

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA E CAVALCANTI

EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL: COMO REQUISITO PARA A MODULAÇÃO DE
EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

CURITIBA

2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA E CAVALCANTI

EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL: COMO REQUISITO PARA A MODULAÇÃO DE
EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dra. Betina Treiger
Gruppenmacher

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL: Como requisito para a modulação de efeitos em matéria tributária, à luz da jurisprudência do STF

PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA E CAVALCANTI

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

DocuSigned by:

Betina Gruppenmacher

426D82714D42410...

Betina Treiger Gruppenmacher
Orientador

Coorientador

DocuSigned by:

Anne Caroline Marciquevik Alves

375786AA47EB4A3...

Anne Caroline Marciquevik Alves
1º Membro

DocuSigned by:

Dayana Uhdre

565B8D72849B4ED...

Dayana de Carvalho Uhdre
2º Membro

RESUMO

O instituto da modulação de efeitos tornou-se tema exaustivamente debatido na doutrina crítica. Em igual sentido, seus critérios autorizadores – segurança jurídica e excepcional interesse social – também são alvos de inúmeros estudos e intensas críticas. Fato é que, a despeito da existência de aprofundada discussão doutrinária sobre os temas, a compreensão das matérias pelo Supremo Tribunal Federal – STF é a que goza de maior relevância prática, haja vista se tratar de instituto destinado à Corte Constitucional. É a partir desta premissa que o presente trabalho busca, deixando em segunda plano a posição doutrinária (quando possível), atentar-se eminentemente ao posicionamento exteriorizado pelo STF em seus julgados, com o fito de se identificar a forma que a Corte compreende e instrumentaliza o conceito de “excepcional interesse social” para fins de modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, especialmente em matéria tributária. Uma vez identificado o posicionamento do STF sobre o tema, buscar-se-á verificar eventuais incongruências no entendimento adotado ou ainda sistematizar as normas jurídicas cunhadas pela Corte em um enunciado apto, em tese, a veicular os critérios autorizadores da modulação de efeitos de forma mais objetiva de modo a conferir maior segurança e previsibilidade para todos os jurisdicionados, tanto para aqueles que busquem ser beneficiados com a modulação de efeitos, quanto para aqueles que pretendem impugnar sua aplicação, mas não o podem, pela ausência de critérios suficientemente robustos para ensejar uma contra-argumentação consistente. Em suma, busca-se delimitar o conceito de “excepcional interesse social”, como posto na Lei nº 9.868/99, a partir do entendimento do jurisprudencial do STF.

Palavras-chave: modulação de efeitos; excepcional interesse social; Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

The modulation of effects of the declaration of unconstitutionality by the Brazilian supreme court is thoroughly debated by the legal doctrine. Moreover, their legal requirements – providing legal security and protecting exceptional social interests – are also focused by several studies and criticisms. Despite those understandings, the comprehension of those institutes by the Brazilian supreme court (STF) bears a broader practical relevance, considering that the modulation of effects is directed to that court. From this premise the present paper aims to identify the manners in which STF has exteriorized the application of the concept of “exceptional social interest” to modulate the effects of their declarations of unconstitutionality, especially in tax cases. Once identified STF’s understanding of the matter, we will aim to identify inconsistencies and/or systematize the legal standards adopted by the court to bring more certainty and predictability to the litigants, regardless of whether they are interested in the modulation or in oppose to it. In short, we aim to delineate the concept of “exceptional social interest” basing on the Brazilian supreme court’s precedents.

Keywords: modulation of effects; exceptional social interest; Brazilian supreme court.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Identificação do Objeto	2
3. Evolução do Entendimento do STF.....	5
4. O Interesse Social.....	11
5. A Excepcionalidade.....	14
6. Aplicação da Tese.....	18
7. Conclusão.....	22
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	24

1. Introdução

O instituto da modulação de efeitos, na forma do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, por sua própria natureza, sempre implicará relevantes impactos aos jurisdicionados, haja vista sempre decorrer da ponderação entre relevantes interesses de índole constitucional – seja a segurança jurídica, sejam outros interesses sociais qualificados pela excepcionalidade.

Esta relevância ínsita ao instituto enseja, na doutrina e literatura crítica, caloroso debate no qual se identificam argumentos relevantes em cada extensão do espectro, tanto daqueles defensores e favoráveis ao instituto, quanto daqueles que advogam pela sua impossibilidade de aplicação em nosso ordenamento.

Na prática, no entanto, a infinidade de argumentos de diversos matizes torna-se irrelevante, quando não são adotados pela Corte que efetivamente aplica o instituto – o Supremo Tribunal Federal.

Essa premissa, ora adotada, impõe-nos que busquemos o significado empregado aos critérios autorizadores da modulação – para o recorte temático, ao “excepcional interesse social” – no próprio entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF, a fonte mais segura e direta de como a Corte Constitucional busca sistematizar e operacionalizar o critério na prática.

Buscamos, pois, identificar na própria jurisprudência do STF os critérios e valores reputados aptos a ensejar ou obstar a aplicação do instituto, visando sistematizá-los em um enunciado capaz de trazer maior segurança aos jurisdicionados e um preciso balizamento do “excepcional interesse social” aos olhos da Corte.

Sendo alcançável e procedente a pretensão, almeja-se defender e obter a observância do enunciado sistematizado no julgamento de casos futuros, o que, espera-se, seja suficiente para garantir e resguardar a previsibilidade das partes interessadas e afetadas pela modulação de efeitos, permitindo-se, assim, que as pretensões modulatórias sejam corretamente instruídas, impugnadas e julgadas com previsibilidade, concorrendo para a consolidação do tema e contra o uso indiscriminado ou inadequado do instituto.

2. Identificação do Objeto

Histórica e sinteticamente, destacam-se dois modelos básicos de controle de constitucionalidade de leis. São aqueles desenvolvidos ora pela Teoria da Nulidade, com origem dos Estados Unidos e baseada no julgamento do caso de *Marbury versus Madison* em 1803, ora pela Teoria da Anulabilidade, modelo austríaco respaldado na doutrina de Hans Kelsen em 1920¹.

Esta, no Brasil defendida por autores como Regina Macedo Nery Ferrari², determina que a lei inconstitucional seria válida até a decisão que proferisse a sua inconstitucionalidade. Tratar-se-ia de anulabilidade, pela qual a decisão que a pronunciava ostentaria caráter constitutivo negativa, produzindo efeitos *ex nunc*.

Aquela, doutro norte, preleciona a nulidade de pleno direito da lei inconstitucional, sendo, pois, a decisão de inconstitucionalidade, declaratória, produzindo efeitos *ex tunc*. É a teoria abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, explicitamente, pelo STF.

Não obstante, o entendimento jurisprudencial do STF passou a admitir exceções à Teoria da Nulidade e, posteriormente, tais exceções foram positivadas em nosso ordenamento.

Entre as exceções, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 prescreve que:

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.³

Tal restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, introduzida pelo dispositivo supra, foi controvertida, assumindo alvo de inúmeras críticas pela doutrina e, no âmbito judicial, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.154 e 2.258, recentemente julgadas improcedentes pela Corte Constitucional.

¹ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

² “A norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação de sua inconstitucionalidade. Em decorrência disso, a sentença que declara a inconstitucionalidade é do tipo constitutiva” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004)

³ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

Apesar de o posicionamento pela constitucionalidade do artigo ser recente, fato é que o instituto da modulação de efeitos tem sido exponencialmente aplicado pelo STF, de tal modo a ensejar críticas extensas e exaustivamente apontadas por estudiosos, razão pela qual não se busca replicá-las na presente ocasião.

Lado outro, e a despeito das inúmeras críticas ao instituto, fato é que este existe e foi, agora definitivamente, incorporado ao nosso ordenamento jurídico, cabendo-nos, portanto, estudá-lo em sua conformação objetiva, a fim de conferir-lhe o devido tratamento, propiciando a correta instrumentalização do instituto pela Corte a que dirigido.

Ainda assim, tratar-se-ia de tema demasiado extenso para ser satisfatoriamente analisado no presente trabalho, cabendo-nos limitá-lo ainda mais.

Restringe-se, pois, ao estudo dos requisitos autorizadores da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, especificamente ao “excepcional interesse social”, buscando identificar o sentido mais compatível com os preceitos constitucionais e, então, confrontando-o com a conformação delineada pelo Tribunal Constitucional em casos concretos e no julgamento das ADIs 2.154 e 2.258.

Não se descuida, ainda, que o Código de Processo Civil de 2015 – CPC passou a prever que “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (artigo 927, § 3º).

Não é este, no entanto, o objeto do presente estudo.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 trata da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, prevê o afastamento da teoria da nulidade.

A disposição do CPC, apesar de denominar “modulação dos efeitos”, trata de superação de precedentes, os quais, diferentemente das leis, não estão abarcados pela teoria da nulidade. Não existe precedente nulo.

O §3º do artigo 927 introduz, ao sistema, a positivação expressa do *prospective overruling*, técnica através da qual se busca resguardar a confiança justificada depositada pelos jurisdicionados no precedente superado.

Por isso, adota-se, aqui, o termo “modulação de efeitos” em referência ao instituto veiculado pela Lei nº 9.868/99; e “superação prospectiva” para denominar a técnica do CPC.

É que, apesar de o próprio legislador concorrer para o equívoco, revela-se evidente as divergências entre os institutos. “Colocar num mesmo plano os efeitos de interpretação judicial e da lei é simplesmente não perceber a distinção entre o enunciado do discurso das fontes e o enunciado do discurso do intérprete”⁴.

Em última análise, apesar da redação do Código Processual Civil, não se trata de institutos atrelados aos mesmos critérios:

Se a modulação dos efeitos da lei inconstitucional pode ser feita a partir dos critérios de segurança jurídica e do excepcional interesse social, a modulação dos efeitos da decisão revogatória de precedente deve estar atenta a confiança justificada no precedente [...]. Em poucas palavras, o que fundamente a preservação do precedente é apenas a “confiança justificada” nele depositada, e não a segurança jurídica em sentido lato ou outro princípio constitucional que assumam, diante da situação concreta relevante interesse social.⁵

É admitida, portanto, a possibilidade de modulação dos efeitos na hipótese de superação de precedente constitucional e na decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No entanto, o critério autorizador da modulação naquele caso é a “confiança justificada” no precedente, os desta são a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social”. As hipóteses e os critérios, todos, estão embaralhados na jurisprudência, nos interessando apenas aquele último.

Dito isso, conforme lecionam Sacha Calmon Navarro Coêlho e Misabel Abreu Machado Derzi, especificamente acerca do conceito sob exame, “mesmo não havendo delimitação precisa, coesa, frequentemente observada e reiterada, ainda assim o analista atento encontrará traços de significação ao examinar a jurisprudência do STF”⁶.

Buscamos, aqui, especialmente frente à constatação acima reproduzida, estabelecer a delimitação precisa e coesa do critério do “excepcional interesse social” para fins de modulação de efeitos, a qual, se procedente, espera-se seja frequentemente observada.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Modulação dos Efeitos Temporais do STF. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

⁵ Ibidem. Grifo nosso.

⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. Parecer - Exame do risco de modulação de efeitos no RE 574.706 (ICMS na base do PIS e da COFINS): Segurança Jurídica e Proteção da Confiança. Excepcional Interesse Social: necessária demonstração objetiva. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2018/10/parecer-b3p-icms-na-base-do-pis-e-da-cofins-1.pdf>.

3. Evolução do Entendimento do STF

Antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99, o STF já havia, em diversas oportunidades, mitigado a aplicação da teoria da nulidade.

Nestas ocasiões, no entanto, não se verifica o intento de proteger algum outro princípio constitucional concretizado sob a forma de “excepcional interesse social”.

Na apreciação do RE nº 79.343/BA, consignou-se no voto condutor, que:

A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.⁷

Entendimento análogo foi aplicado ao Recurso Extraordinário nº 122.202/MG, em que se reconheceu que a manutenção dos efeitos da lei inconstitucional é ideia “erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, **só se vê justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios**, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo”⁸, ocasião na qual se refutou, ainda, a aplicação de efeitos prospectivos à decisão declaratória da inconstitucionalidade.

A aplicação radical da teoria da nulidade foi, ainda, objeto de ponderações do Ministro Sepúlveda Pertence ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102/DF:

O problema dramático da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era ‘dada de barato’, e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social. [...] Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal prostrar o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade.⁹

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 79.343/BA, Rel. Min. Leito de Abreu, publicado em 02/09/1977

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 122.202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek, publicado em 08/04/1994. Grifo nosso.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 1.102/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicado em 17/11/1995. Grifo nosso.

Vê-se que, à época, os fundamentos invocados para justificar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade circunscreviam-se, quase que exclusivamente, à boa-fé, à estabilidade dos atos praticados com base na lei reputada inconstitucional, à fundada confiança nos atos normativos, nessa dimensão, à própria **segurança jurídica**.

Pretendeu-se, com cada voto supratranscrito, a manutenção da confiança no ordenamento, pautando-se em razões de aparência da legalidade e boa-fé que envolvia as relações posteriormente reputadas inconstitucionais.

Entendemos tal critério procedente, na baila do entendimento de Humberto Ávila¹⁰, não haveria como se estender a aplicação da excepcional modulação para casos em que a lei reputada inconstitucional não gozava de fundada expectativa de constitucionalidade.

No entanto, entendemos tratar de argumento circunscrito ao critério da “segurança jurídica”, não albergado, pois, pelo tema do presente estudo.

Razões outras, hoje comuns, como os argumentos consequencialistas de cunho econômico, eram **invariavelmente refutados pela Corte**.

Em 1992, no julgamento do RE nº 150.764/PE, quando invocados fundamentos atinentes ao impacto na arrecadação em desdobramento do caso FINSOCIAL, a Corte, pelos votos vencedores, consignou não se preocupar com os problemas de caixa do erário, mas sim com “a manutenção, a intangibilidade da ordem constitucional”, ainda:

Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição.

Razões de Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional positivo. [...].

É preciso advertir o Estado de que o uso ilegítimo de seu poder de tributar não deve, sob pena de erosão da própria consciência constitucional, extravasar os rígidos limites traçados e impostos à sua atuação pela Constituição da República.¹¹

Era esse o entendimento do STF antecedente à Lei nº 9.868/99, o qual não poderia ser desconsiderado pela Exposição de Motivos nº 189, referente à normativa ora em apreço.

Referido documento norteia a pretensa forma de instrumentalização do critério ora em análise:

¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 150.764/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 02/04/1993. Grifo nosso.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade, **fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social**, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "*in concreto*" se a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.¹²

Aparenta-nos que, apesar de não introduzir propriamente a possibilidade de modulação de efeitos, há muito admitida pelo STF, serviu o dispositivo para positivar tal instrumento, prudentemente estabelecendo o quórum qualificado; e **acrescendo o critério autorizador do “excepcional interesse social”**, não admitido, até então, pela jurisprudência da Corte.

Nada obstante, ao menos inicialmente, e em matéria tributária, via-se sensivelmente limitado o espaço para argumentos de interesse social justificarem a sobrevida da inconstitucionalidade.

Igualmente, exigia-se demonstração cabal da excepcionalidade do caso, conforme se extrai do voto do Ministro Dias Toffoli, ao julgar o pedido de modulação apresentado nos EDcl no RE nº 559.937/RS, cujo impacto estimado pela Fazenda era de aproximadamente R\$ 34 bilhões:

A pretendida modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é, no entanto, **medida extrema, que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social**. As razões recursais não contêm qualquer indicação concreta, nem específica, desse risco.

A mera alegação de perda de arrecadação não é suficiente para comprovar a presença do excepcional interesse social a justificar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na forma pretendida.¹³

Ainda em 2007, erigiu-se incontornável debate para o enfrentamento do presente tema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 401.953/RJ, ocasião na qual se declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que excluía o Município do Rio de Janeiro da partilha do produto arrecadado com o ICMS, ensejando a conseqüente majoração da partilha distribuída a todos os outros municípios do Estado do Rio de Janeiro.

¹² BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos nº 189. Brasília, DF. 29/04/1997. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR1997.pdf#page=>

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, EDcl no RE 559.937/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 14/10/2014

Tratava-se de lei que vigorara por mais de década, de modo que a consequência da decisão, na prática, seria o recálculo dos créditos distribuídos a todos os municípios com a posterior compensação dos valores distribuídos a maior, nos últimos dez anos contados do julgamento.

O temor em comprometer municípios menores levou o Min. Relator Joaquim Barbosa a propor a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Argumentando pela modulação, o Ministro Relator consignou estar diante de “uma **questão federativa**, não há interesses individuais, não estaremos outorgando privilégios a A, B ou C – é uma **questão institucional**”.

E o debate assim se sucedeu:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURELIO - Mas, Presidente, veja: repete-se caso. Quando o Tribunal flexibiliza, qual é a tendência? Não se observar a norma, porque se aposta na morosidade da Justiça e, depois, no impasse, pseudo-impasse criado, não se poder voltar ao *status quo ante*. O Estado legislou e, ao confeccionar o anexo, desprezou os parâmetros da própria lei. Deve arcar com as consequências. [...]

Ministro, o que me preocupa é o estímulo ao descumprimento da Constituição, ao descumprimento da lei. Isso me preocupa muito. [...]

Ou seja, para o Município recorrente, prevalecendo a óptica da modulação, a Constituição Federal até aqui não vigorou. [...].¹⁴

Os apontamentos de Marco Aurélio Mello foram bem recebidos e a proposta de modulação foi afastada. Em seu lugar, impuseram-se critérios para a execução do julgado, que objetivavam proteger os demais municípios que seriam afetados pela decisão.

Vê-se, neste caso, que a força do argumento contrário à modulação reside justamente na necessidade de se conferir a tutela jurisdicional almejada pelo então recorrente.

Fato relevante é que não se cogitava a hipótese de “inconstitucionalidade superveniente” da lei em questão, tampouco podia-se falar em confiança justificada na constitucionalidade do ato. Tão logo aprovada a lei, sua validade fora questionada, e, na data em que o STF julgou o caso, o Município do Rio de Janeiro já litigava há 10 anos.

Por isso destacou-se no julgamento que “a morosidade da Justiça não pode implicar uma flexibilização, colocando em segundo plano o próprio arcabouço normativo”. Revelava-se inviável invocar a modulação com base em qualquer prisma da “segurança jurídica”, a um pois **não houvera período em que a lei vigorara sem a sombra da desconfiança de inconstitucionalidade**, e a dois, pois qualquer pretensão de estabilização das relações pretéritas travadas com fulcro na lei

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 401.953/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 21/09/2007

haveria de se calcar na morosidade da justiça, que não é fundamento viável, ao menos no entendimento da Corte.

Desses, o primeiro, referente à carência de confiança na validade da lei parece-nos ser implacável e não poderia ser desconsiderado até mesmo na avaliação do critério “excepcional interesse social”.

Quanto a estes, invocou-se, no primeiro momento, a necessidade de proteção do pacto federativo; em segundo, dos direitos fundamentais, trazidos em abstrato, das populações de municípios carentes, que, presumia-se, arcariam com os efeitos danosos da decisão.

É que, quanto às verbas (a maior) destinadas à manutenção do próprio município, a ensejar uma proteção do “pacto federativo”, a “questão institucional”, não se pode ignorar que foram distribuídas acompanhadas de fundada desconfiança, ou seja, cabia à administração municipal antever a possibilidade/probabilidade de serem reputadas indevidas. Ignorar tal fato privilegiaria uma cegueira deliberada, incompatível com uma administração cautelosa.

Situação diferente ocorre quando a inconstitucionalidade concorre com a má administração municipal ensejando risco de dano a direitos constitucionais das populações que se beneficiaram de tais verbas, completamente alheias à possibilidade de serem reputadas indevidas.

Por isso, o segundo “interesse social” invocado no caso poderia justificar a modulação. Se, no entanto, houvesse clareza do risco do dano.

Afinal, pelo próprio entendimento já então adotado pela Corte, a modulação é medida excepcional, que somente se justifica quando indicado e comprovado o gravíssimo risco alegado, não bastando ilações.

Não se descuida, por certo, que a tais populações não fora dada oportunidade de demonstrar tal risco, o que deve ensejar críticas e propostas de solução, como a convocação de audiências públicas¹⁵, como consequência do dever de consulta¹⁶, insculpido no artigo 10 do CPC,

¹⁵ “De início, se uma tese jurídica adotada tiver a possibilidade de ser alterada, previamente poderão ser realizadas audiências públicas, com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, sendo possível, ainda, a modulação dos efeitos da transformação no interesse social e no da segurança jurídica, nos moldes já contidos no art. 27 da Lei n. 9.868/1999” (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. Cinco Anos do Novo CPC: a importância dos precedentes. In: SANTA CRUZ, Felipe; FUX, Luiz; GODINHO, André (Coord.). Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Editora OAB Nacional e CNJ, 2021, p. 289-308)

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

se for o caso. No entanto, não se pode dispensar a comprovação cabal do risco ao interesse social, se busca a modulação com base neste critério.

Ainda, em debate igualmente incontornável, travado em 2010 no julgamento do RE nº 363.852/MG, através do qual se declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.540/92, que previa o recolhimento de contribuição para Funrural sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais, a modulação dos efeitos, requerida pelo INSS, por intermédio da AGU, pautava-se no alegado risco às contas da Previdência, no valor estimado de R\$ 11 bilhões.

Destacamos este caso pois, salvo a vencida Ministra Ellen Gracie, os demais membros da Corte foram assertivos ao delinear o entendimento de que o mero impacto econômico da decisão não se traduz em “excepcional interesse social” autorizador da modulação de efeitos.

Igualmente, ressaltou-se que o impacto superveniente, consubstanciado nas futuras ações de repetição de indébito, tampouco pode ser tido como argumento idôneo, já que a segurança jurídica resta preservada pelo prazo prescricional.

Bem consignou o Ministro Cezar Peluso que a “generalização da modulação dos efeitos, em matéria tributária, na prática implica, pura e simplesmente, a abolição do instituto da repetição de indébito”. Completou Dias Toffoli que se trataria de “impedir que as pessoas busquem um direito reconhecido pela mais alta Corte do país”¹⁷.

Vemos, aqui, que cerca de uma década após a entrada em vigor da lei em análise, passou-se a ampliar a âmbito dos interesses que a Corte cogitava aptos a ensejar a modulação.

Com a introdução em nosso ordenamento, em 2015, da previsão de “superação prospectiva” dos precedentes, o instituto da modulação de efeitos passou a assumir maior destaque, ensejando relevantes críticas a respeito da operacionalização dos institutos pelo STF.

Não se pode dizer, no entanto, ao menos no que toca à modulação de efeitos fundamentada no excepcional interesse social, que a Corte mudara sua orientação já aqui delineada. O instituto manteve seu caráter de excepcionalidade.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 363.852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 23/04/2010

O problema concernente ao tema, igualmente, manteve-se o mesmo. É a carência de identificação e delimitação precisa dos elementos que compõem o “excepcional interesse social” que preocupam.

Identificamos, no instituto, atribuição de grande poder à Corte, o qual, mesmo não se podendo afirmar seu abuso, causa preocupação decorrente da incerteza que orbita a hipótese de cabimento do argumento.

Assim, 23 anos após a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.154 e 2.258, o STF reputou constitucional a previsão do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Perdeu-se, no entanto, oportunidade de se aclarar a dimensão do critério ora em análise, já que as decisões lá tomadas pouco trataram dos valores constitucionais ou situações aptas a ensejar a modulação que vise a proteção a “interesses sociais”.

4. O Interesse Social

Delineada a forma como o critério é tratado no STF, antes de se cogitar dimensionar o que torna o interesse protegido “excepcional”, é necessário identificar quais os interesses que autorizam a modulação. Ou, ainda, a quem interessa a preservação dos efeitos do ato normativo declarado inconstitucional.

Na doutrina administrativista brasileira, a conceituação de melhor acolhida parte do entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, lastreado no escólio de Renato Alessi, para quem o interesse público não pode ser compreendido de forma dissociada dos interesses dos indivíduos, mas sim como forma qualificada (dimensão pública) destes.

Partindo desta integração entre o interesse público e os indivíduos, o jurista propõe que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁸.

Tal entendimento se destaca por aclarar que o interesse público não corresponde ao interesse do aparato estatal, do Estado enquanto pessoa jurídica, já que deve ser entendido como a

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60-61

dimensão pública dos interesses dos indivíduos, podendo ostentar natureza individual, coletiva ou difusa.

E arremata: “nenhum interesse público se configura como conveniência egoística da Administração Pública. O chamado interesse secundário (ALESSI) ou interesse da Administração Pública não é público”¹⁹.

De mais a mais, o interesse público goza de duas dimensões distintas, uma em sentido amplo, que considera a integralidade dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, cuja consecução é dever do Estado, e, por isso, constitui-se uma barreira negativa da atuação estatal, obstando atos que os contrariem.

Outra em sentido estrito, correspondente à parcela do interesse público (sentido amplo) que se refere à coletividade considerada em si mesma (*interesse geral*), nos casos em que o direito positivo atribui ao Estado prerrogativas para assegurar a prevalência desses interesses sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)*, e assim, erige-se em condição positiva de validade do Poder Público.

Conforme leciona o administrativista espanhol Eduardo García de Enterría, são casos em que as disposições normativas “impõem reduplicativamente a exigência da presença específica de um qualificado interesse público para poder exercer determinada competência ou justificar uma medida concreta, normalmente de exceção da regra comum”²⁰.

Adotando semelhante conceituação, cita-se ainda o entendimento delineado pelo STF no julgamento do RE nº 631.111, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

É certo que (a) não constituem interesses sociais os meros interesses de particulares e mesmo os interesses da Administração Pública; e que (b) numa definição genérica, **são interesses sociais aqueles cuja preservação e tutela o ordenamento jurídico consagra como importantes e indispensáveis não para pessoas ou entidades individualmente consideradas, mas para a sociedade como um todo, para o seu progresso material, institucional ou moral.**²¹

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 118.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. p. 79.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 631.111/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 30/10/2014. Grifo nosso.

É precisamente o caso do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o qual explicitamente atribui à jurisdição o poder-dever de agir, promovendo a modulação, nos casos em que identificado o interesse da coletividade que consubstanciará o critério do “excepcional interesse social”.

Registre-se que não se trata de mitigação ao princípio da supremacia da Constituição. Este que em seu aspecto material propugna a prevalência dos valores constitucionalmente assegurados em face dos demais, no caso de ponderação de valores de matiz constitucional, somente impõe a não aplicação de certas normas constitucionais, no caso através do afastamento da teoria da nulidade, com base em fundamentos materialmente constitucionais, que assumam a forma de “excepcional interesse social”.

É nesses moldes que o instituto é compreendido, também, pelo STF, conforme se deixou claro no julgamento das ADIs nºs 2.154 e 2.258, já aqui estudadas:

Ao afirmar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, este Supremo Tribunal Federal sequer estaria exercendo juízo de ponderação entre a norma constitucional que protege os efeitos da lei inconstitucional e princípio da supremacia da Constituição. **A ponderação realizada seria a norma protetora dos efeitos da aplicação do direito, em respeito ao princípio da segurança jurídica, e a norma constitucional violada pela lei constitucionalmente inválida.** O desfazimento de tudo o que produzido ao fundamento de norma depois declarada inválida constitucionalmente é ponderação entre o princípio da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico, que antecede a declaração de inconstitucionalidade, e a norma contrária à Constituição.²²

Verifica-se, neste ponto, que a Ministra Carmen Lúcia, redatora do acórdão, reconhece que o juízo de ponderação a justificar a perpetuação dos efeitos da lei inconstitucional deve se dar entre **o fundamento constitucionalmente relevante protegido pelos efeitos da norma inconstitucional e o fundamento constitucionalmente relevante atacado pela inconstitucionalidade.**

O entendimento adotado, apesar de coerente, está incompleto.

De acordo com a Corte, frente a uma lei ou ato inconstitucional, cumpriria ao Tribunal averiguar se **a)** os efeitos da lei ou ato inconstitucional atendem a algum interesse constitucional; caso positivo, quais **b)** os valores constitucionais atacados pela inconstitucionalidade verificada; e, por fim, se **c)** o benefício vislumbrado em **a** extrapola o prejuízo verificado em **b**, ocasião na qual exsurgiria o poder-dever de modulação.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 2.154/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 20/06/2023. Grifo nosso.

Ocorre que a ponderação não está autorizada mediante a verificação de qualquer risco a qualquer interesse público. Se o fosse, impor-se-ia, em tese, a modulação de efeitos em casos em que a manutenção dos efeitos da lei ou ato inconstitucional fundassem em interesses constitucionais/sociais desprovidos de excepcional relevância, bastando que fossem mais evidentes que o prejuízo, muitas vezes impalpável, da reconhecida inconstitucionalidade.

Daí a relevância de se qualificar o interesse social como “excepcional”.

5. A Excepcionalidade

A excepcionalidade da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade decorre, em um primeiro momento, da atribuição de caráter pedagógico à decisão; e, em segundo, ao menos quanto à decisão fundamentada no “excepcional interesse social”, da qualificação pautada na relevância do interesse constitucional identificado ou dos efeitos decorrentes da aplicação da teoria da nulidade.

A necessidade de atribuição do caráter pedagógico à declaração de inconstitucionalidade não é tese nova, aqui proposta, mas sim reconhecida pela própria jurisprudência do STF e, no entanto, desconsiderada pela Corte ao sistematizar a aplicação do instituto no julgamento das ADIs n^{os} 2.154 e 2.258.

É que, conforme já defendeu Humberto Ávila:

a manutenção de norma inconstitucional – especialmente quando os efeitos financeiros são expressivos, pela ausência de consequências negativas decorrentes da violação constitucional – funciona como um encorajamento à edição de novas normas inconstitucionais: se o Estado edita norma inconstitucional mas tira vantagem dos seus efeitos, terá encorajada a edição de nova norma inconstitucional.²³

É precisamente a identificação deste risco de estímulo à inconstitucionalidade que levou o Ministro Marco Aurélio Mello a, em tantas oportunidades quanto pôde, se posicionar contrário à modulação, cunhando, inclusive, o termo “*inconstitucionalidade útil*” para se referir ao fenômeno²⁴.

²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

²⁴ MELLO, Marco Aurélio. A Modulação dos Efeitos da Decisão: análise crítica ao instituto, Processo Constitucional (Coord: Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet), 2^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

Não deixou de se manifestar até mesmo nas ADIs em questão, explicitando em seu voto (vencido) que:

A partir do momento em que este Tribunal não declara – como deve fazer – inconstitucional, desde o nascedouro, certa norma, **acaba por incentivar, nas casas legislativas, atuação à margem da Carta da República, para que subsistam, com a passagem do tempo, situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, presente modulação.**²⁵

Em que pese a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 defendida pelo Ministro Marco Aurélio não ser acolhida, isto em nada abala a atribuição de caráter pedagógico à decisão de inconstitucionalidade, conforme se extrai, por exemplo, da afirmação do Ministro Joaquim Barbosa, no AgR do AI nº 557.237, no seguinte sentido:

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 finalidades públicas. 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.

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.**²⁶

Trata-se, o entendimento supra, de posição moderada, centrada entre a admissão da modulação de efeitos e o reconhecimento de seu caráter excepcional.

É necessário que a instrumentalização da modulação não sirva de “instrumento de estímulo à proliferação de normas flagrantemente inconstitucionais”²⁷.

Partindo deste entendimento, é possível cogitar que o risco da instrumentalização da “inconstitucionalidade útil” pela Administração pode ser mitigado por um Juízo de probabilidade de se antever a norma constitucional violada.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 2.154/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 20/06/2023. Grifo nosso.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, AgR no AI 557.237/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 26/07/2007. Grifo nosso.

²⁷ RAGHIAN NETO, Ary. A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei 8.212/1991 e a modulação dos efeitos dessa decisão pelo STF. Breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Revista de Processo, ano 34, n. 167, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2009, p. 324.

Ocorre que este Juízo se traduz, em última análise, na verificação de legítima expectativa da constitucionalidade do ato atacado, a qual, por sua vez, encontra abrigo, para modulação de efeitos, no princípio da segurança jurídica.

Trata-se de longa posição da Corte, especialmente em matéria tributária, sendo que a identificação da excepcionalidade fulcrada no caráter pedagógico da medida é escancarada pelo brilhante voto da Ministra Carmen Lúcia no julgamento do RE 363.852/MG:

Primeiro, a Constituição, como lembrou o Ministro Marco Aurélio, aliás, de maneira muito firme tem repetido aqui que essa é uma Constituição rígida que, uma vez que afrontada, tendo sido afrontada, e, **a não ser em situações excepcionalíssimas**, em que a execução do que nós decidimos gere mais problemas sociais, principalmente, não econômicos ou financeiros, mas sociais, que realmente poderiam ensejar uma prática dessa natureza em caráter excepcionalíssimo, **nós temos de manter até o que é pedagógico para os órgãos do Estado**. Não se pode afrontar a Constituição, nem nós aqui, que nos submetemos à Constituição, nem o Poder Executivo. Errou, eu pago na minha vida pessoal e o Estado paga também quando ele erra. Então, não se pode fazer realmente disso uma prática comum.²⁸

É este o primeiro fator, irretocável e reconhecido pela Corte, que não pode ser ignorado em qualquer situação que aparente ensejar a modulação dos efeitos, sob pena de se banalizar o instituto, tolhendo-lhe seu caráter de excepcionalidade e o admitindo em todos os casos em que fosse passível de se argumentar pela “menor relevância” da norma violada pela inconstitucionalidade.

O segundo fator que confere a excepcionalidade à medida circunscreve-se especificamente ao critério do “interesse social” para fins de modulação de efeitos, notadamente em seu adjetivo “excepcional”.

O que impõe que se delineiem critérios prévios para a aferição da excepcionalidade do caso concreto.

Como visto, os casos que atrairão o poder-dever de modulação serão aqueles que exigem o sopesamento entre a violação de norma constitucional por ato normativo e a lesão a norma constitucional protetora de seus efeitos, seja entre interesses gerais e interesses específicos, seja entre dois interesses públicos em sentido estrito.

Em qualquer caso, os interesses a serem ponderados gozarão, inevitavelmente, de relevância constitucional.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 363.852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 23/10/2010. Grifo nosso.

Entretanto, o legislador, ao qualificar o interesse social autorizador da modulação como “excepcional”, aparenta exigir de que se identifique, dentre os valores de proteção constitucional, aqueles que se destacam.

Ao assim agir, furtou-se, o legislador, à profunda e extensa controversa existente no que tange à hierarquização dos valores constitucionais, já que todos estão formalmente no mesmo patamar.

Não obstante a controversa, a parcela da doutrina que admite prevalência de certos valores constitucionais sobre outros, ressaltam, em sua maioria, os direitos fundamentais.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ressalta que o mais relevante interesse público repousa na promoção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, a ser perseguido em qualquer atividade administrativa, revelando-se como “a principal luz que projeta a funcionalidade dos direitos fundamentais sobre o sentido (...) do Estado e de todas as suas instituições, sejam de fomento, de serviço público ou de polícia”²⁹.

É somente aí, talvez por zelo, que se admite que se estabeleça uma hierarquia *a priori*, sem prejuízo de sua mitigação casuística em face da **qualificação dos efeitos** que incidam sobre o valor constitucional reputado menos relevante.

Dito isso, se a finalidade do instituto é garantir que o reconhecimento da inconstitucionalidade não implique uma realidade mais dissociada dos valores constitucionais, parece-nos que a excepcionalidade prevista deve operar nas duas hipóteses, **qualificando tanto o interesse em si quanto os efeitos lesivos**.

Desse modo, entendemos que *a priori* os direitos fundamentais devem se sobrepor a outros interesses constitucionais. O que não impede que a modulação favoreça o interesse público de menor relevância, desde que se demonstre que a lesão a tal interesse é excepcional, ou seja, muito maior que a lesão que incidirá sobre o direito fundamental, mais relevante.

Assim, a ponderação entre a norma protetora dos efeitos da lei inconstitucional e a norma constitucional violada pela lei constitucionalmente inválida somente ganha espaço quando, antes, ou se identifica estar diante à risco de lesão a direitos fundamentais ou se identifica a

²⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 108.

excepcionalidade dos efeitos lesivos da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se, esta verificação, de requisito prévio indispensável.

Em suma, existindo risco a direito fundamental, em regra, modula-se, salvo de demonstrada a excepcionalidade dos efeitos da inconstitucionalidade; inexistindo direito fundamental a ser sopesado, em regra, não se modula, salvo se demonstrada a excepcionalidade dos efeitos da retroação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

A fim de pôr à prova a tese delineada, passa-se a confrontá-la com casos práticos.

No âmbito do direito tributário, vislumbra-se que a identificação dos interesses sociais mercedores da excepcional proteção da modulação pode se dar de duas maneiras, quando a lesão ou risco aos valores constitucionais ocorre de forma direta e imediata à retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, e de forma indireta ou mediata, quando a retroação dos efeitos desencadeia quadro que põe em risco tais valores, hipótese esta mais comum.

6. Aplicação da Tese

Como exemplo do primeiro caso, mais raro, cita-se a decisão tomada nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 1.331.245/SP, em caso que discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 5.989/20 do Município de Valinhos por ofensa ao art. 113 do ADCT, a qual isentou e remiu de IPTU imóveis atingidos por enchentes e alagamentos causados por chuvas em meio à pandemia do COVID-19.

No julgamento dos Embargos Declaratórios circunscritos à pretensão de modulação de efeitos, reconheceu-se que:

a concessão de isenção e de remissão do IPTU por meio da lei objurgada está evidentemente conectada com relevante questão social e econômica, atinente à amenização dos danos, sofridos pelos contribuintes beneficiários, decorrentes de enchentes e alagamentos causados por chuvas.³⁰

Conforme se observa, trata-se de hipótese clara, ou facilmente demonstrável, em que a retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade lesaria relevantes interesses sociais, consubstanciados em direitos fundamentais (saúde, moradia...) corolários da própria dignidade da

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 1.331.245/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 29/04/2022

pessoa humana; restando evidente que a oneração da retroação agravaria tal lesão, dificultando o restabelecimento de seu exercício adequado.

Identificado o risco de lesão a direito fundamental (excepcional interesse social), impõe-se o dimensionamento dos danos advindos da inconstitucionalidade. Tratando-se de vício relativo à carência de apresentação de estimativa do impacto financeiro e orçamentário, caberia investigar seus efeitos, notadamente verificando se a carência de estimativa do impacto financeiro e orçamentário escondeu prejuízos relevantes, como a probabilidade de rombo orçamentário, que ensejaria situação mais distanciada dos valores constitucionais que a manutenção dos efeitos da lei.

Se o impacto orçamentário, ocultado pelo vício inconstitucional, implicasse, de forma concreta, grave risco à manutenção ou própria existência da estrutura municipal; ou ainda, se aferisse que a oneração fora perpetrada de má-fé, no intento de prejudicar o próximo governo, caberia, nesta hipótese, o sopesamento entre os efeitos danosos a cada interesse social.

Somente aí caberia avaliar a gravidade dos riscos aos direitos fundamentais da população onerada pela retroação da lei, em comparação à gravidade da lesão ao interesse social que concerne a manutenção da existência e funcionamento do ente municipal.

Diferente seria se o ato normativo do exemplo houvesse instituído o benefício fiscal em favor de imóveis comerciais de respectivo bairro nos quais laborassem mais que certo número de trabalhadores, visando, assim, a promoção do desenvolvimento econômico da região, por exemplo.

Nesta segunda hipótese, ainda que os fundamentos de discriminação para instituição do benefício sejam importantes, relevantes e coerentes com os valores constitucionais, dentre esses, ele não ostenta a característica da excepcionalidade.

A regra seria, portanto, inversa. Não se modula, aplicando a teoria da nulidade, salvo se se demonstrasse a excepcionalidade dos efeitos (não do interesse social) da retroação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Caso se aferisse, por exemplo, que a revogação retroativa do benefício implicaria oneração que culminaria no insucesso de diversos novos empreendimentos e assim no desemprego de milhares de trabalhadores, ou qualquer outra situação excepcional, caberia o sopesamento, a, talvez, ensejar a modulação.

Hipótese mais comum no âmbito tributário, no entanto, é aquela em que o risco a interesses sociais é aventado, muitas vezes de forma genérica, como consequência do impacto econômico da retroação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Conforme já aqui demonstrado, a jurisprudência do STF sempre se posicionou de forma muito reticente no que tange a argumentos consequencialistas de cunho econômico como fundamento autorizador da modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Exige-se, como visto, demonstração da relação de causalidade entre o impacto econômico e o risco aos interesses públicos, para tanto.

Consideramos que, a princípio, a queda da arrecadação das receitas públicas, ou os efeitos econômicos deletérios para os cofres fazendários não pode servir de fundamento para a modulação de efeitos. A uma pois se trata de interesse egoístico do Estado, como pessoa jurídica, a duas pois se trata de fundamento não-jurídico.

Nada obstante, não se pode ignorar que tal argumentação não é invocada como fim, mas como meio de se concretizar os interesses públicos, especialmente, ao menos para fins argumentativos, de se garantir os direitos fundamentais que justificariam a modulação de efeitos.

É que se, por um lado, a referência isolada a um determinado prejuízo aos cofres públicos não consiste em argumento jurídico, não se olvida que referido impacto pode vir a acarretar implicações jurídicas relevantes, relacionadas à execução orçamentária e à promoção de direitos fundamentais, a caracterizar o excepcional interesse social exigido pela legislação que trata da modulação de efeitos³¹.

De acordo com José Casalta Nabais, a regra do Estado moderno, hoje, é sua conformação como um “estado fiscal na sua versão social”, na qual se identifica indissociável relação entre a arrecadação de tributos e a promoção de direitos fundamentais. No Estado fiscal, os interesses públicos são essencialmente custeados por impostos que estão imbricados aos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente quanto às liberdades econômicas e ao bem-estar social³².

³¹ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

³² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012, Pg. 679.

O ônus de demonstrar tal relação, no entanto, cabe ao interessado pela modulação, comumente a Fazenda Pública.

Vislumbra-se, neste ponto, três hipóteses capazes de oportunizar o sopesamento prévio à modulação, que se traduzem em se desincumbir do ônus da: demonstração concreta de risco a direito fundamental; demonstração concreta de risco a outro interesse social relevante; impacto orçamentário excepcional, donde se presume o risco a interesses sociais relevantes.

A terceira hipótese, do risco presumido, é meramente teórica, já que na prática não se vislumbra hipótese em que o impacto aos cofres se sobreleve aos deveres de gerir os riscos fiscais, estabelecidos pelas leis de direito financeiro.

E, mesmo que possível fosse cogitar a hipótese, estar-se-ia diante de situação na qual a demonstração do risco de lesão a interesses sociais constitucionais seria ônus de facilitada desincumbência, a ensejar o enquadramento em um dos demais cenários.

Bastando aqui registrar o consolidado entendimento do STF, segundo o qual a mera demonstração do impacto financeiro não basta para se configurar o risco a interesses sociais. É preciso que haja a demonstração lógica, ainda que indireta, e precisa do risco suscitado.

Ademais, tal demonstração deve considerar a existência e extensão das medidas de gestão de riscos fiscais estabelecidas pelas leis de direito financeiro.

Afinal, como bem registra José Maria Arruda de Andrade:

Uma gestão sem qualquer estratégia de impacto e que insista na aposta, muitas vezes improvável, de que não haverá derrota, parece desafiar o aspecto social e coletivo, configurando, antes, a responsabilidade governamental por ausência de um cuidado maior com as contas públicas.³³

Desde quando a Lei Orçamentária Anual passou a incluir, através de seu Anexo V, a gestão do impacto das ações judiciais, especialmente quanto a demandas de natureza tributária, mais rigoroso e de dificultada configuração se revela a demonstração do critério.

Afinal, afigura-se lógico que, ao menos no que toca à administração federal, não haveria como se cogitar um impacto orçamentário capaz de inviabilizar a consecução de interesses sociais quando este já é previsto. Ter-se-ia que presumir, ou melhor, demonstrar a má-gestão orçamentária

³³ ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. Revista Direito Tributário Atual, n. 40, p. 506-523, 2018.

do ente o qual, ciente do possível impacto, não agiu, ou não pôde agir, de modo a resguardar os interesses sociais que poderiam ser afetados pela perda da arrecadação.

E tal constatação, mais visível e relevante no âmbito federal, não se limita a este. É evidente que os demais entes da federação também possuem o dever de provisionar seus riscos a fim de resguardar seus principais fins, que são intimamente atrelados à proteção dos valores de índole constitucional.

Torna-se rigorosa a demonstração, nestes casos, pois ou se demonstra que o impacto extrapolará o provisionamento, ou se demonstra que o provisionamento realizado foi em vão. Que, a despeito de ser previsível e efetivamente previsto, o ente nada fez para resguardar o interesse que alega estar em risco.

7. Conclusão

Com o presente estudo, revelou-se que a jurisprudência é extremamente rica de indicativos do que se considera “excepcional interesse social”; apesar de ser pobre em indicações concretas dos valores que se agasalham do conceito e carente no que toca a uma objetivação precisa de como este deve ser compreendido para a modulação de efeitos.

Nada obstante, pôde-se concluir que a Corte considera que qualquer valor de índole constitucional é apto a ensejar a modulação de efeitos, desde que esteja revestido de excepcionalidade.

Verificou-se que a excepcionalidade pode, portanto, qualificar o próprio interesse em si, pelo que devem se destacar os direitos fundamentais em face a outros interesses também de indiscutível relevância; quanto qualificar os efeitos concretos da decisão de inconstitucionalidade.

Aferiu-se, também, a existência de um critério implícito conferidor de excepcionalidade que se circunscreve ao caráter pedagógico da decisão de inconstitucionalidade que deve ser observado, principalmente, quando, no conflito, figurar um ente da administração pública, a fim de mitigar o incentivo da “inconstitucionalidade útil”, através da qual se editam leis flagrantemente inconstitucionais no intento de se obter seus efeitos.

Vencida a verificação da excepcionalidade do caso, caberá à Corte a ponderação dos valores em jogo. Atribuindo-se prevalência aos valores “excepcionais” – direitos fundamentais –,

a ponderação deverá levar em conta, em primeiro plano, o fundamento constitucionalmente relevante protegido pelos efeitos da norma inconstitucional e o fundamento constitucionalmente relevante atacado pela inconstitucionalidade, mas também os demais valores que serão atacados pela modulação, notadamente, a mitigação da Teoria da Nulidade, que enseja, invariavelmente, uma lesão à segurança jurídica do jurisdicionado; e também, principalmente nos casos em que a lesão aos interesses sociais decorre de impacto orçamentário, as proteções de índole constitucional dos contribuintes, que terão de suportar o ônus da má gestão do ente.

Em suma, estará autorizada a modulação somente nos casos em que se identificar concretamente todos os interesses sociais que se buscam proteger, os que serão diretamente atacados; e se identifique a prevalência daqueles em face a estes, somados, ainda, da prevalência a aplicação da Teoria da Nulidade e dos demais efeitos decorrentes da modulação, especialmente, em matéria tributária, dos deveres que impõem proteção aos contribuintes, que não devem, salvo excepcionalissimamente, suportarem os danos da modulação de efeitos, cuja proteção de demais direitos, pretendida pela administração, não é albergada diretamente pelos seus deveres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária**. Revista Direito Tributário Atual, n. 40, p. 506-523, 2018.

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

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos nº 189**. Brasília, DF. 29/04/1997. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR1997.pdf#page=>

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADI 1.102/DF**, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicado em 17/11/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **ADI 2.154/DF**, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 20/06/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **EDcl no RE 559.937/RS**, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 14/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **RE 1.331.245/SP**, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 29/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **RE 150.764/PE**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 02/04/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **RE 363.852/MG**, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 23/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **RE 401.953/RJ**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 21/09/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **RE 631.111/GO**, Rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 30/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **AgR no AI 557.237/RJ**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado em 26/07/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **RE 122.202/MG**, Rel. Min. Francisco Rezek, publicado em 08/04/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, **RE 79.343/BA**, Rel. Min. Leitão de Abreu, publicado em 02/09/1977.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Parecer - Exame do risco de modulação de efeitos no RE 574.706 (ICMS na base do PIS e da COFINS)**: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança. Excepcional Interesse Social: necessária demonstração objetiva. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2018/10/parecer-b3p-icms-na-base-do-pis-e-da-cofins-1.pdf>.

DIDIER JR., Fredie. **Os Três Modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Cinco Anos do Novo CPC: a importância dos precedentes**. In: SANTA CRUZ, Felipe; FUX, Luiz; GODINHO, André (Coord.). Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Editora OAB Nacional e CNJ, 2021.

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

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha Pontes. **Inconstitucionalidade da Lei Tributária – Repetição de Indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, São Paulo: Malheiros, 1999.

KELSEN, Hans. **O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana**. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Modulação dos Efeitos Temporais do STF**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. **A Modulação dos Efeitos da Decisão: análise crítica ao instituto, Processo Constitucional (Coord: Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Sarlet)**, 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

RAGHIAN NETO, Ary. **A declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei 8.212/1991 e a modulação dos efeitos dessa decisão pelo STF. Breves considerações**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Revista de Processo, ano 34, n. 167, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas**. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010.