

### **3.2.1 Casos em que houve a modulação**

Os casos em que houve a modulação em sede de ED, como pode ser visto acima, são poucos: apenas quatro, sendo que dois deles foram apenas para manutenção da decisão tomada (qual seja, o caso do AI-AgR-ED 529.763 e do ADI-ED 3.819, que por terem um caráter de reexame do mérito, foram rejeitados os ED, com a manutenção da decisão que tinha seus efeitos modulados).

Sobre a temática dos ED, é importante explicar sobre os efeitos infringentes. Os ED, para a doutrina majoritária, têm o papel de integração da decisão final, de explicação em virtude de alguma obscuridade, contradição ou omissão. No entanto, a decisão final dos ED podem ter efeitos infringentes, isto é, modificativos da sentença embargada. Esta hipótese não é a regra, mas a exceção, depende do caso específico e do livre convencimento do magistrado.

Ressalte-se que a modificação da sentença anterior só é possível se for consequência da integração da sentença quanto à omissão, obscuridade ou contradição, isto é, não se trata de re-análise do mérito nos ED, mas de consequência a partir de eventual complementação, dissipação ou de maior clareza dada à sentença. Como destacado, é excepcional.

#### **3.2.1.1 Os casos de indenização por acidente de trabalho e o caso dos Defensores de Minas Gerais**

O primeiro caso a ser tratado, seguindo um critério cronológico, foi exatamente o AI-AgR-ED 529.763, julgado pela 2ª turma. Neste caso não houve grandes questionamentos, apenas se reconheceu a decisão tomada. A discussão tratada era se no caso de indenização por danos morais e patrimoniais oriundos de acidente trabalho, a competência seria da Justiça

do Trabalho ou da Comum. A decisão foi de que, após a vigência da EC n.º 45/2004, ou seja, a partir do dia 31.12.04, a competência seria da Justiça do Trabalho. A decisão foi tomada, e entenderam os ministros que não havia os pressupostos dos ED no caso, já que não havia omissão quanto ao tempo de início dos efeitos da decisão, isto é, tempo de início da modulação. Portanto, rejeitaram os ED de forma unânime.

O segundo caso foi o dos Defensores de Minas Gerais, ADI-ED 3.819. Em linhas gerais, a ADI 3.819/MG tratava de leis de Minas Gerais que cuidavam da investidura e provimento dos cargos na carreira de Defensor Público e nos cargos de assistente jurídico de penitenciária e de analista de justiça. Tal investidura seria feita pela transposição de pessoas em outros cargos para a recém criada carreira de Defensor Público Estadual, sem o devido concurso público. Entendeu-se que isto violaria a previsão constitucional de necessidade de concurso (consustanciado na violação aos art. 37, II e art. 134, § 1º da CF). Tal medida, alegava o Estado, seria em caráter emergencial, visto a necessidade do Estado por Defensores.

No entanto o Estado de Minas Gerais já havia promovido um concurso, mas sem qualquer nomeação dos melhores colocados. Haveria, então, uma contradição: havia concursados, não nomeados, mas queriam transpor pessoas de outros cargos para a função de Defensor.

As leis mineiras foram declaradas inconstitucionais e a decisão modulada para seis meses contados da data do julgamento (qual seja, 24.10.07), para que o Estado fizesse as nomeações necessárias. Ficaram também preservados os Defensores que estavam efetivados por outras vias, anteriores à Assembléia Nacional Constituinte, que poderiam optar pela carreira (possibilidade prevista no art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

Sendo assim, os EDs foram opostos por conta da suposta não análise das preliminares, da existência de omissão, visto que as notas do Min. Celso

de Mello foram retiradas dos autos<sup>71</sup>, e pela existência de obscuridade e contradição quanto ao termo inicial da modulação (divergência entre a proposta inicial e a registrada na ata de julgamento). Teria havido também omissão quanto à extensão dos efeitos da decisão, porquanto não seria possível aferir como devem ser interpretados os efeitos e reflexos jurídicos decorrentes da convalidação dos atos praticados durante a modulação.

Os ministros não se alongaram na discussão. Negaram haver qualquer omissão, bem como o Min. Eros Grau aduziu que “ao acompanhar o voto do relator, os ministros assumem parte de seus fundamentos tal qual nele lançados”, ou seja, não teria havido divergência se a maioria de 2/3 que acabou seguindo o ministro relator quanto a modulação seguiu também seus fundamentos.

Em suma, rejeitaram os embargos. Teria havido um caráter infringente nos ED, que não poderia por esta via, o que é questionável, como se verá adiante.

### **3.2.1.2 O caso dos policiais civis do Distrito Federal**

Um caso emblemático foi o dos policiais civis do Distrito Federal, ADI 3.601 e ADI-ED 3.601.

A ADI foi proposta contra Lei Distrital n.º 3.642 de 2005, que trata do processo disciplinar da Polícia Civil do DF, matéria que seria de competência material da União (art. 21, XIV da CF). A lei, portanto, seria inconstitucional. Havia, inclusive, jurisprudência dando procedência à ação: ADI 3.817, ADI 2.881 e a ADI 2.102. O tribunal foi unânime, deu provimento à ADI, sem grandes discussões.

O motivo que levou à interposição dos ED é que na ADI nada falaram os ministros sobre a possibilidade da modulação. Os ED foram no sentido de sanar esta possível omissão, relacionada à modulação ou não dos efeitos da decisão.

---

<sup>71</sup> Quando o ministro resta vencido após o julgamento do mérito, este pode requerer a retirada das notas taquigráficas. A parte embargante, vencida no julgamento anterior, gostaria de ter utilizado estas notas, que lhe eram favoráveis.

Na decisão do ED, o Min. Relator Dias Toffoli destaca um dos problemas: a jurisprudência do tribunal era pacífica em desprover ED em casos como este (EX: ADI 483, de 2001). Em 2003, no entanto, na ADI 1.498, já começou uma movimentação em sentido oposto. Neste caso, apesar de por maioria terem sido desprovidos os ED, a Corte se dividiu, restando vencidos os ministros Ilmar Galvão, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Mauricio Corrêa (ADI de relatoria do Min. Marco Aurélio). Já na ADI 2.728, mais um pedido de ED foi desprovido, por ausência de omissão.

O ministro relator, então, argumentou que a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primados da segurança jurídica – seriam capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional<sup>72</sup>. Conheceu e deu provimento aos ED.

O Min. Marco Aurélio iniciou a divergência. Junto ao Min. Celso de Mello concordaram pela rejeição da modulação. Os argumentos levantados foram iguais aos da ADI 3.791, isto é, **a modulação neste caso abriria um precedente negativo que daria suporte para leis mal feitas** (posicionamento este já reiterado nas decisões em RE estudadas no presente trabalho<sup>73</sup>).

O Min. Gilmar Mendes, bem como o Min. Ricardo Lewandowski, seguiram o ministro relator. Para o último, a situação é excepcional, sendo que não costuma dar provimento nestes casos, mas abriu uma exceção.

A Min. Cármen Lúcia destaca tanto a excepcionalidade do caso como os argumentos levantados pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, na ADI supracitada. **Mas por conta da excepcionalidade do caso, entende ser essencial a modulação**, apesar de concordar que o presente caso até poderia levar à um crime de responsabilidade, visto que é a Administração que está indo contra disposição expressa da CF. Mas como tiveram funcionários afastados, bem como outros já assumiram o cargo, entendeu que cabia a modulação.

---

<sup>72</sup> STF: ADI-ED 3601, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.09.10, p. 8.

<sup>73</sup> Como no caso do ICMS no Estado do Rio de Janeiro, RE 401.953/RJ.

O Min. Cezar Peluso seguiu o ministro relator. Saliou tanto suas preocupações de ordem financeira como as de ordem prática (haveria a reintegração de vários policiais que já tinham sido afastados pela lei que tratava da disciplina, para exercer cargos que já estariam ocupados por outrem).

Outra questão relevante no caso foi a do quórum. Para o Min. Marco Aurélio, o julgamento deveria ser uno, para a modulação e para a inconstitucionalidade. Sendo assim, se havia quórum para deliberação, entendia que todo o julgamento deveria ser realizado no mesmo dia. Se não foram atingidos os oito votos, rejeitou-se novamente (porque o ministro entende que, no silêncio do tribunal, prevaleceria o princípio da nulidade), e tacitamente, a modulação.

Todavia, para o Min. Gilmar Mendes, haveria um primeiro julgamento, sobre o mérito, e depois o julgamento sobre a modulação, quando o quórum do Pleno fosse completo.

O resultado deste debate é que prevaleceu o entendimento do Min. Gilmar Mendes, e esperou-se o retorno dos ausentes Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

No retorno, o Min. Joaquim Barbosa seguiu o ministro relator (por conta das razões de ordem prática, de reintegração). Com o voto do ministro, chegou-se ao quórum de oito, sendo que foi desnecessário colher o voto do Min. Eros Grau<sup>74</sup>.

Sobre a possibilidade de ser em ED, prevaleceu o entendimento do relator de que quando o tribunal, na declaração de inconstitucionalidade, não analisa todas as consequências de sua decisão, seria **omisso**<sup>75</sup>. O ministro relator, inclusive, diz que "presentes as condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o **dever**

---

<sup>74</sup> Consta no extrato da ata do acórdão que a votação foi por maioria, vencidos os Min. Marco Aurélio e Celso de Mello – sendo assim, como não consta que houve uma segunda ausência, presume-se que o Min. Eros Grau votou a favor da modulação junto a maioria.

<sup>75</sup> Op. Cit., p. 10.

**constitucional** de, **independentemente de pedido das partes**, aplicar o art. 27 da Lei n.º 9.869/99" (grifos meus)<sup>76</sup>.

Os outros ministros não se preocuparam em discutir aspectos relacionados à omissão. Destacaram apenas a excepcionalidade do caso.

### **3.2.1.3 O caso da taxa de matrícula**

O último caso em destaque é o caso da taxa de matrícula, RE-ED 500.171. Os embargos trazem pedido de modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante n.º 12, ressaltando o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico.

Saliente-se que neste caso também há repercussão geral reconhecida, através do RE 567.801, que tratava do mesmo tema. Haveria, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, objetivação do Recurso Extraordinário no RE 500.171, pelo RE 567.801<sup>77</sup>.

No mérito, a Universidade Federal de Goiás (UFGO) alegou haver omissão quanto à delimitação da eficácia da decisão, o que levaria à necessidade dos ED "a fim de que a inconstitucionalidade declarada não possa resultar na nulidade dos atos anteriores, assim como dos seus reflexos"<sup>78</sup>. Ou seja, a UFGO não queria devolver os valores já pagos como taxa de matrícula. A segurança jurídica envolvida *in casu*, então, tocaria em dois aspectos: (i.) segurança das Universidades, na sua existência, e (ii.) segurança do direito daqueles que opõe os embargos, como única via para garantir o acesso à justiça no caso de omissão do Pleno.

O Min. Relator Ricardo Lewandowski iniciou seu voto rejeitando os embargos. Para o ministro, não haveria omissão no caso. Além disso, em nenhum momento do julgamento do RE tal questão foi suscitada. A edição

---

<sup>76</sup> Op. Cit., p. 9.

<sup>77</sup> STF: RE-ED 500.171, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.11, p. 17.

<sup>78</sup> Op. Cit., p. 2.

da súmula iria de encontro à necessidade da modulação. Mais: a modulação levaria à insegurança jurídica.

Nos debates, a Min. Cármen Lúcia levanta uma importante observação: se um advogado pede pela modulação logo na petição inicial, ele enfraquece a defesa dele, porque já estaria admitindo que poderia perder<sup>79</sup>. **Apesar de o instrumento não ser o adequado formalmente, não pode se sacrificar o direito em nome da forma, o que levaria à injustiça.**

Importante também é o voto da Min. Ellen Gracie: “neste caso, *eu até superaria as dificuldades formais para conhecimento do recurso porque este é um momento, uma oportunidade que o Tribunal tem de exercer, efetivamente, sua jurisdição dentro do novo sistema que se criou a partir da sumula vinculante e da repercussão geral. Estas decisões têm uma abrangência universal, atingem todas as situações das universidades públicas no Brasil, e parece-me adequado que o Tribunal diga a partir de quando esta decisão vai ser válida (...) inclusive por razões de ordem prática, como levantou a Min. Carmem, de ser impossível retornar aos estudantes (...) os valores recebidos*” (grifos meus)<sup>80</sup>.

Com este posicionamento da Min. Ellen Gracie, o Min. Ricardo Lewandowski explicou que ainda que seja caso de rejeição, seria possível o tribunal poder exercer a **discricionariedade política** de fazer a modulação.

O Min. Dias Toffoli coloca **que a forma como foi introduzida a modulação pela lei é de ordem pública**, cita o RE n.º 600.885 (caso do edital para ingresso na Escola militar, estudado acima), e aduz que a modulação pode ser debatida pelo tribunal **de ofício**. O Min. Gilmar Mendes seguiu esta linha. O Min. Luiz Fux também apoiou a modulação.

O Min. Cezar Peluso disse que o tribunal acolheu o pedido no RE-ED 500.171 e rejeitou no RE-ED 572.052 (que será estudado a frente). As duas

---

<sup>79</sup> Op. Cit., p. 7.

<sup>80</sup> Op. Cit., p. 7.



questões, apesar da matéria completamente diversa, têm esta ponderação sobre a modulação em ED em comum.

O Min. Marco Aurélio, entretanto, posicionou-se contra a modulação, contra a relativização do direito constitucional, preocupando-se com o uso abusivo do instrumento, alterando-se sempre os efeitos da decisão. Diz o ministro: “precisaríamos observar que toda vez que flexibilizamos, estaríamos a flexibilizar a partir de um recurso excepcional, o recurso de embargos declaratórios, *o pronunciamento é observado por inúmeros órgãos do Judiciário e não cabe dizer que ao Supremo é dado, simplesmente, olvidar os pressupostos do provimento dos embargos declaratórios, mas o mesmo não pode ocorrer presente os demais órgãos do Judiciário*”<sup>81</sup>. Mais do que isso: o STF estaria alterando decisão já tomada, seria reexame do mérito em sede de ED.

O Min. Gilmar Mendes, então, para tentar se adequar ao receio do Min. Marco Aurélio e modular propôs considerar o recurso provido para aqueles que recorreram, mas não para aqueles que não ingressaram no Judiciário. Ou seja, modulou-se os efeitos da inconstitucionalidade, preservados os direitos daqueles que pleitearam pela devolução dos valores a título de taxa de matrícula, como ocorreu no caso da prescrição e decadência tributárias, das contribuições sociais (estudados acima<sup>82</sup>). Esta proposta foi a vencedora.

Partindo destes parâmetros da modulação, vamos analisar agora os casos em não houve modulação dos efeitos.

### **3.2.2 Casos em que não houve a modulação**

É notável que dos vinte e três casos, apenas em quatro houve modulação. Dos outros dezoito, nove são sobre a revogação da isenção da COFINS (já estudado nos RE 377.457 e RE 381.964), sete sobre o IPTU (progressividade no Estado do RJ), um sobre ISS, um sobre a pensão no Paraná e um sobre a extensão de gratificação (GDASST).

---

<sup>81</sup> Op. Cit., p. 14.

<sup>82</sup> São eles os RE 556.664, RE 560.626 e RE 559.943.

### 3.2.2.1 ED nos casos da isenção da COFINS

Nos casos de temática de COFINS, todos os EDs encontrados rejeitaram possível pedido de modulação. Apenas em um dos casos os embargos foram acolhidos, para reconhecer erro material (no caso do AI-AgR-ED 523.223), sendo que todos os outros foram rejeitados.

O que é perceptível é a diferença na argumentação das turmas. Ambas rejeitam os EDs, mas por motivos diversos. Nos casos em julgamento perante a primeira turma<sup>83</sup> não houve discussão porque (i.) o mérito estava pacificado pela jurisprudência no tema (RE 377.457 e RE 381.964 são os casos mais citados, bem como outros utilizados como precedentes, que podem ser vistos na tabela do Anexo I) e (II) sem pressupostos, não há que se falar em possibilidade de ED.

Já nos casos da segunda turma<sup>84</sup>, há uma alteração na argumentação. Apesar da alegada ausência de pressupostos e da questão pacificada na jurisprudência, os ministros colocam que apesar dos EDs não constituírem meio para a reforma do julgado, no qual não seria possível atribuir-lhes efeitos infringentes, haveria situações excepcionais em que seria possível a hipótese de modulação.

Portanto, para apenas alguns ministros, seria uma hipótese excepcional de concessão de efeitos infringentes<sup>85</sup>.

Esta situação de excepcionalidade se torna mais óbvia nos casos da COFINS sob a relatoria do Min. Celso de Mello, na segunda turma (RE-AgR-ED 574.052 e AI-AgR-ED 633.563). O ministro argumenta, em linhas gerais, a ausência de pressupostos, rejeita os embargos, traz a questão do plenário (quórum qualificado), **mas coloca sua posição favorável à pretensão**. Para o ministro, a Súmula 276/STJ seria suficiente para demonstrar a pacificação do entendimento sobre a necessidade de lei complementar para estabelecer a revogação da isenção da COFINS e os

---

<sup>83</sup>Quais sejam os AI-AgR-ED 523.223, AI-AgR-ED 650.371, RE-AgR-ED 524.363 e RE-AgR-ED 574.007.

<sup>84</sup>Quais sejam os RE-AgR-ED-ED 402.098, RE-AgR-ED 574.052, RE-AgR-ED 526.335, AI-AgR-ED 633.563 e AI-AgR-ED 706.866.

<sup>85</sup>STF: RE-AgR-ED 526.335/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.10.08, p. 4.

riscos que a mudança de paradigma (isto é, revogação da isenção por lei ordinária) da decisão teria o potencial de gerar<sup>86</sup>. Destaca ainda que haveria insegurança jurídica quando são afetadas as “justas expectativas” dos contribuintes na relação Estado-contribuinte. Mesmo assim, o ministro ajusta-se à orientação do plenário da Corte.

### **3.2.2.2 ED nos casos do IPTU progressivo no Rio de Janeiro**

No caso da progressão do IPTU do Rio de Janeiro<sup>87</sup>, dos sete casos encontrados, quatro são da relatoria do Min. Celso de Mello e a mesma argumentação é trazida.

Em linhas gerais diz o ministro, na segunda turma, que não acolhe os embargos porque (i.) haveria um nítido caráter infringente, visando reexame do mérito, algo que não poderia em sede de ED; (ii.) estaria pacificada a rejeição no caso, por ambas as turmas, da modulação no caso do IPTU do Rio de Janeiro; e (iii.) reserva do Plenário para a modulação.

Nos outros dois casos, em julgamento da primeira turma, os EDs foram acolhidos para reconhecer a tempestividade do agravo, mas negar-lhe provimento (precedentes)<sup>88</sup>, enquanto que o outro caso simplesmente foi rejeitado porque não havia os pressupostos, sendo incabível embargos para revisão do mérito<sup>89</sup>.

No caso do AI-AgR-ED 478.398 há um problema. Diz o Min. Eros Grau: “a tese versada pelo Município ora embargante já foi apreciada por esta Corte, que firmou o entendimento no sentido de ser impossível a concessão de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade proferida em controle difuso”<sup>90</sup> (e cita precedentes, que podem ser encontrados na tabela do Anexo I). Já em 2005 era diferente a orientação do tribunal. O que possivelmente quis o ministro enfatizar é que não seria

<sup>86</sup> Assim como no trecho citado na introdução da presente pesquisa (STF: RE-ED 592.148, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2009, p. 12 e 13).

<sup>87</sup> Este caso teve grande repercussão no âmbito dos Agravos de Instrumento. Pode ser objeto de pesquisas futuras, mas não é objeto da presente pesquisa, por isso não foi resumido, será analisado apenas seu tratamento no âmbito dos ED.

<sup>88</sup> STF: AI-AgR-ED 527.297/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15.12.09.

<sup>89</sup> STF: AI-AgR-ED 440.881/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 18.12.06.

<sup>90</sup> STF: AI-AgR-ED 478.398/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 22.06.05.

cabível a modulação para o tema do IPTU progressivo, por reiteradas decisões neste sentido. Mesmo assim, é importante notar como a jurisprudência vem se desenvolvendo no STF.

A diferença de tratamento entre as turmas prossegue no caso do IPTU. Além da diferença de argumentação já trazida, é relevante notar que o precedente trazido pela 1ª turma, qual seja o AI-AgR-ED 177.313/MG, julgado em 18.06.96, Relator Min. Celso de Mello aduz que “os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. *Essa modalidade recursal só permite o reexame do acórdão embargado para o específico efeito de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo-retificador, que, afastando as situações de obscuridade, omissão ou contradição, complementemente esclareça o conteúdo da decisão proferida. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da impossibilidade jurídico-processual de a parte recorrente buscar, pela via dos embargos de declaração, a ampliação e a complementação dos fundamentos do apelo extremo, deduzindo, ex novo, alegações de ofensa à Constituição que não fora formuladas no momento oportuno*”<sup>91</sup>.

É no mínimo curioso notar a evolução no posicionamento da própria jurisprudência. O fato da 1ª turma suscitar determinados precedentes demonstra seus posicionamentos, sua base argumentativa.

Os precedentes reiteradamente trazidos pelo Min. Celso de Mello são processos de sua relatoria, como o RE-AgR 400.680 (que será estudado no próximo tópico), AI-ED 516.410 (visto que recebido como agravo, será discutido no próximo sub-tópico), de relatoria do Min. Cezar Peluso, e o AI-ED-AgR 478398, de relatoria do Min. Eros Grau, já estudado. Mesmo assim, não trouxe o ministro aquele precedente de sua autoria de 1996.

---

<sup>91</sup> STF: AI-AgR-ED 177.313/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.06.96, ementa.

### 3.2.2.3 ED no caso do ISS

O caso do ISS (RE-AgR-ED 553.223) também é emblemático em função dos precedentes que dele pode advir. O caso trata, em linhas gerais, da possibilidade de cobrança do ISS sobre locação de imóveis, que é logo rechaçada no Agravo Regimental pelo Min. Relator Joaquim Barbosa devido à pacificação de entendimento no tribunal. Nos embargos, o relator, primeiramente, reconheceu que houve omissão do tribunal ao não tratar da modulação. Depois, passou a explicar sobre a excepcionalidade desta, como de praxe entre os ministros, porém, desenvolveu um ponto interessante: “pondero que, em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidade públicas<sup>92</sup>. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações”<sup>93</sup>.

E completou: “evidentemente, a possibilidade que o sistema jurídico confere ao Supremo Tribunal Federal para modular no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a destinação do produto da arrecadação ao exercício de atividades estatais não podem redundar na imunização do Estado ao dever de zelar pela validade das normas jurídicas que cria, favorecendo assim a especulação legal”<sup>94</sup>. Deste modo, o ministro negou a modulação. Porém, reconheceu a omissão, o que é um posicionamento inovador.

---

<sup>92</sup> Tal qual argumentado pelo município do Rio de Janeiro.

<sup>93</sup> STF: RE-AgR-ED 553.223/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19.08.08, p. 3 e 4.

<sup>94</sup> Op. Cit., p. 4.

### **3.2.2.4 O caso da previdência dos servidores do Paraná**

O caso da ADI-ED 2.791 também é importante. Neste caso, em linhas gerais, houve a impugnação do art. 34, § 1º da Lei Estadual n.º 12.398/98, do Paraná, com redação dada pela Lei n.º 12.607/99, que violaria os arts. 61, § 1º; 63, I; e 40, *caput* da CF. A alteração do § 1º pela segunda lei permitiu que os serventuários de justiça não-remunerados pelo erário paranaense fossem incluídos no regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais de cargo efetivo.

O Min. Gilmar Mendes deu total provimento à ação, e foi seguido pelos outros ministros. Foram interpostos os embargos, pedindo pela modulação (o governador do Paraná alegou omissão quando à explicitação dos efeitos, *se ex tunc* ou *ex nunc*).

O Min. Gilmar Mendes iniciou seu voto tratando dos precedentes, quais sejam: ADI-ED 1.498 (2003), ADI-ED 2.728 (2006) e a ADI-ED 3.522 (2006). Em todas, negou-se prosseguimento a modulação – cita doutrina portuguesa<sup>95</sup>. Nas hipóteses em que se reconheça que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos seria uma imposição da própria Constituição, não se atribuiria valor definitivo a uma eventual omissão por parte do Tribunal. Esse é o fundamento do conhecimento dos Embargos.

No caso, a lei esteve em vigência por oito anos. Nesse ínterim, situações jurídicas foram consolidadas. Muitos serventuários obtiveram aposentadorias de acordo com as normas desse sistema. Todas essas pessoas, algumas com mais de setenta anos, teriam que retornar ao trabalho. Há aqui um peso incontestável do princípio da segurança jurídica. Diz ainda: “a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”. Declara a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações.

O Min. Menezes Direito vai de encontro a esta posição. Cita a ADI 2.996, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, bem como a ADI 2.827, da

---

<sup>95</sup> STF: ADI-ED 2791, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.04.09, p. 5 e 6.

relatoria do Min. Marco Aurélio e a ADI 2.840, de relatoria da Min. Ellen Gracie para argumentar que se não há pedido na inicial, não haveria omissão que dê azo aos embargos. Conhece os embargos, porque tempestivos, mas não modula.

Houve discussão sobre o momento da modulação: o Min. Gilmar Mendes argumenta que é a primeira fase do julgamento, de mero conhecimento dos embargos; o Min. Marco Aurélio rebate, pede para o julgamento direto, visto que já tem o quórum para saberem se modula ou não. A tese do Min. Gilmar Mendes, sobre estes dois momentos, acaba vencendo novamente.

A Min. Cármen Lúcia destaca a inovação no caso: "Então, nos três primeiros casos estaríamos fazendo com que a nossa declaração tenha efeitos específicos em um determinado tempo – passado, presente ou futuro. Na expressão que a doutrina vinha explorando pouco, 'restringir os efeitos da declaração', poderia haver uma restrição não só quanto ao tempo, mas quanto ao próprio objeto da decisão – a inovação que Vossa Excelência propõe"<sup>96</sup>. A Min. Cármen Lúcia conhece dos embargos, visto que o advogado não pede pela modulação na petição, o que enfraqueceria, visto que estaria assumindo que perderia, como já colocado antes. No entanto, a ministra discorda que houve uma omissão do tribunal. Diz ser possível, mas não no presente caso. Por isso, conhece mas rejeita os ED.

No final, não houve modulação.

### **3.2.2.5 ED no caso da gratificação - GDASST.**

Por último, há o caso do RE-ED 572.052. Este caso foi julgado em conjunto com o RE-ED 500.171, em 16.03.11. O segundo, como já dito, trata da taxa de matrícula nas Universidades Públicas. O primeiro trata da Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, que foi estendida aos servidores inativo do Estado do

---

<sup>96</sup> Op. Cit., p. 19.

Rio Grande do Norte. Quem interpôs os ED foi a Fundação Nacional da Saúde (Funasa), alegando omissão.

Destaque-se que o caso também teve sua repercussão geral reconhecida. Teve votação apertada, sendo que os ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito rejeitavam a repercussão, mas foram votos vencidos. Este julgamento foi realizado em 24.04.2008.

Curioso que a decisão tomada no RE não foi pela inconstitucionalidade de norma, pelo controle incidental. O que houve foi o reconhecimento de que a Lei nº 10.971/04, oriunda de conversão da MP 198/2004, que estendia a gratificação em caráter genérico aos servidores inativos, aplicar-se-ia ao Estado do Rio Grande do Norte. A Funasa pediu nos ED pela modulação entendendo que a gratificação deveria ser concedida a partir do trânsito em julgado, não a partir da edição da lei de 2004, como previu o desprovemento do RE.

O Min. Relator Ricardo Lewandowski, logo argumenta a sua opinião sobre o caso: “com efeito, verifica-se que a questão do cabimento da modulação de efeitos da decisão desta Corte surgiu durante a sustentação oral da então recorrente, não tendo sido objeto de análise pelo acórdão pugnado tampouco foi suscitada no recurso extraordinário interpostos pela ora embargante (...) Desse modo, embora a modulação de efeitos possa ser pleiteada no decorrer do julgamento ou mesmo declarada *ex officio*, pela Corte, isso não significa que sua postulação, ainda mais quando realizada apenas por ocasião da sustentação oral durante a sessão de julgamento, vincule o julgador ao seu exame”. E por fim: “Portanto, o fato de o Colegiado não ter se manifestado expressamente sobre essa questão ao proferir sua decisão, não configura omissão, mas somente a confirmação da regra de que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos”<sup>97</sup>.

Depois destas colocações iniciais, o ministro discorreu sobre o mérito. Tratou da jurisprudência da Corte, contrária à extensão aos servidores

---

<sup>97</sup> STF: RE-ED 572.052/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.11, p. 5.



inativos de vantagens concedidas aos ativos, sendo que a pretensão da Funasa seria “de beneficiar-se da própria inércia para regulamentar a GDASST, uma vez que foi criada em 2002 e até o momento não se tem notícia de que tenha sido regulamentados os critérios gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho institucional e coletivo (...)”<sup>98</sup>.

Apesar dos julgamentos terem corrido em conjunto, o Min. Gilmar Mendes diz que este caso é diverso, não só no aspecto do mérito, em relação ao caso da taxa de matrícula, pois, como não há regulamentação no Estado, há um critério genérico federal que serviria para ser aplicado; a decisão, então, teria sido provisória até a efetiva regulamentação pela Funasa, que diferenciaria os aposentados. A decisão tinha sido quase que temporária, cabendo ao legislador mudar a situação, diferente do que teria ocorrido no caso da taxa de matrícula.

O Min. Marco Aurélio coloca que não poderia o julgamento do tribunal ser alterado, em nenhum dos dois casos, “muito menos de ofício, sem provocação das partes”<sup>99</sup>. Cita aquele trecho, já trazido anteriormente, que os ministros estariam flexibilizando a utilização do instrumento a partir de um recurso excepcional, o que não caberia ao STF.

No final, os ministros entenderam pela não modulação no caso do GDASST. Seria um caso diverso, e a modulação tornaria aquela decisão temporária em um nada jurídico, o que transformaria radicalmente o que havia sido decidido anteriormente.

A relação entre os casos será melhor desenvolvida a frente, no subtópico “Crítica”.

### **3.2.3 Casos em que houve fungibilidade**

A fungibilidade é a possibilidade de um recurso interposto como ED, por exemplo, ser reconhecido pelos ministros como agravo regimental (no

---

<sup>98</sup> Op. Cit., p. 6.

<sup>99</sup> Op. cit., p. 14.

caso do STF). A idéia da fungibilidade é dar celeridade, bem como garantir o acesso à justiça, na medida em que se a parte cometer um equívoco razoável, em que haja dúvida objetiva (da doutrina ou da jurisprudência) sobre qual recurso seria o ideal, é possível, através deste mecanismo, conhecer e julgar o recurso interposto, mesmo que, em tese, a forma escolhida pelo jurisdicionado não seja a prescrita em lei. É importante também salientar que o julgador deve fundamentar a necessidade da fungibilidade, até por uma garantia da publicidade da decisão e porque as decisões devem ser motivadas (livre convencimento motivado do magistrado).

Os casos em que houve a fungibilidade foram:

<b>Número do Caso</b>	<b>Data e órgão de julgamento</b>	<b>Tema</b>	<b>Modulou?</b>	<b>Precedentes</b>
<b>RE-ED 592.148</b>	25.08.09 2ª turma	COFINS	NÃO	RE 377457, RE 381964, RE 408167, RE 515890 e RE-AgR 558017
<b>AI-ED 553.928</b>	15.12.09 1ª turma		NÃO	RE-RG 592321
<b>AI-ED 564.083</b>	17.08.10 1ª turma		NÃO	RE 377457, RE 381964, RE-AgR 515890 e RE-AgR 558017
<b>RE-AgR-ED 494.525</b>	28.10.08 1ª turma		NÃO	RE 377457 e RE 381964
<b>RE-ED 547.630</b>	28.10.08 1ª turma		NÃO	RE-ED 195578, RE 377457, RE 381964, RE 412748 e RE-AgR 573255.
<b>RE-ED 494.534</b>	01.06.10 1ª turma		NÃO	RE 377457, RE 381964, RE-AgR 515890, RE-AgR 558017 e RE-AgR 408167
<b>RE-ED 419.905</b>	28.10.08 2ª turma	IPI	NÃO	RE-ED 195578, RE 353657, RE 370682 e RE 444267
<b>AI-ED 742.457</b>	14.06.11	Taxa de iluminação	NÃO	RE-RG 592321

Destes casos, primeiramente é importante notar que não houve modulação em nenhum deles.

Mas o que é mais relevante nestes casos é analisar o porquê da fungibilidade. Os ministros, na maior parte dos casos, nem colocaram o porquê da fungibilidade, apenas destacaram que receberam os ED como AgR. Buscando entender o porquê desta alteração na forma do recurso, utilizei de um dos precedentes trazido pelo Min. Celso de Mello no RE-ED 592.148, qual seja o AI-ED 243.832, j. em 21.09.1999, em que se depreende da ementa o seguinte excerto: “é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não cabem embargos declaratórios contra decisão monocrática, devendo esses embargos, quando possível – como é o caso –, ser conhecidos como agravo regimental”<sup>100</sup>. É interessante que a fungibilidade é tão automática, que muitas vezes os ministros nem citam jurisprudência<sup>101</sup>, simplesmente recebem como agravo.

Todavia, o Min. Marco Aurélio postou-se contra esta fungibilidade<sup>102</sup>, explicando: “Entendo que os embargos declaratórios são cabíveis, quer direcionados a decisão definitiva, terminativa do processo, interlocutória, de colegiado ou individual, não sofrendo, sequer, esse recurso *sui generis*, as peias decorrentes da cláusula da irrecorribilidade, já que prescinde até mesmo do gravame, ou seja, da sucumbência. (...) No caso, a parte, vislumbrando não se omissão, obscuridade ou contradição na decisão que implicaria a apreciação do agravo de instrumento, protocolizou os declaratórios. A meu ver, incumbia o julgamento desses declaratórios, não sendo possível (...) inverter o princípio da fungibilidade, mesmo porque, caso se assentasse que não cabem os embargos declaratórios, estaríamos diante de um erro grosseiro, que não ensejaria, portanto, a conversão desse recurso em agravo regimental.”

E continua: “(...) as causas de pedir dos embargos declaratórios são diversas e devem estar centradas num daqueles defeitos que os respaldam – em omissão, contradição ou dúvida –, enquanto, no agravo, a articulação

---

<sup>100</sup> STF: AI-ED 243.832/MG, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.09.99.

<sup>101</sup> Como no caso do RE-ED 494.534, por exemplo.

<sup>102</sup> É possível encontrar a manifestação do ministro em cinco dos casos estudados, quais sejam o AI-ED 553.928, AI-ED 564.083, RE-AgR-ED 494.525, RE-ED 547.630 e RE-ED 419.905.

é outra: afirma-se o desacerto da decisão proferida, sob o ângulo do vício de procedimento ou de julgamento”<sup>103</sup>.

O ministro ainda foi além no caso da AI-ED 564.083. Além de se posicionar contra a fungibilidade, que já tinha sido aceita pela turma, deu provimento aos ED quanto a fixação de honorários de sucumbência.

Em nenhum dos casos houve longa discussão sobre a modulação, até porque ou pelo tema - já pacificado - ou pela jurisprudência, negaram seguimento ao agravo. O curioso é notar a discricionariedade do STF inclusive neste assunto.

### **3.2.4 Crítica**

A aplicação da modulação em ED é o exemplo de que o STF tem se tornado cada vez mais casuístico, sem critérios objetivos, na aplicação do instrumento. De fato, como coloca o Min. Joaquim Barbosa no caso do ISS, há uma parcimônia, um *self restraint*<sup>104</sup> dos ministros na aplicação do instituto, não só em matéria tributária, como salienta o ministro, mas em outros casos também. Isto é notável pelo número de casos em que houve a modulação, que são poucos.

No entanto, posições pacificadas, como a da necessidade de arguição em ED de omissão, obscuridade ou contradição têm sido deixada de lado por alguns ministros quando tratam da excepcionalidade do instrumento. O caso dos policiais civis do DF, por exemplo, é emblemático na medida em que o simples fato de não ter sido objeto de pedido não impediria a modulação. Tal seria por conta da natureza objetiva do controle concentrado, não sendo razoável permitir-se, por um descuido dos

---

<sup>103</sup> STF: RE-AgR-ED 494.525/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.10.08, p. 7.

<sup>104</sup> Como bem salienta Flávio Beicker na sua monografia, “trata-se de expressão comumente empregada pelo constitucionalismo norte-americano para se referir aos limites que sua Suprema Corte impõe a ela própria, no âmbito do exercício da jurisdição de natureza constitucional. Ao fazê-lo, a corte norte-americana se vale de duas idéias-base: a separação de poderes e o princípio republicano”. OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa. “O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais”. Esta monografia apresentada em 2008, como conclusão da Escola de Formação da SBDP. Disponível, em 10.09.11, no site: [http://sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=113](http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113), p. 8.

participantes do processo, ou mesmo por um receio do autor de enfraquecer sua tese, que haja consequências adversas ao princípio da segurança jurídica ou excepcional interesse social. Se o tribunal nada diz, a questão dependerá do caso concreto, mas a decisão terá efeito *ex tunc*. “Assim, caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo, embora possam as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração”<sup>105</sup>.

Como diz o Min. Dias Toffoli, é questão de ordem pública, pode ser declarada de ofício. Está certo que não havia o instrumento modulação em 1996, quando daquele precedente citado pela primeira turma, mas são surpreendentes as mudanças trazidas por um instrumento em diversos outros.

Em outro sentido, mas não menos inovador, há o posicionamento de que o tribunal quando não trata dos efeitos da decisão no caso em concreto está sendo omissos. O exemplo mais claro e nítido desta vanguarda é o julgamento do caso do ISS no Rio de Janeiro. Há inovação neste caso. Não teria como haver pedido pela modulação na inicial, então, caberia a modulação nos ED. Manteria, assim, aquela jurisprudência de 1996, com uma reinterpretação do que seria integrar a decisão pelos ED.

Entretanto, ainda é notável a resistência do Min. Marco Aurélio com todas essas inovações. O ministro posiciona-se contra a modulação em quase todos os casos estudados até então (único caso em que não restou vencido quanto a modulação, dos estudados nesta pesquisa, foi o caso do concurso para ingresso nas Forças Armadas, RE 600.885). Em sede de ED não é diferente.

O caso da GDASST com o da Taxa de matrícula demonstra perfeitamente estas três teses existentes no âmbito do STF quanto a possibilidade de arguição em ED. Para o caso da taxa, um tratamento, tanto pelo mérito, excepcional, quanto pelo que foi argüido na primeira decisão, que não teria abordado o tema da modulação, tendo sido omissos; no caso da GDASST, o inverso. Não caberia nem discussão, pois a decisão não teria

---

<sup>105</sup> STF: ADI-ED 3601, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.09.10, p. 11.

sido omissa (no silêncio, *ex tunc*) bem como a modulação alteraria sobremaneira a decisão “temporária” tomada. No mérito houve só a confirmação de que descabia a modulação da decisão. Em ambos os casos, há ainda o posicionamento do Min. Marco Aurélio, contrário à flexibilização da modulação, inclusive em ED.

É de extrema relevância notar que no caso da GDASST não houve sequer qualquer declaração de inconstitucionalidade, como preceitua o *caput* do art. 27 da Lei n.º 9.868. Em nenhum momento os ministros questionaram este ponto. O enfoque do julgamento foi apenas o fato da situação ensejar ou não a modulação.

### 3.3 Modulação em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário e os precedentes

São **cento e cinco** os casos de RE-AgR em que se invocou a possibilidade da modulação. Em nenhum deles houve a utilização efetiva do instrumento, isto é, modulou-se.

Segue tabela trazendo os casos, separados pela turma, a data do julgamento e o tema envolvido. Nesta tabela também trouxe o ministro relator, por ser um dado relevante.

Outro ponto: há muitos outros casos julgados “no mesmo sentido”<sup>106</sup>. Esta tabela só apresenta os resultados que apareceram com aquele termo de pesquisa utilizado. Caso a caso, é possível ver, na indexação, que um julgamento ocorreu em conjunto com diversos outros. Estes outros podem ser analisados na tabela em anexo (Anexo II) à monografia.

N.º do caso	Turma	Data	Ministro	Tema	Modulou
RE-AgR 538889	1ª Turma	07.10.08	Min. Cármen Lúcia	COFINS	NÃO
RE-AgR 516376	1ª Turma	07.10.08		COFINS	NÃO
RE-AgR 467169	1ª Turma	30.09.08		COFINS	NÃO

<sup>106</sup> Os “julgados no mesmo sentido”, foi um meio criado para melhor visualização dos processos julgados com o mesmo tema pela internet. No site, apesar de constar a data do julgamento como sendo a mesma da do processo principal, os processos não foram julgados ao mesmo tempo, apenas pela mesma turma, sob a mesma relatoria.

<b>RE-AgR 470963</b>	1ª Turma	30.09.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 497270</b>	1ª Turma	30.09.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 518513</b>	1ª Turma	30.09.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 509411</b>	1ª Turma	09.09.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 438478</b>	1ª Turma	15.12.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 486094</b>	1ª Turma	31.08.10	Min. Dias Tóffoli	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 537723</b>	1ª Turma	15.12.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 540578</b>	1ª Turma	15.12.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 466649</b>	1ª Turma	09.06.09	Min. Marco Aurélio	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 571734</b>	1ª Turma	07.04.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 507147</b>	1ª Turma	14.12.09	Min. Ricardo Lewandowski	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 569049</b>	2ª Turma	08.09.09	Min. Cezar Peluso	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 587604</b>	2ª Turma	16.12.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 573268</b>	2ª Turma	11.11.08	Min. Celso de Mello	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 587604</b>	2ª Turma	16.12.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 595512</b>	2ª Turma	26.05.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 597215</b>	2ª Turma	26.05.09	Min. Ellen Gracie	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 597215</b>	2ª Turma	26.05.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 534964</b>	2ª Turma	25.11.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 526335</b>	2ª Turma	18.12.07	Min. Gilmar Mendes	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 557942</b>	2ª Turma	11.05.10		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 456182</b>	2ª Turma	21.10.08		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 512891</b>	2ª Turma	17.03.09	Min. Joaquim Barbosa	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 518672</b>	2ª Turma	26.05.09		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 621700</b>	2ª Turma	04.10.11	Min. Ricardo Lewandowski	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 355084</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 583870</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 431643</b>	2ª Turma	22.03.11	Min. Ayres Britto	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 446675</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 461550</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO

<b>RE-AgR 498721</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 502138</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 502767</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 505934</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 508032</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 511177</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 514422</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 520546</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 525644</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 526749</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 528798</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 535590</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 536166</b>	2ª Turma	24.05.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 537707</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 538815</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 539748</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 539829</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 539962</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 542420</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 542645</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 556912</b>	2ª Turma	22.03.11	Min. Ayres Britto	COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 561724</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 561792</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 562258</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 564070</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 564703</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 568683</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 571074</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 572782</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 581761</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 582903</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO



<b>RE-AgR 583870</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 587776</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 590385</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 590412</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 592466</b>	2ª Turma	22.03.11		COFINS	NÃO
<b>RE-AgR 370734</b>	1ª Turma	29.03.05	Min. Sepúlveda Pertence	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 362570</b>	1ª Turma	12.09.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 362578</b>	1ª Turma	27.05.08		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 407813</b>	1ª Turma	27.05.08		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 407813</b>	1ª Turma	27.05.08	Min. Ricardo Lewandowski	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 371937</b>	1ª Turma	26.09.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 380427</b>	1ª Turma	31.05.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 386440</b>	1ª Turma	19.09.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 511572</b>	1ª Turma	22.05.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 403613</b>	1ª Turma	06.09.05		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 451806</b>	1ª Turma	14.12.06	Min. Carlos Britto	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 458404</b>	1ª Turma	28.03.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 353508</b>	2ª Turma	15.05.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 368118</b>	2ª Turma	18.12.06	Min. Celso de Mello	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 497403</b>	2ª Turma	12.02.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 395902</b>	2ª Turma	07.03.06	Min. Celso de Mello	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 392139</b>	1ª Turma	26.04.05		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 487567</b>	2ª Turma	20.11.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 489428</b>	2ª Turma	24.10.06	Min. Eros Grau	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 510336</b>	2ª Turma	17.04.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 439769</b>	2ª Turma	12.02.08		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 440344</b>	2ª Turma	28.11.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 442309</b>	2ª Turma	13.11.07	Min. Gilmar Mendes	IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 442310</b>	2ª Turma	28.11.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 443348</b>	2ª Turma	28.11.06		IPTU	NÃO

<b>RE-AgR 451213</b>	2ª Turma	11.12.07		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 364304</b>	2ª Turma	03.10.06		IPTU	NÃO
<b>RE-AgR 490277</b>	2ª Turma	04.03.08	Min. Gilmar Mendes	ISS	NÃO
<b>RE-AgR 386954</b>	1ª Turma	28.10.08	Min. Cármen Lúcia	IPI	NÃO
<b>RE-AgR 372005</b>	2ª Turma	29.04.08	Min. Eros Grau	IPI	NÃO
<b>RE-AgR 561023</b>	2ª Turma	01.04.08		IPI	NÃO
<b>RE-AgR 356422</b>	1ª Turma	16.09.08	Min. Marco Aurélio	TCLLP	NÃO
<b>RE-AgR 367466</b>	1ª Turma	16.09.08		TCLLP	NÃO
<b>RE-AgR 387961</b>	1ª Turma	02.09.08		TCLLP	NÃO
<b>RE-AgR 293710</b>	1ª Turma	19.09.06	Min. Ricardo Lewandowski	TCLLP	NÃO
<b>RE-AgR 516296</b>	2ª Turma	10.04.07	Min. Joaquim Barbosa	TCLLP	NÃO
<b>RE-AgR 273074</b>	2ª Turma	18.12.07	Min. Cezar Peluso	TCLLP	NÃO

Os casos, como se pode notar, são divididos em cinco temas, sendo todos eles relacionados algum tributo, quais sejam: COFINS, IPTU, ISS, IPI e TCLLP (taxa de coleta de lixo e limpeza pública).

### 3.3.1 Crítica

Não houve modulação, em nenhum dos casos. O que é curioso notar são dois aspectos dos julgamentos: (i.) a força dos precedentes para se firmar um posicionamento e (ii.) a diferença argumentativa entre as turmas.

Em anexo ao presente trabalho (Anexo II), além dos casos julgados “no mesmo sentido”, listei todas as citações de precedentes em cada caso. Não analisei precedente por precedente, até porque isto demandaria um outro trabalho, cujo escopo seria diverso deste, mas já se pode notar uma certa coerência nos casos citados pelas turmas nos julgamentos, isto é, são quase sempre os mesmo casos citados.

O curioso é que um mesmo precedente é utilizado, mas a argumentação que norteia o julgamento pode ser diversa. Diferentemente

do tratamento “caso a caso” dado até o momento aos resultados da pesquisa, aqui, como são muitos casos repetitivos, vou tratar de alguns mais emblemáticos que justifiquem esta minha percepção.

No julgamento dos casos da COFINS, não há muita dúvida: os precedentes mais citados são os RE 377.457 e 381.964. A repercussão é imensa, visto que só na tabela trazida já são sessenta e nove casos, sendo que tem aqueles ainda julgados “no mesmo sentido”.

O caso mais antigo foi julgado em 18.12.2007, RE-AgR 526.335, Min. Relator Gilmar Mendes, enquanto o mais recente é deste ano, julgado em 04.10.11, Min. Relator Ricardo Lewandowski. O primeiro deu ensejo aos ED, RE-AgR-ED 526.335, já estudados. Quando em agravo não houve discussão na turma, sendo julgado de acordo com os precedentes. O Min. Gilmar Mendes também ressaltou não haver no caso os pré-requisitos para a modulação.

Os casos em que houve maior digressão foram os casos julgados pelo Min. Celso de Mello<sup>107</sup>. Como o ministro já fez outras vezes, ele alinhou seu julgamento aos precedentes da Corte, entende que não poderia haver a modulação por este alinhamento, mas ressalva seu posicionamento pessoal favorável, entendendo que seria sim possível modular.

Também no RE-AgR 507.147, Min. Relator Ricardo Lewandowski, em que houve grande discussão entre os ministros da turma, visto que o julgamento do caso iniciou antes do julgamento dos precedentes sempre citados. No final, com o julgamento dos RE 377.457 e RE 381.964, a decisão tomou um rumo na pacificação do entendimento.

Um tema que teve mais diferenças na argumentação dos ministros foi o do IPTU da cidade do Rio de Janeiro. Havia uma norma, anterior à CF/88, que foi declarada não recepcionada. O Município, contrário à decisão, recorreu com diversos agravos regimentais.

É notável a evolução da jurisprudência no uso da modulação dos efeitos neste tema. O caso mais antigo foi julgado em 29.03.05, RE-AgR

---

<sup>107</sup> RE-AgR 587604, RE-AgR 573268, RE-AgR 587604.

370.734, Min. Relator Sepúlveda Pertence. O que norteou o julgamento pelo ministro foi a impossibilidade de modulação em controle difuso, um posicionamento completamente contrário ao de hoje. Este ainda era o entendimento em 2005, de alguns ministros.

Houve ainda dois casos<sup>108</sup> em que o Min. Celso de Mello discorreu sobre a possibilidade da modulação em controle difuso, das divergências doutrinárias e de que seria sim possível haver a modulação em controle difuso. Curioso é notar que o caso tem um argumento controverso dentro da própria Corte contra a modulação: ora, a declaração que teria havido é a de não recepção, não de inconstitucionalidade da norma. Se a modulação é só para os casos em que teria havido a declaração de inconstitucionalidade, logo não teria porque trazer este instrumento para a não recepção de normas pela CF/88.

Não obstante a não recepção abarque os mesmo efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a modulação não se aplicaria por conta de disposição expressa em lei (só haveria modulação em declaração da inconstitucionalidade), na visão do ministro.

Este mesmo tipo de intervenção de reflexão sobre a modulação dos efeitos foi feita pelo Min. Gilmar Mendes no voto do Min. Eros Grau, no âmbito da segunda turma, no RE-AgR 489.428. O Min. Eros Grau seguia uma mesma linha de raciocínio: sem os pressupostos, não teria nem porque levantar a necessidade de modulação. No entanto, o Min. Gilmar Mendes fez questão de posicionar-se contra aquele argumento de não poder modulação em não recepção. Para o ministro, poderia sim haver modulação nestes casos. Argumenta, *in casu*, que se cuida "(...) de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior (...). Transita-se no terreno de situações imperfeitas e de 'lei ainda constitucional', com fundamento na segurança jurídica"<sup>109</sup>. Após citar precedentes de casos de não recepção, aduz o ministro: "como mencionado, fica evidente o expressivo passo dado pelo Supremo Tribunal com relação à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, ao reconhecer um estado

---

<sup>108</sup> RE-AgR 353508 e RE-AgR 395902.

<sup>109</sup> STF: RE-AgR489.428/RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.10.06, p. 9.

insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei ou bastante para justificar a sua aplicação provisória. É inegável que a opção desenvolvida pelo Supremo Tribunal inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do 'apelo ao legislador', especialmente nas situações imperfeitas ou no 'processo de inconstitucionalização'. Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua aplicação temporária. (...) Assim, razões de segurança jurídica podem revelar-se, igualmente, aptas a justificar a adoção da modulação de efeitos também em sede de declaração de não recepção da lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente"<sup>110</sup>.

Por razões relacionadas ao mérito, não entendeu que haveria os pressupostos para a modulação (analisando-se pela ponderação com a segurança jurídica). Mesmo assim, quis firmar um entendimento.

Este julgamento foi em 2006. Neste ano, bem como no ano de 2007, já é possível notar mudanças na linha argumentativa dos julgamentos. A divergência entre as turmas passou a ser mais próxima do que temos hoje. Enquanto o Min. Celso de Mello<sup>111</sup> argumentava no sentido de não poder a modulação porque não havia quórum qualificado, e que, "mesmo se superado tal óbice", não assistira razão à agravante, o Min. Ricardo Lewandowski<sup>112</sup> argumentava pela impossibilidade da modulação apenas por conta do quórum qualificado, e embasava seu entendimento inclusive na reconhecida divergência argumentativa das turmas. Mesmo na divergência, ambas as turmas negavam a modulação.

Curioso também notar que apenas em alguns casos, mais especificamente nos casos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, é levantada a questão da súmula 668 do STF, de 24.09.03, que diz: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana". O

---

<sup>110</sup> Op. Cit., p. 13.

<sup>111</sup> RE-AgR 368118 e RE-AgR 497403.

<sup>112</sup> RE-AgR 362570, RE-AgR 362578, RE-AgR 407813, RE-AgR 371937, RE-AgR 380427 e RE-AgR 386440.

ministro utiliza-a mais como um fundamento para o mérito da questão, para trazer que *in casu* não poderia modular, mesmo entendendo ser possível nos casos de não recepção da norma.

No caso do ISS, bem como no caso do IPI, não teve grandes discussões: não teria havido os pressupostos e havia pacífica jurisprudência.

Nos casos da TCLLP, a argumentação da primeira turma é diferente, novamente, dos argumentos trazidos pela segunda, sendo que ambas negam a modulação. Destaque-se que tal qual o caso da progressividade do IPTU, acima discutido, a TCLLP também não teria sido recepcionada pela CF/88.

São dois os ministros que julgam esta temática na 1ª turma, Min. Ricardo Lewandowski e Min. Marco Aurélio. Para o segundo, “inexiste, na Carta da República, qualquer dispositivo que, interpretado e aplicado, conduza à fixação do termo inicial da glosa de inconstitucionalidade em data posterior ao do surgimento, na ordem jurídica, do diploma que se declarou conflitante com a Constituição Federal. Isso configuraria estímulo à edição de diplomas inconstitucionais e, o que é pior, relativamente a normas tributárias, ao enriquecimento sem causa por parte do Município, em detrimento dos contribuintes que já arcam com grande carga de tributos. Vale frisar, mais uma vez, que se está diante de um processo subjetivo a envolver o controle difuso de constitucionalidade”<sup>113</sup>. Para o ministro, isto seria suficiente para negar a modulação. O Min. Ricardo Lewandowski<sup>114</sup>, no entanto, explica que não houve pedido pela modulação, sendo que não poderia haver novos pedidos em sede de Agravo Regimental.

A diferença mesmo vem com os julgamentos da 2ª turma. O Min. Joaquim Barbosa, como outras vezes, aduz que deveria haver maior parcimônia na aplicação da modulação nos casos tributários. **Seria possível**, se demonstrada a excepcionalidade, mas que não seria o caso, ajustando seu entendimento ao da Corte (pela temática, cita os precedentes

---

<sup>113</sup> STF: RE-AgR 367.466/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.09.08, p. 8.

<sup>114</sup> RE-AgR 293.710.

do IPTU na cidade do Rio de Janeiro, visto que a TCLLP também era anterior à CF/88). O Min. Cezar Peluso não inova, nem traz mais elementos à discussão: ajusta seu entendimento aos precedentes, negando a modulação.

#### **4. Conclusão**

Em linhas gerais, é perceptível a evolução do instrumento da modulação dos efeitos na nossa jurisprudência. Muito do que tem sido feito em sede de controle difuso é lastreado pela doutrina (na maior parte estrangeira), em releituras ou interpretações da própria jurisprudência do STF e de outros Tribunais Constitucionais do mundo (principalmente a Corte norte-americana e alemã). A legislação é clara; o que se buscou demonstrar no presente trabalho é a adaptação da legislação a partir da releitura do próprio STF.

A troca dos ministros mostra-se relevante. Houve uma grande mudança na percepção dos ministros sobre a modulação em controle difuso, trazida pela alteração na composição do STF. Só para lembrar, no período entre 2003 e 2007, saíram cinco ministros (o Min. Nelson Jobim saiu em 2006, o Min. Maurício Correa, em 2004, o Min. Ilmar Galvão em 2003, o Min. Carlos Velloso em 2006 e o Min. Sepúlveda Pertence em 2007). Quase 50% da Corte foi alterada em quatro anos.

Ainda é perceptível a polarização dos dois mais antigos. O Min. Celso de Mello, de um lado, mais flexível, se demonstrada a excepcionalidade; e o Min. Marco Aurélio, de outro, mais resistente.

Há quem alegue que não há previsão constitucional para a modulação, que deveria ter sido instituída por emenda constitucional.

Este argumento, no entanto, não convence para alguns ministros. O Min. Ricardo Lewandowski, por exemplo, aduz que o STF, como “guarda da Constituição” (com fulcro no art. 102, *caput* da CF), tem um poder político, cujo exercício comportaria certa discricionariedade para modular os efeitos

das próprias decisões. Este múnus político teria o condão de trazer efetividade ao princípio da Supremacia da Constituição<sup>115</sup>.

Acrescenta, complementando, que o requisito da necessidade é essencial, isto é, deve haver a necessidade de preservação da estabilidade das relações jurídicas pré-existentes. Tal se daria através do múnus político do Tribunal, que seria balizado pelo “prudente arbítrio” do STF<sup>116</sup>.

Estes argumentos do ministro são riquíssimos. Dele, é possível extrair pontos analisados no presente trabalho, como o “prudente arbítrio” ou o papel de “guarda da Constituição”. É sob esta função que o STF encontra razões para justificar muitas das suas posições recentes, inovadoras.

Seguindo esta idéia, e buscando concluir o trabalho, realçarei novamente as hipóteses que trouxe no tópico da metodologia.

- “A segurança do Estado vem em primeiro lugar, visto que se o Estado falir, os mais afetados serão os cidadãos”.

Não foi possível confirmar, por este trabalho, esta hipótese. É relevante o fato da parcimônia necessária nos casos que envolvem litígio entre o Estado e o contribuinte, como bem salientou o Min. Joaquim Barbosa em algumas oportunidades, porém, esta preferência pelo Estado ou pelo contribuinte é casual. Na verdade, aparentemente, avalia-se as consequências da decisão para adequar a modulação, bem como se seria possível a reconstituição da situação anterior (o “*status quo ante*”). Mas estes pontos, pelo menos nos casos estudados, foram trazidos com mais ênfase no caso do ICMS do Estado do Rio de Janeiro.

Talvez seja possível aduzir que o Min. Marco Aurélio, quando cita o estímulo dado ao Estado para edição de normas inconstitucionais com a modulação como meio de garantia que este não pague o devido pelo erro cometido, seria um meio de preservação do cidadão. Porém é muito forçoso, e uma análise minuciosa dos dados estatísticos trazidos dos efeitos práticos da decisão, bem como um estudo posterior do que de fato ocorreu,

---

<sup>115</sup> Op. Cit., p. 191.

<sup>116</sup> Op. Cit., p. 188 e 189.



poderia trazer se há, por trás dos argumentos, alguma ideia de proteção, se do Estado ou do contribuinte.

Um caso que foi possível e trazido argumentos pró e contra a modulação quanto a dados estatísticos, de necessidade, foi o caso dos Defensores públicos de Minas Gerais. Pela ponderação realizada, concluiu-se que seria melhor defender aqueles que tinham prestado concurso, aprovados mas não nomeados, em detrimento daqueles que não eram concursados após a CF/88. Neste caso foi claro a medida da consequência para definir se modulavam ou não.

- “Mais do que implícito, a modulação dos efeitos é uma questão de ordem pública, podendo ser argüida de ofício”.

Esta posição tem sido muitas vezes trazida pelos ministros em sede de ED, muito embora não tenha prevalecido sempre, como se pôde ver. Parece que alguns ministros estão buscando assentar esta interpretação, porém há resistência de outros ministros, como o Min. Marco Aurélio<sup>117</sup>, que em diversas oportunidades rejeitou a modulação nesta hipótese.

Denota a maior expansão do conceito de modulação de alguns ministros até o momento.

- “A alegação de ‘estado de inconstitucionalidade’ vem sendo utilizada de modo a calibrar as decisões do STF, tornando-as menos ligada à aspectos formais, mas sim na busca da ‘melhor solução’ (na visão dos ministros)”.

Foi possível depreender este aspecto em muitos dos casos analisados. Quem levantou esta necessidade da melhor decisão foram os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello. Não que os outros não tenham concordado, mas quem mais trouxe elementos para sustentar esta hipótese foram estes três ministros.

---

<sup>117</sup> Ressalte-se que o ministro só veio modular uma decisão em RE 12 anos após a criação do instrumento, no caso do Concurso para ingresso nas Forças Armadas, julgado em 2011, o que já denota sua resistência, visto que o primeiro caso em que houve a modulação neste recurso havia sido em 2004.

No início, o Min. Celso de Mello também era reticente quanto à aplicação da modulação em controle difuso. No entanto, houve uma mudança na sua percepção do controle de constitucionalidade. Há realmente uma tendência em aproximar certos aspectos do controle concentrado com o controle difuso, principalmente com a maior abrangência das decisões deste controle, com a repercussão geral e a utilização dos precedentes para se firmarem entendimentos. É possível enxergar, pelo viés da modulação, esta aproximação também.

Uma das conclusões a que Flávio Beicker chegou na sua pesquisa foi que não haveria problema em se admitir que a modulação envolve um “cálculo político”, inclusive envolve uma atuação estratégica<sup>118</sup>. Sendo assim, há uma discricionariedade estratégica na modulação, como forma de melhor definir os efeitos da decisão, um exercício que pode ser político da corte.

Esta discricionariedade é perceptível nos casos julgados. No caso do ICMS do Estado do Rio de Janeiro, o impasse era entre o Estado pagar tudo o que devia para a sua Capital referente aos repasses não feitos, sob pena de prejuízo para os outros municípios que não receberiam durante o tempo os seus repasses (visto o volume devido só para a Capital), parcelava-se ou modulava-se os efeitos, sem o retorno dos repasses indevidamente não pagos. Ora, a discricionariedade política aqui ficou evidente. Alguns ministros através do argumento consequencialista da “quebra do Estado” queriam modular a decisão. Por fim, prevaleceu a necessidade do pagamento devido.

O caso demonstra que o julgamento dos ministros passa pela análise do “estado de inconstitucionalidade” trazido pelo Min. Gilmar Mendes, isto é, em argumentos fáticos, da realidade, que avaliaram precipuamente quais são as consequências envolvidas.

- “A ponderação sobre os pressupostos normalmente é consequencialista. Os aspectos jurídicos muitas vezes são preteridos por critérios práticos, de fato”.

---

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa. Op. Cit., p. 64.

Partindo da premissa supra da modulação como um instrumento de cálculo estratégico, é necessário ressaltar o viés político do papel do STF de “guardião da constituição”. Nesse sentido, as questões formais seriam ponderáveis com princípios da CF, ou seja, não seriam questões absolutas, como outrora se argumentava (vide o voto do Min. Sepúlveda Pertence, citado no capítulo 3.3.1, em que, se a lei era silente sobre a modulação em controle difuso, não deveria ser utilizado este instrumento).

Esta atuação política, no entanto, pode gerar um ambiente de instabilidade, numa Corte em que algumas vezes não há uma posição consolidada sobre determinado tema. A opinião dos ministros em diversas oportunidades não são claras, o que dá margem para atuações diversas, discricionárias, a depender do caso.

Todavia, esta atuação do Judiciário denota a preocupação que os magistrados e os ministros têm tido com a repercussão social das suas decisões. A busca pela melhor resolução do caso prático faz com que os ministros busquem alternativas menos formalistas, através de conceitos doutrinários e de experiências de outras Cortes.

Não que não possa haver inovação com relação aos instrumentos, mas que estas inovações sejam plenamente fundamentadas e com o mínimo de coerência. A própria aplicação da modulação em RE (que teve uma trajetória pouco clara, com diferentes fundamentações), ou em omissão nos ED (até se chegar ao ponto de se considerar a modulação como questão de ordem pública) são passos largos e que expandem um instrumento para muito além daquilo previsto pelo legislador.

Daí, aquela inovação ao invés de trazer a melhor solução, gera uma maior instabilidade, algo que o Min. Marco Aurélio, por exemplo, condena veementemente. Na p. 41 da presente pesquisa, por exemplo, há trecho do ministro destacando exatamente esta tendência de flexibilização do tribunal. O ministro considera que a ordem jurídica posta deve ser preservada acima de tudo, um preço módico pra se viver num Estado de Direito.

- “O lastro em precedentes auxilia para que a modulação venha se adequando à realidade das reformas políticas e jurídicas pelas quais o país

está passando, sendo que os precedentes têm sido largamente utilizados. A utilização deles, no entanto, varia muito, de acordo com o Ministro que está votando”.

É possível notar neste trabalho que os precedentes são usados, principalmente, para o julgamento de massa de processos sob uma mesma temática (caso da COFINS é emblemático). Esta é uma das utilizações salutares dos precedentes, até como uma forma de desafogar o STF do número de casos de uma mesma temática, como meio de dar maior eficiência ao processo decisório.

A própria Min. Ellen Gracie sugeriu, no caso dos produtores rurais, em que restou vencida, que a modulação seria um instrumento para evitar que novos processos de uma mesma temática entrem no STF, de modo a criar-se um precedente que pacificasse uma decisão, de acordo com a política judiciária adotada a partir da EC n.º 45/04 (criação da repercussão geral, por exemplo).

Os ministros não entram exatamente neste ponto, mas os casos da COFINS e do IPI demonstram a larga utilização de precedentes (normalmente um ou dois casos principais são citados, bem como outros secundários, para demonstrar que naquela turma há certa linha de pensamento, ou para demonstrar que há divergência argumentativa, mas o resultado é igual em ambas as turmas). Houve centenas de julgamentos baseados em apenas alguns casos. Diminuiu o trabalho dos ministros, uma busca que vem sendo empreendida no âmbito do STF com o apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No entanto, nos casos paradigmáticos, como o RE 197.917, ou da ADI-ED 3.601, primeiros casos de modulação em RE e em ED, respectivamente, não é possível definir uma *ratio decidendi* clara, apesar de configurarem precedentes lógicos de inovação no instrumento (visto que são os primeiros). Nesse sentido, as diferentes *rationes* podem servir como

garantia de que aquela decisão pode ser usada ou não como precedente, de modo que aquela decisão não gere efeitos indesejáveis *a posteriori*<sup>119</sup>.

Na entanto, na medida em que não há uma *ratio* clara, o jurisdicionado não tem como formar uma expectativa da decisão que virá, o que emprega instabilidade ao sistema de controle de constitucionalidade.

Ainda, o atual modo de votação e de argumentação da Corte favorece a formação da *ratio decidendi* de cada ministro, não da Corte<sup>120</sup>. Tal, no entanto, não é de todo ruim, dependerá do viés que se analisa.

Sem dúvida há um caminho sendo trilhado. Bem como levantado na pesquisa de Flávio Beicker, a modulação tem sido utilizada como instrumento para conferir primazia a um dos interesses envolvidos na lide<sup>121</sup>, um verdadeiro cálculo político que traz subsídios para uma efetiva reforma do judiciário.

O fato de haver diferentes *rationes*, nesse sentido, configuraria um potencial democrático, na medida em que como a decisão final sobre determinado assunto traz não só a linha argumentativa vencedora (mas outros argumentos), a inclusão de novos participantes numa lide (ou alteração de composição da Corte) abriria espaço para a argumentação em cima de alguma das teses vencidas outrora. Afinal de contas, o direito é dinâmico e depende da composição social, econômica e jurídica, bem como da regulamentação de novos temas que nunca haviam sido discutidos na Corte, por exemplo.

Saliente-se que uma cultura fortalecida dos precedentes é indispensável para haver este potencial democrático. Aquela decisão

---

<sup>119</sup> Bem como trazem Adriana Vojvodic, Ana Mara França e Evorah Lusci Costa, "joga para o tempo futuro a decisão sobre qual linha argumentativa deve prevalecer". Cf., VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. "Escrevendo um romane, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF". Revista Direito GV, jan.-jul. 2009. São Paulo: Editora FGV, n.º 9. P. 38.

<sup>120</sup> Op. Cit., p. 38. Cf., também, MENDES, Conrado Hübner. "11 Ilhas". Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo do dia 01.02.2010, em Tendências e Debates. Disponível, em 11.11.11, no site: [HTTP://acervo.folha.com.br/fsp/2010/02/01/2](http://acervo.folha.com.br/fsp/2010/02/01/2).

<sup>121</sup> Cf., ob. Cit., OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa, p. 63.

tomada na Corte Suprema deve ser reconhecida perante os tribunais inferiores, como precedente vinculante<sup>122</sup>.

E hoje, seria possível dizer que o tribunal está mais flexível? Bem, se pensarmos que o primeiro precedente mais flexível, RE 197.917, foi julgado em 2002, podemos dizer que não, que o tribunal caminha numa direção que já vinha sendo clara; agora, se analisarmos que o primeiro caso de modulação em outros instrumentos, como em sede de ED, veio em 2010, poderíamos até colocar que a atual composição da Corte é mais flexível, mas esta análise demandaria o estudo de casos em que houve declaração de inconstitucionalidade em HC, ou em AI, por exemplo.

É certo que a Corte está mais preocupada com a repercussão econômico-social das suas decisões. O fato dos ministros terem posições doutrinárias muitas vezes diversas, bem como o fato da doutrina ter sido fonte largamente utilizada para o exercício da argumentação, favorece esta preocupação da Corte com os resultados práticos das decisões.

- "Os ministros diferenciam pouco se o processo está em sede de controle abstrato ou concentrado. O que se analisa é se a decisão será efetiva ou não, quais os riscos que ela trará. Além disso, com o instrumento da repercussão geral, o controle concentrado se equiparou ao difuso quanto aos seus efeitos".

Até meados de 2005, antes da EC n.º 45, a diferenciação entre controle concentrado e difuso para aplicação da modulação era mais clara. O precedente citado RE 197.917, de 2004, sem dúvida também começou a mudar esta diferenciação absoluta. O caso da prescrição e decadência tributárias, em 2008, sedimentou esta mudança. Até mesmo o caso da isenção de COFINS, apesar de não ter havido a modulação, mostrou uma grande ala dos ministros favorável à flexibilização neste caso, inclusive com as "ressalvas pessoais", apesar do entendimento do Tribunal, que muitos fizeram em sede de ED e de RE-AgR.

---

<sup>122</sup> Tal o entendimento que pode ser encontrado no artigo "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF", Op. Cit., p. 39 e 40.

De fato há uma grande preocupação com os efeitos, muito mais do que com o instrumento utilizado. A repercussão geral, baseada na idéia de objetivação do RE, está atribuindo a este recurso efeitos maiores do que o caso *inter partes*. Não chega a ser *erga omnes*, mas já denota uma abrangência maior da decisão tomada no caso em concreto, inclusive no tocante aos efeitos da modulação.

Em suma, as construções jurisprudenciais em sede de modulação dos efeitos têm sido a base para sua aplicação, com certa parcimônia. Os ministros ainda estão comedidos, há um verdadeiro *self restraint*, mas a ala mais favorável à flexibilização vem ganhando força (a própria possibilidade de arguição sem pedido das partes, retirando da inércia o judiciário, é uma hipótese clara de flexibilização).

Há ganhos que podem advir deste ambiente de Reforma. Certo é, no entanto que os pressupostos têm que restar claros no julgamento, bem como a reserva do plenário ser respeitada.

Por fim, é possível aduzir que não há limites instrumentais claros para a modulação dos efeitos. Sob roupagem de interpretação do que é esperado pelo seus pressupostos, há desvinculação do instrumento com sua aplicação originária (qual seja, no controle concentrado, bem como prevê o art. 27 da Lei n.º 9.868/99), para uma aplicação mais abrangente em diversos instrumentos, até porque os pressupostos são subjetivos. É, portanto, uma trajetória que ainda não se vislumbra ter fim.

## 5. Bibliografia

MENDES, Conrado Hübner. "11 Ilhas". Artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, do dia 01.02.2010, em Tendências e Debates. Disponível, em 11.11.2011, no site: <http://acervo.folha.com.br/fsp/2010/02/01/2>.

MENDES, Gilmar Ferreira in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009: 4ª edição.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa. "O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais". Esta monografia apresentada em 2008, como conclusão da Escola de Formação da SBDP. Disponível, em 10.09.11, no site: [http://sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=113](http://sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=113). 67 páginas.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2010: 1ª edição. 502 páginas.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. "Escrevendo um romane, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF". Revista Direito GV, jan.-jul. 2009. São Paulo: Editora FGV, n.º 9. 24 páginas.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2008, 24ª edição. 384 páginas.



## Anexo I

<b>N.º do caso</b>	<b>Data e órgão de Julgamento</b>	<b>Tema</b>	<b>Modula ?</b>	<b>Min. Relator</b>	<b>No mesmo sentido:</b>
<b>AI-AgR-ED 523223</b>	17.08.10 1ª turma	COFINS	NÃO	Min. Ricardo Lewandowski	Não teve
<b>AI-AgR-ED 650371</b>	17.08.10 1ª turma		NÃO		Não teve
<b>RE-AgR-ED 524363</b>	18.05.10 1ª turma		NÃO		Não teve
<b>RE-AgR-ED 574007</b>	17.03.09 1ª turma		NÃO	Min. Cármen Lúcia	AI-AgR-ED 604448, AI-AgR-ED 614094, RE-AgR-ED 501954, RE-AgR-ED 466847, RE-AgR-ED 532794, RE-AgR-ED 538193, RE-AgR-ED 542647, RE-AgR-ED 522395, RE-AgR-ED 546204, RE-AgR-ED 548392, RE-AgR-ED 576660, RE-AgR-ED 577122, AI-AgR-ED 612199, RE-AgR-ED 579855, AI-AgR-ED 698361, AI-AgR-ED 673439, AI-AgR-ED 648354, RE-AgR-ED 476119, RE-AgR-ED 490443, RE-AgR-ED 494525, RE-AgR-ED 499213
<b>RE-AgR-ED-ED 402098</b>	31.03.09 2ª turma		NÃO	Min. Cezar Peluso	RE-AgR-ED 503091 e AI-AgR-ED 472896
<b>RE-AgR-ED 574052</b>	11.11.08 2ª turma		NÃO	Min. Celso de Mello	RE-AgR-ED 570684, RE-AgR-ED 570583, RE-AgR-ED 567860, RE-AgR-ED 560419, RE-AgR-ED 540713, RE-AgR-ED 539965, RE-AgR-ED 515351
<b>RE-AgR-ED 526335</b>	28.10.08 2ª turma		NÃO	Min. Ellen Gracie	RE-AgR-ED 558017, RE-AgR-ED-ED 564248, RE-AgR-ED

					564248 RE-AgR-ED 517414, RE-AgR-ED 561333, RE-AgR-ED 535858, RE-AgR-ED 526440, RE-AgR-ED 536014, RE-AgR-ED 566768
<b>AI- AgR-ED 633563</b>	19.04.11 2ª turma		NÃO	Min. Celso de Mello	Não teve
<b>AI- AgR-ED 706866</b>	30.09.08 2ª turma		NÃO	Min. Ellen Gracie	Não teve
<b>RE- AgR-ED 553223</b>	19.08.08 2ª turma	ISS	NÃO	Min. Joaquim Barbosa	Não teve
<b>AI- AgR- ED 440 881</b>	18.12.06 1ª turma		NÃO	Min. Eros Grau	RE-AgR-ED-ED 372452, AI-AgR-ED 524900.
<b>AI- AgR-ED 527297</b>	15.12.09 1ª turma		NÃO	Min. Ricardo Lewandowski	Não teve
<b>AI- AgR- ED 421 354</b>	15.05.07 2ª turma		NÃO		Não teve
<b>AI- AgR- ED 490 875</b>	18.12.06 2ª turma	IPTU	NÃO		Não teve
<b>AI- AgR- ED 417 014</b>	18.12.06 2ª turma		NÃO	Min. Celso de Mello	AI-AgR-ED 598242, AI-AgR-ED 623809, RE-AgR-ED-ED 405462, AI-AgR-ED 548117, AI-AgR-ED 584656, AI-AgR-ED 594694, AI-AgR- ED596357, AI-AgR- ED 598252, AI- AgR-ED 453071, AI-AgR-ED 456668, AI-AgR-ED 450338, AI-AgR-ED 467951, AI-AgR-ED 473133, AI-AgR-ED 473490, AI-AgR-ED 476262, AI-AgR-ED 488766, AI-AgR-ED 491537, AI-AgR-ED 499392,

					AI-AgR-ED 500811, AI-AgR-ED 500921, AI-AgR-ED 500923, AI-AgR-ED 503651, AI-AgR-ED 513125, AI-AgR-ED 520884, AI-AgR-ED 525912, AI-AgR-ED 526186, AI-AgR-ED 527433, AI-AgR-ED 532043, AI-AgR-ED 533753, AI-AgR-ED 535265, AI-AgR-ED 541424, AI-AgR-ED 542021, AI-AgR-ED 544518, AI-AgR-ED 547241, AI-AgR-ED 559028, AI-AgR-ED 562668, AI-AgR-ED 589281
<b>RE-AgR-ED 371 089</b>	18.12.06 2ª turma	IPTU	NÃO	Min. Celso de Mello	AI-AgR-ED 608916, AI-AgR-ED 630542, AI-AgR-ED 589789, RE-AgR-ED 383962, AI-AgR-ED 457190, AI-AgR-ED 463026, AI-AgR-ED 472835, AI-AgR-ED 488841, AI-AgR-ED 497172, AI-AgR-ED 497431, AI-AgR-ED 507386, AI-AgR-ED 515856, AI-AgR-ED 526340, AI-AgR-ED 533632, AI-AgR-ED 541183, AI-AgR-ED 547152, AI-AgR-ED 551517, AI-AgR-ED 582280, AI-AgR-ED 597857
<b>AI-AgR-ED 478398</b>	22.06.05 1ª turma		NÃO	Min. Eros Grau	Não teve
<b>ADI-ED 3601</b>	09.09.10 Pleno	Polícia Civil do DF	SIM	Min. Dias Toffoli	Não teve
<b>AI-AgR-ED 529 763</b>	25.10.05 2ª turma	Ação de indenização	SIM (manutenção da decisão)	Min. Carlos Veloso	Não teve
<b>ADI-ED 2791</b>	22.04.09 Pleno	Pensão no PR	NÃO	Min. Celso de Mello	Não teve

<b>ADI-ED 3819</b>	17.06.10 Pleno	Defensores de MG	SIM (manutenção da decisão)	Min. Eros Grau	Não teve
<b>RE-ED 572052</b>	16.03.11 Pleno	GDASST extendida	NÃO	Min. Ricardo Lewandowski	Não teve
<b>RE-ED 500171</b>	16.03.11 Pleno	Taxa de matrícula	SIM	Min. Ricardo Lewandowski	Não teve
<b>RE-ED 592148</b>	25.08.09 2ª turma	COFINS	NÃO	Min. Celso de Mello	Não teve
<b>AI-ED 553928</b>	15.12.09 1ª turma		NÃO	Min. Dias Toffoli	Não teve
<b>AI-ED 564083</b>	17.08.10 1ª turma		NÃO	Min. Ricardo Lewandowski	AI-ED 610321.
<b>RE- AgR-ED 494525</b>	28.10.08 1ª turma		NÃO	Min. Cármen Lúcia	Não teve
<b>RE-ED 547630</b>	28.10.08 1ª turma		NÃO		Não teve
<b>RE-ED 494534</b>	01.06.10 1ª turma		NÃO	Min. Dias Toffoli	Não teve
<b>RE-ED 419905</b>	28.10.08 2ª turma		IPI	NÃO	Min. Cármen Lúcia
<b>AI-ED 742457</b>	14.06.11	Taxa de iluminação	NÃO	Min. Gilmar Mendes	Não teve

## Anexo II

N.º do caso	Órgão	Ministro	Tema	Modulou?	Julgados no mesmo sentido
<b>RE-AgR 538889</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 526813, RE-AgR 509709, RE-AgR 515890, RE-AgR 538193, RE-AgR 545177, RE-AgR 552300, RE-AgR 579548, RE-AgR 502180, RE-AgR 504284, RE-AgR 504538, RE-AgR 509373, RE-AgR 511112, RE-AgR 514881, RE-AgR 516390, RE-AgR 522819, RE-AgR 526946, RE-AgR 535320, RE-AgR 538744, RE-AgR 542635, RE-AgR 547706, RE-AgR 562930, RE-AgR 576923, RE-AgR 578446, RE-AgR 579855.
<b>RE-AgR 516376</b>	1ª Turma	Min. Cármen Lúcia	COFINS	NÃO	- RE-ED 501954, RE-ED 509286, RE-ED 516107, RE-ED 516712, RE-ED 522395, RE-AgR 473224, RE-AgR 476119, RE-AgR 488872, RE-AgR 490443, RE-AgR 505793, RE-AgR 508838, RE-AgR 512995, RE-AgR 515984, RE-AgR 516143, RE-AgR 527535, RE-AgR 528967, RE-AgR 532794, RE-AgR 533807, RE-AgR 535586, RE-AgR 537198, RE-AgR 537551, RE-AgR 539476, RE-AgR 539779, RE-AgR 540091, RE-AgR 542404, RE-AgR 542647, RE-AgR 542810, RE-AgR 550574, RE-AgR 553273, RE-AgR 555483, RE-AgR 565177, RE-ED 574007.
<b>RE-AgR 467169</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 459633, RE-AgR 467174, RE-AgR 471136, RE-AgR 476067, RE-AgR 499220, RE-AgR 511240, RE-AgR 512972, RE-AgR 514049, RE-AgR 520014, RE-AgR 521321, RE-AgR 525761, RE-AgR 531312, RE-AgR 531345, RE-AgR 535857, RE-AgR 542457,

					RE-AgR 544332, RE-AgR 545979, RE-AgR 551311, RE-AgR 552132, RE-AgR 552774, RE-ED 554414, RE-AgR 557977, RE-ED 563113, RE-AgR 564048, RE-AgR 570857, RE-AgR 572349, RE-AgR 576660, RE-AgR 577122.
<b>RE-AgR 470963</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 517229.
<b>RE-AgR 497270</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 518513</b>	1ª Turma	Min. Cármen Lúcia		NÃO	- RE-AgR 500414, RE-AgR 500416, RE-AgR 502283, RE-AgR 502286, RE-AgR 502363, RE-AgR 503363, RE-AgR 503365, RE-AgR 503369, RE-AgR 503371.
<b>RE-AgR 509411</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 438478</b>	1ª Turma		COFINS	NÃO	- RE-AgR 499729, RE-AgR 525837, RE-AgR 582900, RE-AgR 562366, RE-AgR 489688, RE-AgR 564483, RE-AgR 558785, RE-AgR 549356, RE-AgR 542268, RE-AgR 537431, RE-AgR 524380, RE-AgR 518609, RE-AgR 510836, RE-AgR 505575
<b>RE-AgR 486094</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 537723</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 540578</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 581461 e RE-AgR 582176
<b>RE-AgR 466649</b>	1ª Turma	Min. Marco Aurélio		NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 571734</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 507147</b>	1ª Turma	Min. Ricardo Lewandowski		NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 569049</b>	2ª Turma	Min. Cezar Peluso		NÃO	- RE-AgR 563249.
<b>RE-AgR 58</b>	2ª Turma	Min. Celso de		NÃO	- RE-AgR 574446, RE-AgR 585936.

<b>7604</b>		Mello	COFINS		
<b>RE-AgR 573268</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 500353, RE-AgR 581019, RE-AgR 564149, RE-AgR 572317, RE-AgR 574467, RE-AgR 575365, RE-AgR 577140, RE-AgR 581260
<b>RE-AgR 587604</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 574446 e RE-AgR 585936
<b>RE-AgR 595512</b>	2ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 597215</b>	2ª Turma	Min. Ellen Gracie		NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 597215</b>	2ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 534964</b>	2ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 526335</b>	2ª Turma	Min. Gilmar Mendes		NÃO	- AI-ED 683705.
<b>RE-AgR 557942</b>	2ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 456182</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-ED 524542, AI-AgR-ED 563634, AI-ED 591464, RE-ED 534131, RE-AgR 516447, RE-AgR 538600, RE-AgR 548428, RE-AgR 479320
<b>RE-AgR 512891</b>	2ª Turma	Min. Joaquim Barbosa		NÃO	- RE-AgR 539964, RE-AgR 540529, RE-AgR 564223, RE-ED 483016, RE-AgR 500046, RE-ED 516052, RE-AgR 531111, RE-AgR 538684, RE-AgR 547934, RE-AgR 552952, RE-AgR 556827, RE-ED 561606, RE-ED 588470, AI-ED 660492
<b>RE-AgR 518672</b>	2ª Turma	Min. Joaquim Barbosa		NÃO	- RE-AgR 518555, RE-AgR 480170, RE-AgR 274974, RE-AgR 517299, RE-AgR 555135,
<b>RE-AgR 621700</b>	2ª Turma	Min. Ricardo Lewandowski		NÃO	Não tem.

<b>RE-AgR 355084</b>	2ª Turma	Min. Ayres Britto	COFINS	NÃO	- RE-AgR 536166, RE-AgR 537708, RE-AgR 502138, RE-AgR 590412, RE-AgR 592466, RE-AgR 590385, RE-AgR 587776, RE-AgR 582903, RE-AgR 581761, RE-AgR 564703, RE-AgR 562258, RE-AgR 556912, RE-AgR 542420, RE-AgR 539962, RE-AgR 539829, RE-AgR 539748, RE-AgR 528798, RE-AgR 520546, RE-AgR 514422, RE-AgR 511177, RE-AgR 502767, RE-AgR 498721, RE-AgR 431643, RE-AgR 461550, RE-AgR 572782, RE-AgR 571074, RE-AgR 568683, RE-AgR 564070, RE-AgR 561792, RE-AgR 561724, RE-AgR 542645, RE-AgR 538815, RE-AgR 537707, RE-AgR 525644, RE-AgR 508032, RE-AgR 505934, RE-AgR 446675, RE-AgR 535590, v 526749, RE-AgR 355084, RE-AgR 528815.
<b>RE- AgR 58 3870</b>	2ª Turma			NÃO	- RE 452032
<b>RE-AgR 431643</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 536166, RE-AgR 537708, RE-AgR 502138, RE-AgR 590412, RE-AgR 592466, RE-AgR 590385, RE-AgR 587776, RE-AgR 582903, RE-AgR 581761, RE-AgR 564703, RE-AgR 562258, RE-AgR 556912, RE-AgR 542420, RE-AgR 539962, RE-AgR 539829, RE-AgR 539748, RE-AgR 528798, RE-AgR 520546, RE-AgR 514422, RE-AgR 511177, RE-AgR 502767, RE-AgR 498721, RE-AgR 461550, RE-AgR 572782, RE-AgR 571074, RE-AgR 568683, RE-AgR 564070, RE-AgR 561792, RE-AgR 561724, RE-AgR 542645, RE-AgR 538815, RE-AgR 537707, RE-AgR 525644, RE-AgR 508032, RE-AgR



					505934, RE-AgR 446675, RE-AgR 535590, RE-AgR 526749, RE-AgR 355084, RE-AgR 528815.
<b>RE-AgR 446675</b>	2ª Turma	Min. Ayres Britto	COFINS	NÃO	- RE-AgR 536166, RE-AgR 537708, RE-AgR 502138, RE-AgR 590412, RE-AgR 592466, RE-AgR 590385, RE-AgR 587776, RE-AgR 582903, RE-AgR 581761, RE-AgR 564703, RE-AgR 562258, RE-AgR 556912, RE-AgR 542420, RE-AgR 539962, RE-AgR 539829, RE-AgR 539748, RE-AgR 528798, RE-AgR 520546, RE-AgR 514422, RE-AgR 511177, RE-AgR 502767, RE-AgR 498721, RE-AgR 461550, RE-AgR 572782, RE-AgR 571074, RE-AgR 568683, RE-AgR 564070, RE-AgR 561792, RE-AgR 561724, RE-AgR 542645, RE-AgR 538815, RE-AgR 537707, RE-AgR 525644, RE-AgR 508032, RE-AgR 505934, RE-AgR 446675, RE-AgR 535590, RE-AgR 526749, RE-AgR 355084, RE-AgR 528815.
<b>RE-AgR 461550</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 498721</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 502138</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 502767</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 505934</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 508032</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 511177</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 514422</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 520546</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.

<b>RE-AgR 525644</b>	2ª Turma	Min. Ayres Britto	COFINS	NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 526749</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 528798</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 535590</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 536166</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 537707</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 538815</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 539748</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 539829</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 539962</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 542420</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 542645</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 556912</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 561724</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 561792</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 562258</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 564070</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 564703</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 568683</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 571074</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 572782</b>	2ª Turma	NÃO	Igual ao RE 446675.		
<b>RE-AgR</b>	2ª			NÃO	Igual ao RE 446675.

<b>581761</b>	Turma				
<b>RE-AgR 582903</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 583870</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 452032.
<b>RE-AgR 587776</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 590385</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 590412</b>	2ª Turma			NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 592466</b>	2ª Turma	Min. Ayres Britto	COFINS	NÃO	Igual ao RE 446675.
<b>RE-AgR 37 0734</b>	1ª Turma	Min. Sepúlveda Pertence	IPTU	NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 362570</b>	1ª Turma	Min. Ricardo Lewandowski		NÃO	- RE-AgR 436414.

<b>RE-AgR 362578</b>	1ª Turma	Min. Ricardo Lewandowski	IPTU	NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 407813</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 371937</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 505600.
<b>RE-AgR 380427</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 467004.
<b>RE-AgR 386440</b>	1ª Turma			NÃO	- RE-AgR 429264, RE-AgR 392129, RE-AgR 407889, RE-AgR 443350, RE-AgR 443959, RE-AgR 444522, RE-AgR 451212, RE-AgR 451223. .
<b>RE-AgR 511572</b>	1ª Turma	Min. Carlos Britto		NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 403613</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 451806</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 458404</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 353508</b>	2ª Turma			Min. Celso de Mello	NÃO
<b>RE-AgR 368118</b>	2ª Turma	NÃO			- RE-AgR 497493, RE-AgR-ED 380723, RE-AgR-ED 405462, RE-AgR-ED 431031,
<b>RE-AgR 497403</b>	2ª Turma	NÃO			- AI-ED 634568, AI-ED 651429, AI-ED 649696, AI-ED 651395, RE-AgR 535548, AI-AgR-ED 557245, AI-AgR-ED 563800, AI-ED 639526, AI-AgR-ED 573287, AI-AgR-ED 582767, RE-AgR-ED 497493, AI-AgR-ED 529758, AI-AgR-ED 585211, AI-ED 631496, AI-AgR-ED 589643.
<b>RE-AgR 395902</b>	2ª Turma	NÃO			- RE-AgR 383962, RE-AgR 422536, RE-AgR 431031, RE-AgR 438025.
<b>RE-AgR 392139</b>	1ª Turma	Min. Eros Grau			NÃO

					543911, AI-AgR-ED 554675, AI-AgR-ED 555846, AI-AgR-ED 555918, AI-AgR-ED 558727, AI-AgR-ED 596938, AI-AgR-ED 612075, RE-AgR 415602, RE-AgR 372452.
<b>RE-AgR 487567</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 503364, RE-AgR 533052, RE-AgR 540164, RE-AgR 540163, RE-AgR 540194
<b>RE-AgR 489428</b>	2ª Turma			NÃO	- AI-ED 683705.
<b>RE-AgR 510336</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 503367, RE-AgR 500413, RE-AgR 533049, RE-AgR 536794, RE-AgR 537206, RE-AgR 537434, RE-AgR 537435, RE-AgR 537474, RE-AgR 538708, RE-AgR 539373, RE-AgR 384538, RE-AgR 522225.
<b>RE- AgR 43 9769</b>	2ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE- AgR 44 0344</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 440339, RE-AgR 443132, RE-AgR 446910, RE-AgR 447869, RE-AgR 450298, RE-AgR 450469, RE-AgR 451200, RE-AgR 451222, RE-AgR 451227, RE-AgR 451228, RE-AgR 455210, RE-AgR 461765, RE-AgR 494011,
<b>RE- AgR 44 2309</b>	2ª Turma	Min. Gilmar Mendes		NÃO	- RE-AgR 446909 AI-ED 608254.
<b>RE- AgR 44 2310</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 450468, RE-AgR 451226, RE-AgR 474556, RE-AgR 456570, RE-AgR 466692.
<b>RE- AgR 44 3348</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 440342, RE-AgR 441529, RE-AgR 447870, RE-AgR 495791, RE-AgR 434249, RE-AgR 450271, RE-AgR 467179, RE-AgR 443362, RE-AgR 444807, RE-AgR 450301, RE-AgR 451210, RE-AgR 451492, RE-AgR 462098.

<b>RE-AgR 45 1213</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 394003, RE-AgR 460780, AI-ED 620979, AI-ED 664895, RE-AgR 529292,
<b>RE-AgR 364304</b>	2ª Turma			NÃO	- RE-AgR 366044, RE-AgR 383897, RE-AgR 389154, RE-AgR 394160.
<b>RE-AgR 49 0277</b>	2ª Turma	Min. Gilmar Mendes	ISS	NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 386954</b>	1ª Turma	Min. Cármen Lúcia		NÃO	- RE-AgR 444267.
<b>RE-AgR 372005</b>	2ª Turma	Min. Eros Grau	IPI	NÃO	RE-AgR 367214, RE-AgR 424271, RE-AgR 451933, RE-AgR 456236, RE-AgR 465228, RE-AgR 469022, RE-AgR 474105, RE-AgR 481679, RE-AgR 489870, RE-AgR 494005, RE-AgR 499571, RE-AgR 505942, RE-AgR 509822, RE-AgR 511598, RE-AgR 511834, RE-AgR 516324, RE-AgR 520778, RE-AgR 522639, RE-AgR 531263, RE-AgR 541315, RE-AgR 544928, RE-AgR 550256, RE-AgR 573428
<b>RE-AgR 561023</b>	2ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 35 6422</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 36 7466</b>	1ª Turma	Min. Marco Aurélio		NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 38 7961</b>	1ª Turma			NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 293710</b>	1ª Turma	Min. Ricardo Lewandowski	TCLLP	NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 51 6296</b>	2ª Turma	Min. Joaquim Barbosa		NÃO	Não tem.
<b>RE-AgR 273074</b>	2ª Turma	Min. Cezar Peluso		NÃO	RE-AgR 422949.