

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA**  
**ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**  
**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MARIA CLARA CUNHA FARIAS

A FELICIDADE DO MAIOR NÚMERO:  
O DISCURSO UTILITARISTA NA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA

MARIA CLARA CUNHA FARIAS

**A FELICIDADE DO MAIOR NÚMERO:  
O DISCURSO UTILITARISTA NA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof.  
Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, apresentado para  
obtenção do Título de Mestre em Direito  
Constitucional.

**BRASÍLIA**

**2022**

MARIA CLARA CUNHA FARIAS

**A FELICIDADE DO MAIOR NÚMERO: O DISCURSO UTILITARISTA NA  
MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional  
do IDP, como requisito para obtenção do título de  
Mestre em Direito Constitucional.

24 de janeiro de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco**

---

**Prof. Dr. José Roberto Afonso**

---

**Prof. Dr. Diogo Palau**

## **AGRADECIMENTOS**

**À Nossa Senhora, que está sempre intercedendo por mim.**

Aos meus pais, Márcia e Paulo: muito obrigada por estarem sempre ao meu lado e por tolerarem todos os altos e baixos de uma jovem recém-formada, recém-advogada, recém “concurseira”, que, ainda por cima, decidiu fazer mestrado. Quero ser espelho de vocês.

Aos meus irmãos queridos, Antônio, Pedro e Caterina, muito obrigada por sempre me lembrarem do que sou capaz.

Aos meus avós, Breno, Therezinha, Elmano e Vera, minha enorme gratidão pelo amor incondicional que me permitiu chegar até aqui. Tia Lia: obrigada pelas orações.

A Rodrigo, obrigada pela inspiração, pelo aconchego, por tudo.

Aos educadores do IDP, que se dispuseram a compartilhar o conhecimento. Em especial, tenho que agradecer ao professor Paulo Gustavo Gonet, que acreditou em mim desde o começo desta jornada e me deu todo o incentivo necessário para completá-la. Ao Professor José Afonso, por fomentar meu interesse pelo Direito Tributário. Agradeço, também, ao Professor Diogo Palau pelas importantíssimas contribuições durante a qualificação e por sua imensa solidariedade acadêmica! Por fim, agradeço ao Professor Antônio Moura Borges, por ter despertado meu interesse pela área acadêmica durante a graduação.

*O tempo corrói tudo, tem uma inelutável qualidade chamada entrópica: tudo morre (vide a segunda lei da termodinâmica). Mas, nessa inelutável entropia do tempo físico, introduz-se a cultura humana (a ética, o direito) como a capacidade de uma retomada reflexiva do passado e de previsibilidade do futuro.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio et al. Efeito ex nunc nas decisões do STJ. Barueri: Manole, 2009, p. 7.

## RESUMO

A Lei n.º 9.868/99, ao regulamentar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, trouxe em seu texto uma técnica de decisão que transformou o controle judicial de constitucionalidade das leis: a modulação de efeitos. O presente estudo teve como objetivo avaliar a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social”, requisitos listados como justificadores da manipulação temporal de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que modula os efeitos de decisões de declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária. Mais especificamente, buscou-se a relação da maneira como o Supremo Tribunal Federal define esses termos com a filosofia utilitarista elaborada por Jeremy Bentham. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre a proposta de codificação do direito britânico apresentada por Bentham, contrapondo-a à criação judicial do direito, bem como uma avaliação do estado da arte da definição de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” na doutrina. Além disso, demonstrou-se a fundamentação do Congresso Nacional para a incorporação da modulação de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento, foram analisados acórdãos prolatados pelo Plenário do STF em que se atingiu o quórum para a aplicação da modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade referente a normas tributárias. Constatou-se que a Suprema Corte, embora preserve a segurança jurídica ao modular os efeitos de suas decisões, não tem priorizado os direitos individuais do contribuinte, principalmente o direito à ação de repetição de indébito, o qual tem fundamento constitucional. Com isso, a função protetiva dos direitos do cidadão em face do Poder Público – inerente à jurisdição constitucional – encontra, nesse aspecto, ponto de inflexão.

## ABSTRACT

Law 9.868/99, when regulating procedural aspects of direct actions of unconstitutionality and declaratory actions of constitutionality before the Federal Supreme Court, prescribes a decision technique that transformed judicial review in Brazil: the modulation of effects, or prospective overruling. The present study evaluates "legal certainty" and "exceptional social interest", requirements listed as justifiers of the manipulation of effects of the declaratory decision of unconstitutionality, in the case law of the Federal Supreme Court that modulates the effects of decisions of declaration of unconstitutionality in tax matters. More specifically, we examined how the way the Federal Supreme Court defines these terms relates to the utilitarian philosophy elaborated by Jeremy Bentham. To this end, bibliographical research was conducted on the proposal for codification of British law presented by Bentham, contrasting it with the judicial creation of law, as well as an evaluation of the state of the art of the definition of "legal certainty" and "exceptional social interest" in Brazilian legal doctrine. In addition, we analyzed the rationale of the National Congress that resulted in the incorporation of modulation of effects in the Brazilian legal system. Furthermore, this study analyzed the decisions handed down by the STF Plenary in which the quorum for the application of modulation of effects in concentrated control of constitutionality concerning tax norms was reached. It was found that the Supreme Court, although preserving legal certainty by modulating the effects of its decisions, has not preserved the individual rights of the taxpayer, especially the right to action for recovery of undue payment, which has constitutional basis. Thus, the protective function of the citizen's rights against the Public Power - inherent to the constitutional jurisdiction - finds, in this aspect, an obstacle.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I - Noções preliminares do utilitarismo e a sua relevância para a atualidade.....</b>	<b>14</b>
I.I O conceito de “segurança” na teoria de Bentham: a segurança como elemento essencial para a liberdade.....	20
I.II O conceito de “interesse comunitário” na teoria de Bentham.....	23
I.III O que a adoção do utilitarismo significa para os direitos individuais do contribuinte?.....	27
<b>CAPÍTULO II – Pressupostos teóricos para a modulação de efeitos, a <i>mens legislatoris</i> e os freios da interpretação mecânica de Bentham garantidora da segurança jurídica.....</b>	<b>35</b>
II.I Visão geral dos pressupostos teóricos para a modulação de efeitos e a <i>mens legislatoris</i> ....	35
a) Análise dos debates legislativos sobre a inclusão do art. 27 no PL 2.960/1997: a permissão legislativa para a criação da norma judicial.....	35
II.II Precedentes vinculantes e o utilitarismo.....	43
II.III A segurança jurídica, a modulação de efeitos e a proteção da expectativa legítima.....	50
II.IV O excepcional interesse social na relação entre o Fisco e o contribuinte.....	61
<b>CAPÍTULO III – A modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade de matéria tributária: a jurisdição constitucional <i>pro futuro</i>.....</b>	<b>69</b>
III.I Recorte metodológico.....	69
III.II Apresentação dos resultados.....	70
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>
<b>APÊNDICE I – Tabela De Casos Analisados.....</b>	<b>106</b>
<b>APÊNDICE II – Modulação De Efeitos Em Favor Do Fisco Ou Contribuinte Nos Casos Analisados.....</b>	<b>108</b>
<b>APÊNDICE III – Definição De “Segurança Jurídica” E “Interesse Social” Nos Casos Analisados.....</b>	<b>121</b>





## INTRODUÇÃO

Em célebre julgado da tradicional doutrina constitucional, a Suprema Corte americana, ao decidir acerca da viabilidade de uma lei inconstitucional criar um cargo público, afirmou que “um ato inconstitucional não é uma lei; não confere direitos; não impõe deveres; não confere proteção; não cria cargo; é como se nunca tivesse sido aprovado.”<sup>2</sup> De maneira semelhante, o constituinte originário brasileiro optou pela retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, tornando nulo qualquer potencial efeito da lei inconstitucional. Em momento posterior, o legislador, ao notar que na prática o dogma da nulidade impede o Judiciário de considerar os efeitos de suas decisões<sup>3</sup>, e que a insegurança jurídica decorrente do efeito *ex tunc* pode resultar na produção de injustiças<sup>4</sup>, permitiu a restrição dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade.

Por isso, o Judiciário atualmente serve-se da legitimidade da modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, que estabelece 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 terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>5</sup> É dizer: o legislador optou por permitir que leis inconstitucionais possam, em situações

---

<sup>2</sup> Tradução livre da autora. “An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is in legal contemplation as inoperative as though it had never been passed.” TRIBE, Lawrence H. **American Constitutional Law**. 3a ed., v. 1, Nova Iorque: Foundation Press, 2000, p. 14.

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1988, p. 28. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47163>. Acesso em: 10 de junho de 2020. Nas palavras de Sarmento, o Judiciário não pode desconsiderar os efeitos de suas decisões. Urge constatar que tem responsabilidade sobre as consequências de seus julgados e pode ponderar princípios a fim de “temperar” a retroatividade da decisão quando isso for indispensável para a proteção de valores e interesses de estatura constitucional.

<sup>4</sup> Neste trabalho, os conceitos de “inseguranças jurídicas” e “injustiças” serão analisados à luz do marco teórico – qual seja, os contornos que Bentham deu a esses conceitos. Nesse sentido, afirma Miguel Reale, “a justiça nunca se põe como um problema isolado, válido em si e por si, porque sempre se acha em essencial correlação com outros da mais diversa natureza, desde os filosóficos aos religiosos, dos sociais aos políticos, dos morais aos jurídicos, conforme o demonstra sua vivência ao longo da história, estando sempre inserida em distintos conjuntos de interesses e de ideias.” REALE, Miguel. Problemática da justiça. **Revista CEJ**, Brasília, v. 5, n. 14, 2008, p. 121. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/918>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

<sup>5</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

excepcionais, criar obrigações ou restringir direitos<sup>6</sup> – em outras palavras: a lei inconstitucional pode constitucionalmente produzir efeitos no ordenamento jurídico.

Apesar de atualmente o tema da modulação de efeitos ser assunto cada vez mais corriqueiro no âmbito da jurisdição constitucional, a possibilidade de a Corte Suprema manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e flexibilizar o dogma da nulidade é tema que deve ser levado a sério e ainda exige ponderadas reflexões, pois lida com um princípio caríssimo ao Estado Democrático de Direito: a supremacia da Constituição.<sup>7</sup>

Embora em um primeiro momento possa parecer inesperado, a ética utilitarista de Bentham está intrinsecamente relacionada à modulação de efeitos. Em relação aos motivos que, durante a deliberação do Projeto de Lei n. 2960/1997<sup>8</sup>, levaram o legislador a permitir que o STF, por meio de maioria qualificada, decida as consequências temporais de suas decisões, é possível identificar uma linha de pensamento que muito se aproxima do princípio da utilidade no que tange especificamente ao direito tributário. De fato, o Poder Legislativo parece ter tido como base a necessidade reflexão sobre os fins do direito – em outras palavras, o que a norma jurídica busca ou deve buscar – o que por um bom tempo foi espécie de assunto “tabu” sob a ótica kelseniana do direito positivo.<sup>9</sup> É de ver um breve exemplo, a seguir, extraído do voto em separado do Sr. Deputado Jarbas Lima no Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, no qual percebe-se uma atenção especial ao nítido equilíbrio entre o que seria a soma dos benefícios produzidos pela mitigação da nulidade da norma *versus* o dano causado pelo “casuísmo” da nulidade absoluta da lei tributária declarada inconstitucional:

(...) Como já colocado anteriormente, a aplicação desse dispositivo importará em criação de situações desiguais, pois uma lei inválida será aplicada em certo período como se válida fosse. No campo tributário, esse tratamento desigual importará em verdadeiro confisco. Não há razão de “segurança jurídica” e de “interesse social” que justifique tamanho casuísmo, mas tão-somente interesse de governo, deixando os cidadãos brasileiros à mercê diante de leis e atos normativos inconstitucionais.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; MENDES, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional-Série IDP**. 16a ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021, p. 1181.

<sup>7</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. “Supremo Ameaça Banalizar a Modulação de Efeitos de Suas Decisões”. **Conjur**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-28/observatorio-constitucional-supremo-ameaca-banalizar-modulacao-efeitos-decisoes>>. Acesso em: 3 de maio de 2021.

<sup>8</sup> Convertido na Lei Ordinária 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e, em seu artigo 27, prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>9</sup> RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25, 2010, p. 3.

<sup>10</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 2960/1997**. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal

Frente a essas considerações, o intuito desta pesquisa é o de propor a análise de acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 10 de novembro de 1999, dia em que a Lei 9.868/99 entrou em vigor, até 30 de junho de 2021. Serão analisadas as decisões do Plenário em que ocorreu a modulação de efeitos de leis julgadas inconstitucionais em matéria tributária, verificando se existe relação entre os votos dos Ministros e a teoria ética de Jeremy Bentham, especificamente no que diz respeito aos conceitos de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social.” Assim, em síntese, a investigação busca fugir do senso comum<sup>11</sup> em relação à definição da segurança jurídica e do interesse social para buscar conferir aos dois conceitos maior precisão técnica. Espera-se, então, conseguir desvendar padrões existentes na justificação da modulação de efeitos no cenário de interpretação e aplicação da norma que permite essa técnica. Com isso, este trabalho tem a pretensão de desenhar um mapa do discurso utilitarista, no que tange à segurança jurídica e interesse social, e colocá-lo lado a lado à fundamentação de acórdãos que utilizam a técnica de modulação de efeitos nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade em assuntos tributários.<sup>12</sup>

Apesar de vários autores terem-se debruçado sobre o estudo da modulação de efeitos, a maior parte dessas pesquisas foram desenvolvidas sob a ótica da ponderação de princípios (segurança jurídica e a proteção da confiança legítima do contribuinte *versus* o princípio da supremacia constitucional, ou *versus* outro valor constitucionalmente protegido)<sup>13</sup>. É esparsa a doutrina que discute o fenômeno sob o *marco teórico do utilitarismo*.<sup>14</sup> Desse modo, o marco

---

Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208355>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

<sup>11</sup> Aqui não se pretende ignorar a importância do senso comum no Direito, apenas se busca a compreensão mais aprofundada da realidade fática. Nas palavras de Paul Vinogradoff: “Ainda que os detalhes de normas jurídicas sejam complicados e técnicos, as operações da mente no domínio do direito são baseadas no senso comum, e podem ser seguidas sem dificuldade por pessoas de inteligência e educação ordinárias. A Jurisprudência, a esse respeito, pode ser comparada à economia política, que também se desenvolve a partir de princípios gerais simples e também requer um grande nível de especialização no que concerne às suas particularidades.” Tradução da VINOGRADOFF, Paul. **Common-Sense in Law**. Londres: T. Butterworth, 1ª ed., 1913, p. 9. Na mesma linha, Carlos Ari Sundfeld afirma: “Quem não é do meio deve estar atento a esses juízos de juristas sobre o real, que não vêm do Direito, mas da experiência. Com frequência são puro senso comum, em linguagem enrolada. Nesse nível, então, é que se tem de examiná-los e, quando for o caso, contestá-los.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 41.

<sup>12</sup> ALVIM, Teresa Celina de Arruda. Notas Acerca Da Modulação Do Art. 927, § 3.º, Do Cpc / Notes On Prospective Overruling (ART. 927, § 3.º, CPC). **Argumenta Journal Law**, n. 31, 2020, p. 87. CARVALHO POSADA, Francisco Emilio. A Necessidade De Análise Dos Critérios Que Autorizam A Rediscussão Dos Precedentes Como Questão Prévia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/47581>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

<sup>13</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 57, 2000, p. 114. PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. KEMMERICH, Clovis Juarez. Prospective Overruling in Brazilian Law. **Segmentos**, v. 1, n. 1, 2007, pp. 6-10.

<sup>14</sup> Na verdade, é um tanto inesperado que não haja mais literatura que analise questões jurídicas sob a ótica utilitarista de Bentham. A despeito de, no direito penal, o seu *Panóptico* ser bastante mencionado, pouquíssimas

teórico central desta pesquisa diz respeito à teoria de justiça de Jeremy Bentham, segundo a qual a felicidade é o único fim a que o legislador deve aspirar.<sup>15</sup>

No que tange aos acórdãos que compõem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a modulação de efeitos, sabe-se que, ao longo de sua trajetória, Bentham buscou substituir o *common law* por um sistema de direito codificado. O papel dos juízes nesse sistema seria estritamente o de aplicar as leis. Com isso, os juízes não decidiriam diretamente de acordo com a aplicação do princípio da utilidade no caso concreto. Na verdade, fariam o enquadramento de conduta determinada em regras elaboradas pelo legislador – essas, por sua vez, teriam de ser concebidas unicamente com base no princípio da utilidade. Por conseguinte, o juiz buscaria a maximização da utilidade dentro dos limites já definidos pelo legislador, e de acordo com um processo em que ele deixe seus fundamentos para assim decidir expressos.<sup>16</sup>

Nos tempos atuais, esse debate perpassa necessariamente pela função atual que o Poder Judiciário exerce, razão pela qual este trabalho fará uma breve análise da modulação de efeitos dentro de um contexto institucional.<sup>17</sup> Nesse diapasão, critica-se a *performance* do julgador que, ao “encontrar a lei” busca justificar uma decisão pouco técnica recorrendo à utilização sem-sentido de princípios constitucionais.<sup>18</sup>

A pesquisa pretende investigar a relação entre a teoria do princípio da utilidade de Jeremy Bentham e os discursos que permeiam a aplicação da técnica de modulação de efeitos de decisões de controle concentrado em matéria tributária.

Para a realização dessa análise, foi utilizado o Método de Análise de Decisões (MAD) desenvolvido pelos Professores Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima.<sup>19</sup> A pesquisa

---

referências são feitas à parte de seu trabalho que mais lhe interessava: o estudo da legislação e do governo. PICOLI, Rogério Antonio. **Sobre o governo em Jeremy Bentham: o risco das partes e o traçado do todo**. 2007. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-28052007-145753/publico/TESE\\_ROGERIO\\_ANTONIO\\_PICOLI.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-28052007-145753/publico/TESE_ROGERIO_ANTONIO_PICOLI.pdf). Acesso em: 9 de junho de 2020.

<sup>15</sup> ‘It has been shown that the happiness of the individuals, of whom a community is composed, that is, their pleasures and their security, is the end and the sole end which the legislator ought to have in view’. BENTHAM; Jeremy. **The collected works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1907.

<sup>16</sup> FERRARO, Francesco. Direct and indirect utilitarianism in Bentham’s theory of adjudication. **Journal of Bentham Studies**, v. 12, 2010, p. 4-6. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/1887774.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

<sup>17</sup> “Por diálogo institucional, entenda-se, em primeiro lugar e apenas como um conceito descritivo, a existência de uma interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento na atividade de interpretar e dar sentido à Constituição.” RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. DIÁLOGO INSTITUCIONAL: um estudo comparado. **REVISTA DA AGU**, v. 17, n. 2, 2018, p. 298.

<sup>18</sup> ALLEN, Jessie. Blackstone, Expositor and Censor of Law Both Made and Found. In: PREST, Wilfrid; PAGE, Anthony (eds.). **Blackstone and his Critics**, Hart Publishing (*Forthcoming*). Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2981723#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981723#). Acesso em: 10 de junho de 2020, p. 1-3.

<sup>19</sup> FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Universitas Jus**, v. 2, 2010, p. 6.

exploratória e o marco teórico serão expostos nos primeiros dois capítulos, em que se demonstrou o estado da arte do utilitarismo relacionado à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma tributária. No terceiro capítulo, será apresentado o recorte metodológico e serão apresentados os resultados da análise empírica de acórdãos. Para não alargar de forma desarrazoada o objeto da pesquisa, não foram analisados acórdãos que modularam os efeitos de decisões tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (ou seja, em sede de recurso extraordinário), visto que o art. 27 da Lei 9.868/99 disciplina tão somente a modulação nas ações de controle concentrado (ADI e ADC).

Aqui faz-se outra ressalva: esta pesquisa não tem o intuito de avaliar se o STF promove a felicidade do maior número dos indivíduos na sociedade ou não, mas sim se a Corte Constitucional utiliza as premissas filosóficas do utilitarismo para decidir acerca da modulação de efeitos em matéria tributária. Para analisar como o Supremo Tribunal Federal se comporta na aplicação do conceito de “excepcional interesse social” e “segurança jurídica”, foram escolhidos casos com base no critério de pertinência ao tema desta pesquisa.<sup>20</sup> Por isso, foram excluídos da análise todos os acórdãos em que: (i) não se atingiu o quórum qualificado que é requisito para a modulação de efeitos; e, (ii) não se trata *exclusivamente* de inconstitucionalidade em matéria tributária. Após a aplicação desses filtros, obteve-se com pesquisa o total de 16 (dezesesseis) acórdãos para análise.

A hipótese é a de que o Supremo, ao regular interesses conflitantes que surgem na sociedade, aplica o princípio da utilidade na interpretação das situações fáticas que lhe são apresentadas.<sup>21</sup> O primeiro capítulo se dedica ao delineamento conceitual dos termos “segurança”<sup>22</sup> e “interesse da comunidade”<sup>23</sup> dentro da teoria utilitarista de Bentham. O segundo capítulo sistematiza estado da arte na literatura sobre o papel da segurança jurídica e do interesse social na fundamentação da modulação de efeitos em matéria tributária<sup>24</sup>, bem

---

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> De acordo com Pugliesi e López, o direito existe para resolver conflitos. Nesse lugar de debate, estabelecem-se as regras para um jogo de poder e, assim, é possível reduzir fenômenos coletivos a situações individuais. Quando se decide por um significado da norma jurídica, decide-se uma resolução dentre as possíveis para o conflito em questão. PUGLIESI, Márcio; LÓPEZ, Nuria. Teoria da Decisão: Um paradigma hermenêutico pós-reviravolta linguística-pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 2, n.1, 2015. Nesse sentido, aponta-se neste trabalho que o utilitarismo é um dos possíveis significados que podem ser dados aos conceitos abstratos na norma que permite a modulação de efeitos.

<sup>22</sup> HOOGENSEN, Gunhild. International relations, security and Jeremy Bentham. **Psychology Press**, v. 37, 2005.

<sup>23</sup> DINWIDDY, John. Bentham On Private Ethics And The Principle Of Utility. **Revue Internationale De Philosophie**, Paris, v. 36, n. 141, 1982, p. 300.

<sup>24</sup> GREYTER, Eloise Mari. A modulação dos efeitos temporais da decisão em controle concentrado de constitucionalidade: garantia à segurança jurídica. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011, p. 264. RIBEIRO, Diego Diniz; CANCIAN, Vinícius Marin; AMARAL, Sergio Tibiriçá. O controle de constitucionalidade na modulação dos efeitos intertemporais do controle concentrado em matéria tributária e a (in) segurança jurídica do contribuinte. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, 2017, p. 20. OLIVEIRA,

como faz breves considerações sobre debates legislativos que levaram à previsão normativa da modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade.

Em um segundo momento, a parte empírica deste trabalho realiza a observação e a verificação de como os conceitos filosóficos aqui trabalhados são interpretados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>25</sup> Ao final, a hipótese é parcialmente confirmada. Em relação à segurança jurídica, a Corte Constitucional se adequa à noção utilitarista de que um ordenamento jurídico deve proteger a confiança que os cidadãos depositam no Estado. Já no que diz respeito ao excepcional interesse social, o STF tem preenchido o conteúdo desse conceito indeterminado tanto com o interesse dos contribuintes de manter a sua integridade patrimonial quanto com o interesse orçamentário estatal. Com isso, a Corte por vezes passa por cima de garantias individuais invioláveis, o que tem consequências para a sua própria legitimidade para exercer a jurisdição constitucional.

---

Valéria Cristina Romão. Uma análise da modulação pro futuro dos efeitos da decisão como instrumento de manutenção da ordem jurídica. **Revista FIDES**, Natal, v. 6, n. 2, 2015.

<sup>25</sup> ROSS, Alf. **On law and justice**. 1a ed. Berkeley: University of California Press, 1959, p. 9.

## CAPÍTULO I – Noções preliminares do utilitarismo e a sua relevância para a atualidade

Esta seção se dedica à análise da teoria ética do utilitarismo no que tange à sua aplicação à modulação de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei. Para isso, serão analisadas as principais premissas da teoria utilitária desenvolvida por Jeremy Bentham. O que se busca aqui, então, é: (i) definir “segurança jurídica” e “interesse social” sob a ótica utilitarista; e (ii) fazer considerações sobre o que isso significa para os direitos individuais dos contribuintes, bem como trazer a relevância do utilitarismo para o estudo da modulação de efeitos em matéria tributária.

Sob o pretexto de breve introdução ao utilitarismo em geral, essa teoria pertence ao ramo da filosofia chamado de “ética” ou “moral”, o qual estuda o que torna uma ação certa ou errada, e, em sentido mais amplo, o que torna um ser humano bom ou mau, visando a oferecer regras de conduta. Nesse âmbito, discute-se se existem regras morais, absolutas, e quais seriam. Melhor dizendo, a filosofia moral utiliza a razão para fundamentar qual é o valor intrínseco a certos modelos de comportamento.<sup>26</sup>

A teoria utilitária é uma forma de dar respostas a essa questão. No paradigma utilitário, o valor de uma ação é medido de acordo com as *consequências* que ele gera. Então, o utilitarismo é uma subespécie de consequencialismo, pois fundamenta o mérito de uma conduta de acordo com os resultados obtidos, e não conforme a conduta em si. O utilitarismo enxerga a melhor vida possível como aquela em que há o maior superávit de felicidade em relação ao sofrimento - é dizer: a conduta ideal será sempre a que representa um aumento líquido na felicidade para o indivíduo, ou, em escala maior, para toda a sociedade.<sup>27</sup>

O utilitarismo possui algumas vertentes, embora todas converjam para o princípio da maximização da utilidade (o código de conduta individual é regido de acordo com a necessidade de aumentar a felicidade e evitar o sofrimento).<sup>28</sup> Quando o termo surgiu na Inglaterra, na metade do século XXI, era utilizado para se referir a reformas legais, sociais e políticas. Embora Jeremy Bentham não tenha sido o primeiro a escrever sobre o utilitarismo, ele foi o primeiro a dissociar a teoria da utilidade do direito natural. Com efeito, conforme será exposto a seguir, Jeremy Bentham rechaça a ideia da existência de um direito natural. Para ele, a legislação não

---

<sup>26</sup> Nas palavras de NERI, “se a reflexão moral comum diz respeito ao que fazer aqui e agora, a reflexão ética procura responder às mesmas perguntas, mas de forma mais geral e abstrata (‘o que, em geral, se deve fazer e por quê?’ (...)).” NERI, Demétrio. **Filosofia moral**. 1ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 10.

<sup>27</sup> DE LAZARI-RADEK, Katarzyna; SINGER, Peter. **Utilitarianism: A very short introduction**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 2.

<sup>28</sup> BRANDT, Richard Booker. **Morality, utilitarianism, and rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 119.



encontra seu fundamento em aspectos metafísicos, senão é apenas um instrumento para alinhar as expectativas individuais às coletivas. Por meio da elaboração de políticas públicas racionais e da legislação, e não por providência divina, a busca pelo interesse próprio pode viabilizar a promoção do interesse comum.<sup>29</sup> Pode-se afirmar, portanto, que Jeremy Bentham foi um positivista: para ele, a função primária da legislação seria a de coordenar a integração social, não servindo a qualquer propósito sagrado.<sup>30</sup>

Foi John Locke, outro célebre filósofo britânico, quem registrou pela primeira vez a ideia de que o homem é naturalmente inclinado a evitar o sofrimento e buscar a sua própria satisfação. No entanto, a doutrina de John Locke baseou-se na lei da Natureza, a qual ele equiparava à lei moral.<sup>31</sup> Na sua teoria de governo, a “lei natural”, que corresponde ao estado originário do ser humano e à vontade divina, é reconhecida pelo homem por meio da razão e por meio dos sentidos. Como todos são criados por Deus, e são iguais perante Deus, existiria um direito inato à vida, à liberdade e à propriedade.<sup>32</sup>

Bentham, ao contrário de Locke e dos demais contratualistas que o sucederam<sup>33</sup>, rejeita a existência de direitos inerentes à natureza humana. Por isso, apoiou a codificação do direito britânico, afastando o sistema de *common law*. O código ideal para Jeremy Bentham seria utilitário - ou seja, sempre ordenado conforme o princípio da maior felicidade, unindo a teoria ao empirismo e engajando a filosofia ao mundo dos fatos.<sup>34</sup> Desse modo, o projeto benthamiano sempre foi político e jurídico, consistente em criar um sistema legal completo, sem lacunas. Esse empreendimento depende de uma compreensão do que *deve ser* e do que *efetivamente é*, e da distinção entre as duas coisas. Assim, o utilitarismo corresponde a uma teoria de valores,

---

<sup>29</sup> EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Ed.). **The Cambridge companion to utilitarianism**. 1a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 40-42.

<sup>30</sup> Por positivismo, remete-se, na ciência em geral, a Augusto Comte, o qual constituiu uma fórmula geral de sistematização do conhecimento, sob a ótica do método científico para enfrentar problemas sociais, afastando a interpretação metafísica, pois o ser humano só atinge o conhecimento verdadeiro por meio da experiência, do empirismo. JÚNIOR, João Ribeiro. **O que é Positivismo**. 1a ed. Tatuapé: Editora Brasiliense, 1982. Já nas ciências jurídicas, o positivismo se refere à corrente que acredita que o direito retira sua validade do fato de ter sido proferido por uma autoridade jurídico-política. BOBBIO, Norberto; VALDÉS, Ernesto Garzón. **El problema del positivismo jurídico**. Buenos Aires: Eudeba, 1965. Sobre Jeremy Bentham e positivismo: POSTEMA, Gerald J. Bentham on the public character of law. **Utilitas**, v. 1, n. 1, 1989, p. 41.

<sup>31</sup> BROGAN, Albert Perley. John Locke and Utilitarianism. **Ethics**, v. 69, n. 2, 1959, p. 80.

<sup>32</sup> WALDRON, Jeremy. John Locke: social contract versus political anthropology. **The Review of politics**, v. 51, n. 1, p. 3-28, 1989, pp. 4-10.

<sup>33</sup> Os “contratualistas” são filósofos que baseiam a sua teoria de governo na ideia de que a passagem do estado de natureza à constituição da sociedade civil ocorre por meio de um contrato social, em que os indivíduos renunciam às liberdades naturais para conceder ao Estado o poder de criar e aplicar leis, recebendo em troca a proteção, o bem-estar e a paz. KYMLICKA, Will. The social contract tradition. **A companion to ethics**, v. 186, 1991, pp. 189-92.

<sup>34</sup> EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Ed.). **The Cambridge companion to utilitarianism**. 1a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 38-40.

voltada à explicação de como as pessoas agem (para Bentham, sempre de acordo com os próprios interesses).<sup>35</sup>

Com esse afastamento do direito natural, Bentham fundou o utilitarismo, baseando toda sua teoria na premissa de que a moralidade corresponde à maximização da felicidade – feito o balanço entre o prazer e a dor, o prazer deve sempre prevalecer. Nessa perspectiva, todas as divergências sobre assuntos morais solucionam-se com a aplicação do princípio da utilidade: o governo deve maximizar o prazer e minimizar a dor.<sup>36</sup> O escritor foi muito influenciado pelo Iluminismo, movimento filosófico que privilegiou a razão humana, em oposição à autoridade arbitrária de monarcas, baseada em razões de direito natural. Para o filósofo britânico, não faria sentido um contrato social, como também não faria nenhum sentido basear a legislação em “leis naturais” ou “direitos individuais imprescritíveis.” O autor chega a chamar essa concepção de “absurdo sobre pernas de pau”.<sup>37</sup>

Em *Anarchical Fallacies*,<sup>38</sup> Bentham analisou criticamente a Declaração de Direitos francesa, censurando a ideia jusnaturalista de que os franceses estariam declarando direitos já pré-existentes. Para ele, a Declaração de Direitos apenas estava dando motivos para explicar por que aqueles direitos *deveriam ser* garantidos. Nas palavras de Bentham: “a fome não é pão”; é dizer - querer que um direito exista não o torna existente de forma *a priori*. A teoria utilitarista parte da premissa de que direitos são fruto da legislação, a qual, por sua vez, é um comando do poder soberano dentro de determinada sociedade. Por isso, não existiriam leis ou direitos sem um governo.<sup>39</sup>

Com isso, a pergunta do porquê de o ser humano ser obrigado a cumprir compromissos não estava adequadamente respondida pelo direito natural. O papel da legislação teria, portanto, o propósito de levar os indivíduos a agirem de acordo com o interesse da comunidade.<sup>40</sup> Desse modo, em vez de uma divindade, Bentham colocou o prazer e a dor como “mestres soberanos” do ser humano, os quais são a motivação de qualquer decisão, individual ou coletiva. Todas as

---

<sup>35</sup> BUNNIN, Nicholas et al. (Ed.). **The Blackwell companion to philosophy**. 2a ed. Oxford: John Wiley & Sons, 2003, p. 761-780.

<sup>36</sup> SANDEL, Michael J. (Ed.). **Justice: A reader**. 1a ed. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2007, p. 34.

<sup>37</sup> BENTHAM, Jeremy. Anarchical fallacies. **Headline Series**, n. 318, p. 56, 1998.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>39</sup> Tradução livre de "nonsense upon stilts". IGWE, Dennis E. Natural Rights As'nonsense Upon Stilts': Assessing Bentham. **International Journal of Arts & Sciences**, v. 8, n. 3, p. 379, 2015.

<sup>40</sup> CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo E Produção Legislativa Brasileira: Busca Da Efetividade E Concretização Do Constitucionalismo Com Uma Justiça Sustentável**. 2016. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Do Vale Do Itajaí, Santa Catarina, p. 10-20.

motivações que levam a determinada conduta se baseiam no próprio interesse. A noção de um motivo desinteressado não existe na teoria de Bentham.<sup>41</sup>

Estabelecidas as premissas básicas da teoria utilitarista de Jeremy Bentham, cabe aqui uma breve digressão sobre a importância dessa filosofia ética nos tempos atuais. Primeiramente, no que diz respeito ao objeto específico desta pesquisa, interessa investigar como o Supremo Tribunal Federal tem definido “segurança jurídica” e “interesse social” na modulação de efeitos levando em consideração o marco teórico do utilitarismo. Nas palavras de Eros Grau, é interessante “procurarmos identificar, no conjunto das decisões que certo juiz (qualquer juiz) toma ou tomou, os fundamentos filosóficos que o inspiram ou inspiraram.”<sup>42</sup> Em vista disso, dado que a interpretação do direito não conduz a respostas exatas, é importante a abertura à incorporação do que campos fora do Direito têm a oferecer, afastando a noção de autossuficiência do Direito.<sup>43</sup> A filosofia ética ocupa-se com a estruturação de instituições para garantir a preservação de determinados valores; por isso, torna-se indispensável no estudo de decisões judiciais.

O estudo sobre a modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade não será completo se não for feita uma apertada síntese sobre o papel dessa técnica de decisão dentro do cenário maior de desenho institucional e de separação de poderes. Nesse ponto, o utilitarismo benthamiano, que representa a primeira cisão teórica com o direito natural na filosofia, é apto a trazer novas perspectivas sobre o que Luiz Werneck Vianna afirma ser o marco do direito contemporâneo: o fim da contraposição entre direito natural e direito positivo com a "positivação" de direitos naturais na Constituição.<sup>44</sup> No que tange ao direito tributário e à necessidade de garantir que o Estado tenha recursos suficientes para efetivar não só direitos individuais como também os direitos sociais previstos em cartas constitucionais, cumpre indagar se a modulação de efeitos, que confere maior abertura para a interpretação feita pelo Poder Judiciário, repercute sobre a concepção clássica de separação de poderes. Veja-se o que diz Vianna, nesse sentido:

---

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

<sup>42</sup> GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: BARRETO, Vicente de Paulo. MOTA, Mauricio. **Por que estudar filosofia do direito? Aplicações da Filosofia do Direito nas Decisões Judiciais**. 1a ed. Brasília: ENFAM, 2011, p. 16.

<sup>43</sup> Conforme bem afirma Cunha Filho, na pesquisa jurídica há sempre uma sobrecarga de informações, o que torna mais difícil que o processo judicial se baseie em pesquisas científicas, o que traz o desafio de decisões judiciais buscarem o diálogo com estudos e dados científicos. CUNHA FILHO, Marcio. Direito e ciência: uma relação difícil. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 1, e2110, 2021. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322021000100500&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322021000100500&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de maio de 2021.

<sup>44</sup> VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, "positivação" do direito natural e história. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996, p. 27.

Nos países de *civil law*, a positivação do direito natural teria introduzido uma mudança de paradigma na ordem jurídica, levando o juiz a transcender as suas funções tradicionais de simplesmente adequar o fato à lei, uma vez que também lhe caberia a atribuição de inquirir a realidade à luz dos valores e dos princípios dispostos constitucionalmente. A filosofia política se faria exprimir, assim, nas ações do Poder judiciário, ator que manteria sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância dependeria a legitimidade das leis.<sup>45</sup>

Em segundo lugar, o avanço nos estudos da filosofia utilitarista aplicada ao Poder Judiciário em tempos recentes se deve em grande parte à adoção do consequencialismo como uma teoria ética pelos Tribunais Constitucionais. Embora não seja o objeto deste trabalho, cabe consignar que juízos consequencialistas têm sido criticados por representar um relaxamento da racionalidade na motivação de decisões judiciais, pois afastam a objetividade do julgador e a precisão acerca do que seriam, na prática, as consequências da decisão. Nessa lógica, Luis Fernando Schuartz critica decisões que, ao invocar argumentos consequencialistas, criam um “faz-de-conta da afirmação do nosso controle instrumental sobre a realidade social por meio do direito (e da política).”<sup>46</sup>

Em outras palavras, escolher dentre as diversas soluções possíveis para o caso concreto de acordo com as suas *supostas* consequências enfraquece a típica função do Poder Judiciário de aplicador de normas jurídicas. Por outro lado, já não é possível afastar do raciocínio jurídico todas as consequências geradas por uma decisão judicial.<sup>47</sup> Tanto é assim que o art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) possui redação que obriga as decisões nas esferas administrativa, controladora ou judicial a considerarem suas consequências jurídicas e administrativas.<sup>48</sup> Esse ponto será novamente retomado no Capítulo II.

Por terceiro, tem ganhado força nos últimos tempos a teoria de *judicial behavior*, a qual analisa como o comportamento dos juízes é influenciado por vários estímulos ou desincentivos. Nas palavras de Posner, juízes agem conforme os estímulos e as limitações que um determinado sistema jurídico lhes impõe. Portanto, nesse aspecto também não há que falar na noção

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 269.

<sup>46</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130-158, 2008, p. 141. Ainda em relação à utilização de consequências para a fundamentação de decisões, Fernando Leal relembra que “No Supremo, preocupações pragmáticas não são inéditas, especialmente quando se pensa na sensibilidade dos ministros em casos mais salientes às consequências concretas de suas escolhas para a economia, a política e a sociedade.” LEAL, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 1, 2021, p. 6.

<sup>47</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, 2013, p. 96.

<sup>48</sup> Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

tradicional de separação de poderes que enxerga os membros do Poder Judiciário como meros aplicadores da lei.<sup>49</sup> Ao criar uma teoria sobre o comportamento individual, o qual sempre será voltado à maximização da felicidade, Bentham também estabeleceu premissas teóricas para a teoria do comportamento judicial, pois, embora a sua teoria proclame que o papel do juiz é unicamente o de aplicar leis utilitárias (que maximizam o prazer de todos) a casos concretos,<sup>50</sup> o magistrado não deixa de ser regido de acordo com as suas vontades particulares e de buscar a satisfação individual.

Nesse sentido, a teoria clássica utilitarista é uma moral universal: aplica-se a todos os seres humanos em qualquer situação. É uma moral orientada por condutas, cuja retidão é determinada conforme os resultados do ato praticado pelo indivíduo. Essa qualidade torna o utilitarismo uma teoria filosófica forte. Apesar das críticas que podem ser feitas no que tange à dificuldade do utilitarista em preservar direitos fundamentais, não se nega que há uma coerência intrínseca à teoria que potencializa seus efeitos. Isso pois os conceitos que fundamentam o utilitarismo são precisos e determinados; a filosofia utilitarista cria implicações para escolhas morais e, com isso, evita-se qualquer lacuna normativa em que não exista uma regra definida para uma situação, já que a regra é sempre a mesma e é universalizável. Não há vários princípios utilitaristas, cada um aplicável a uma hipótese. O princípio da utilidade é único, não leva em consideração fatores externos à felicidade e ao sofrimento. As suas prescrições são consistentes e o utilitário ideal é imparcial, porquanto consegue analisar a situação objetivamente e com certo distanciamento, sem considerar qualquer indivíduo mais importante que outro. Ao mesmo tempo em que o ponto fraco da teoria é o de retirar a perspectiva do indivíduo, essa mesma característica confere uma coerência interna à teoria.<sup>51</sup>

## **I.I O conceito de “segurança” na teoria de Bentham: a segurança como elemento essencial para a liberdade**

A segurança jurídica no utilitarismo é um valor fundamental para todo o sistema jurídico.<sup>52</sup> Bentham foi um crítico contundente do sistema de *common law* porque entendia que

---

<sup>49</sup> POSNER, Richard A. Judicial behavior and performance an economic approach. **Fla. St. UL Rev.**, v. 32, 2004, p. 1259.

<sup>50</sup> SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2010, p. 60.

<sup>51</sup> BYKVIST, Krister. **Utilitarianism: A guide for the perplexed**. 1a ed. London: Bloomsbury Publishing, 2009, p. 11-20.

<sup>52</sup> HART, H. L. A. Bentham And The Demystification Of The Law. **The Modern Law Review**, v. 36, n. 1, 1973.

o sistema jurídico da Inglaterra conferia muito poder aos juízes para anular um entendimento prévio e substituí-lo com um novo precedente (*overruling*) e, com isso, as normas jurídicas estariam sempre mudando e sendo aplicáveis retroativamente, o que viola a segurança jurídica. Ademais, Bentham pensava que o *common law* era excessivamente complexo, causando uma obscuridade que prejudicava a proteção das expectativas do cidadão e prejudicando a vontade que o ser humano sente de agir de forma contínua e coerente.<sup>53</sup>

No utilitarismo, a própria igualdade fica subordinada à segurança jurídica. Na filosofia utilitarista, quando a segurança e a igualdade se encontram em oposição, não há que hesitar sobre qual prevalece. Ninguém pode ser feliz se não estiver seguro; por outro lado, é possível ser feliz convivendo com a desigualdade. Nos termos da ética utilitarista, a igualdade será sempre imperfeita, impossível de ser alcançada em plenitude.<sup>54</sup> Para Bentham, isso só iria mudar com a substituição do *judge-made law* por um ordenamento jurídico completo, o que ele chamou de “*Pannomion*” – um código completo de leis utilitárias. Nesse sistema, todas as leis seriam lógicas, contendo prescrição e sanção. O *Pannomion* seria composto de um Código Constitucional, um Código Civil, um Código Criminal e Códigos Processuais. Os Códigos seriam públicos, aumentando a segurança jurídica.

Bentham afirma que o direito civil teria como objetivo principal garantir (i) a subsistência/sobrevivência; (ii) a abundância; (iii) a igualdade (formal); e, (iv) a segurança. A segurança jurídica seria, de longe, o princípio mais importante desse sistema jurídico. É como se a lei dissesse aos cidadãos: “trabalhem, e eu irei evitar que o Estado retire os frutos de seu trabalho.”<sup>55</sup> O princípio da segurança jurídica é fundamental para o *Pannomion*. Tem-se, portanto, que o princípio da utilidade encontra limite na segurança jurídica: se não houver proteção da expectativa legítima, não há como garantir a felicidade.<sup>56</sup>

Nas obras de Bentham, resta claro que o caminho para evitar a insegurança jurídica é por meio do afastamento de uma doutrina de precedentes vinculantes. O problema do *common law* é que a lei feita por juízes é desenvolvida da mesma forma que “o homem faz leis para seu cachorro”: quando o cão age de maneira equivocada, o ser humano o pune. É dizer, não há uma regra antecipada sobre o que é permitido ou proibido; os fatos precedem a regra, e não o contrário.<sup>57</sup> Como afirmam Lenio Streck et. al. a filosofia utilitarista defende que, ao conferir

---

<sup>53</sup> KAINO, Michihiro. Bentham's Concept of Security in a Global Context: The *Pannomion* and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan. **Journal of Bentham Studies**, v. 11, n. 1, p. 1-29, 2009, pp. 3-4.

<sup>54</sup> BENTHAM, J. **Principles of the civil code**. In: OGDEN, C. K. (Org.). *The theory of legislation*. London: [s.n.], 1931, p. 303.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>57</sup> BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**. Oxford: Clarendon Press, 1891, p. 25.

às Cortes a autorização para “errar por último”, decisões erradas (sob o ponto de vista do princípio da utilidade) são obrigatoriamente reproduzidas pelas instâncias inferiores.<sup>58</sup> Jeremy Bentham, apesar de rejeitar o jusnaturalismo e a ideia de que a lei seria consequência da metafísica, também não aceitou a noção de um “positivismo jurisprudencialista”<sup>59</sup>. Os Tribunais Superiores jamais poderiam atribuir um sentido à norma que se petrificasse, repetindo-se a mesma interpretação no âmbito da Administração Pública e dos órgãos judiciais inferiores. No *judge-made law*, o texto e norma tornam-se duas coisas distintas, o que jamais poderia ser aceito por Bentham.<sup>60</sup> É, portanto, equivocada qualquer leitura do utilitarismo benthamiano que se pretenda a favor da adoção de precedentes vinculantes.<sup>61</sup>

Com efeito, o utilitarismo formulado por Jeremy Bentham se opõe a qualquer teoria que afirma que o juiz descobre a lei. Por esse motivo, o autor foi contra a teoria de Sir William Blackstone, um famoso juiz naturalista inglês, que assim descrevia juízes no século XVIII: “os depositários das leis, os oráculos vivos, obrigados a decidir em todos os casos de dúvida de acordo com a lei da terra.”<sup>62</sup> Ao combater essa ideia, Bentham descrevia o sistema de *common law* como criador de “leis de fachada”.<sup>63</sup> O que o filósofo britânico buscou foi a completude na legislação: o projeto de codificação pretendia ser completo, equilibrado, sem espaço para juízes criarem leis.<sup>64</sup>

De fato, Bentham pareceu compreender que a segurança jurídica é uma expressão com vários significados, mas o autor definiu o termo como “o principal objetivo da lei” e quis se referir à coerência do ordenamento, à certeza, à previsibilidade das relações jurídicas, principalmente da propriedade privada.<sup>65</sup> Com isso, a teoria do utilitarismo propõe uma solução, por meio da legislação, para a busca do homem pela segurança jurídica.<sup>66</sup> Esse sentimento de busca pela proteção da expectativa tem um caráter subjetivo, psicológico, mas precisa ser traduzido em um sistema objetivo de normas.

---

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte**, v. 25, 2017, p. 1.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 10-15.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>61</sup> Por exemplo, Daniel Mitidiero, ao fazer a distinção entre a tradição jurídica inglesa, que valoriza a atuação jurisprudencial, e a tradição francesa, afirma que Bentham seria favorável à codificação do direito inglês e à adoção de precedentes vinculantes. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1a ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 39 - 45.

<sup>62</sup> Tradução livre. BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Law of England**. Chicago, University of Chicago: 1979, p. 66.

<sup>63</sup> HART, H. L. A. Bentham And The Demystification Of The Law. **The Modern Law Review**, v. 36, n. 1, 1973.

<sup>64</sup> STRECK, Op. Cit., p. 10.

<sup>65</sup> WALDRON, Jeremy. Safety and security. **Neb. L. Rev.**, v. 85, 2006, p. 454.

<sup>66</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 1a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Em suma, Bentham equipara a segurança à liberdade. Para o autor, a concepção de liberdade pode ter dois significados: (i) a liberdade que o indivíduo tem para fazer o que quiser, sem impedimentos; ou (ii) a possibilidade de viver sem sofrer opressões, com base em um princípio de não-interferência garantido pela legislação. A primeira forma de liberdade será sempre limitada, pois viver em um Estado de Direito exige o seu sacrifício em algumas ocasiões. A liberdade contra a opressão, por outro lado, é denominada por Bentham como “*security*”, e significa uma liberdade de natureza política - a liberdade contra o desgoverno. Essa definição pode ser problemática: imaginemos, por exemplo, que o princípio da segurança jurídica estaria suficientemente atendido em um Estado autoritário em que há segurança jurídica, mas os cidadãos são extremamente restritos no que lhes é permitido fazer. Por outro lado, existem textos escritos por Bentham em que o autor defende o poder ilimitado do eleitorado para remover qualquer governante, maximizando o controle popular sobre o Estado. Vale lembrar que Bentham era um crítico ferrenho da monarquia britânica e um grande admirador da democracia que estava surgindo nos Estados Unidos da América à época.<sup>67</sup>

## **I.II O conceito de “interesse comunitário” na teoria de Bentham**

No utilitarismo benthamiano, o interesse da comunidade é a felicidade geral. Isso significa que a soma dos prazeres de todos os indivíduos deve ser a maior possível. Portanto, o interesse comunitário deve ser traduzido na legislação a fim de ensinar a comunidade a empreender o caminho que leva à maior felicidade de todos. Cabe ao governo garantir a satisfação do maior número. Nesse sentido, se o legislador sabe que as pessoas cometem equívocos que as afastam de seus interesses, ele deve encorajá-las a agir de acordo com aquilo que as tornará mais felizes e, em consequência, aumentará a felicidade da comunidade como um todo.<sup>68</sup>

Como o interesse de cada indivíduo tem o mesmo peso, os interesses dos mais poderosos em nada se sobrepõem aos interesses dos menos influentes.<sup>69</sup> Dessa forma, a teoria utilitarista de Bentham difere de outras formulações de utilitarismo, como a de John Stuart Mill, por exemplo, a qual sugere que existem prazeres inferiores e prazeres superiores, criando uma diferença qualitativa entre prazeres.<sup>70</sup> Para Mill, certos tipos de prazer têm preferência em

---

<sup>67</sup> ROSEN, Frederick. Jeremy Bentham: Recent Interpretations. *Political Studies*, v. 30, n. 4, 1982, pp. 575–581.

<sup>68</sup> MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. 1a ed. São Paulo: Editora Vozes Limitada, 2012, p. 17-19.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Cícero. O Utilitarismo em John Stuart Mill. *Revista Dissertatio de Filosofia*, v. 41, 2015, pp. 11-20.



relação a outros; por exemplo, a autonomia individual e a prevalência da vontade em contratos seriam valores a serem preservados em detrimento do combate à desigualdade.<sup>71</sup>

O interesse da comunidade na teoria benthamiana – o autor admite que é difícil conceituar um termo que é utilizado de maneira tão genérica<sup>72</sup> - pode ser resumido da seguinte maneira:

O interesse da comunidade é uma das expressões mais gerais que podem ocorrer na fraseologia da moral: não é de se admirar que o significado da mesma se perca muitas vezes. Quando tem um significado, é este. A comunidade é um corpo fictício, composto pelas pessoas individuais que são consideradas como constituindo como se fossem os seus membros. O interesse da comunidade é então, o quê? - a soma dos interesses dos vários membros que a compõem.<sup>73</sup>

Não faz sentido falar do interesse da comunidade, sem compreender o que é o interesse do indivíduo. diz-se que uma coisa é para o interesse do indivíduo quando tende a acrescentar à soma total dos seus prazeres: ou, o que chega à mesma coisa, a diminuir a soma total das suas dores.<sup>74</sup>

Bentham sistematiza a dor da seguinte maneira: existem quatro tipos de sanções - física, política, moral e religiosa. As pessoas, ao cogitarem não agir de acordo com o que ordena a lei, podem ser detidas por uma ideia simples de dor, a qual pode ser infligida de forma física; política (que é a sanção legal tal como a conhecemos, cominada em lei); social (um indivíduo é rechaçado da sociedade ou de qualquer grupo ao qual pertença); e religiosa (a consciência do indivíduo o acusa e ele acredita que será punido por uma autoridade divina). Todas essas formas de sanção causam algum tipo de dor e, por conseguinte, o ser humano age de forma a evitá-las.<sup>75</sup> Se as pessoas agirem da forma como prescreve a lei, e supondo que a lei seja utilitária, irão encontrar subsistência, abundância, igualdade e segurança. Um bom sistema jurídico promoverá esses valores.<sup>76</sup>

A utilidade, para Bentham, não se confunde com a felicidade. A utilidade é um princípio moral, estratégico, que serve como guia para o legislador. Por outro lado, a felicidade é o fim último a ser almejado. Dessa forma, o propósito da legislação é o de ensinar uma coletividade de pessoas, membros da sociedade, a agirem de maneira que, de forma conjunta, leve à maior

---

<sup>71</sup> BUNNIN, Nicholas et al. (Ed.). **The Blackwell companion to philosophy**. 2a ed. Oxford: John Wiley & Sons, 2003, p. 35.

<sup>72</sup> Nas palavras de Eros Grau, “o tratamento do tema da interpretação do direito não se faz completo se escaparmos à análise da questão da *ambiguidade* e da *imprecisão* das palavras e expressões da linguagem jurídica. GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. 1a ed. Coimbra: Leya, 2020, p. 140.

<sup>73</sup> Tradução livre. BENTHAM; Jeremy. **The collected works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1907.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>76</sup> ALFANGE JR, Dean. Jeremy Bentham and the Codification of Law. **Cornell L. Rev.**, v. 55, 1969, p. 63.

felicidade de todos.<sup>77</sup> O utilitarismo baseia-se na premissa de que o Estado deve buscar o útil, não um princípio sagrado de justiça. O fim último do Estado é o de buscar o bem-estar do maior número. Portanto, a elaboração de normas jurídicas requer uma análise empírica: a prescrição legal irá produzir mais felicidade coletiva?<sup>78</sup>

Sob essa ótica, o que é o interesse social ou o interesse comum? A resposta é incisiva: trata-se da soma dos interesses individuais, a qual precisa corresponder à busca pela utilidade geral. O problema surge com a constatação de que os interesses individuais nem sempre se alinham ao que seria o interesse do maior número. Como, então, conciliar essas inclinações divergentes? Aqui está a distinção entre a ética privada e a ética pública, ou o interesse comum. O indivíduo irá buscar seus próprios interesses, visando ao aumento de sua satisfação individual. A legislação, expressão da ética pública, alinha os particulares na procura pelo bem-estar geral. Ao legislador cumpre criar essa ponte, estabelecendo como o indivíduo deverá agir de modo a promover o interesse social.<sup>79</sup> Percebe-se que o utilitarismo é a intersecção entre dois tipos de teoria filosófica: uma coletiva, que se refere à maneira correta de resolver problemas públicos, e nesse ponto está mais ligada ao bem-estar social; e outra mais individual, preocupada em definir a ação correta (as ações devem se basear nas suas consequências).<sup>80</sup>

Sob essa lógica, o interesse social no utilitarismo não é um valor imutável. Como não existem conceitos sobrenaturais de justiça, aquilo que torna todos mais felizes pode se alterar com o tempo.<sup>81</sup> Dessa forma, se partimos da premissa de que maiorias são circunstanciais e transitórias<sup>82</sup>, o legislador precisará refazer soluções jurídicas conforme as alterações da maré política. Aqui sobressai o caráter reformista de Bentham. O autor buscou combater a "mistificação" do direito - é dizer, a ideia de que instituições e leis injustas seriam imunes a críticas porque estariam cobertas por um "véu de misteriosidade". Essa inacessibilidade à origem das leis, que nada mais são do que criação do homem, impediria a reforma de instituições, porque essa "mistificação" leva a crer que as normas jurídicas são infinitamente complexas e difíceis de entender, e que essas instituições não podem ser alteradas sem que a

---

<sup>77</sup> CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo E Produção Legislativa Brasileira: Busca Da Efetividade E Concretização Do Constitucionalismo Com Uma Justiça Sustentável**. 2016. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Do Vale Do Itajaí, Santa Catarina, p. 21.

<sup>78</sup> MEDEIROS, Bernardo. Positivismo jurídico em crise? A tradição positivista em debate. **CONPEDI-CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO**, v. 17, 2008, p. 1532.

<sup>79</sup> DA ROSA, Christian Fernandes Gomes. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento jurídico moderno. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 14, n. 20, 2011.

<sup>80</sup> SEN, Amartya et al. (Ed.). **Utilitarianism and beyond**. 1a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 6.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 2, n. 5, 2008, 86-125. <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i5.511>, p. 88.

sociedade entre em colapso. A *desmistificação* do direito, conforme ensina H. L. A. Hart, significa remover esse véu de incertezas para demonstrar como, muitas vezes, a legitimidade das instituições não passa de uma ilusão, ou até de uma fraude. Por isso, Bentham acusou o filósofo William Blackstone de revestir o direito de um caráter ficcional e excessivamente formal, impedindo o exame crítico da lei.<sup>83</sup>

Assim, o utilitarismo cria um olhar de eficiência em relação ao direito, priorizando análises de custo-benefício em grande escala. Se a legislação não consegue atender às necessidades da sociedade e do ser humano, então ela é ineficiente e não utilitária. Consequentemente, a complexidade do sistema jurídico britânico de *common law* não agradava a Bentham. Uma forma de mudar isso seria demonstrando para os leigos que a lei é algo que o homem coloca no mundo, não algo que já está previamente definido por uma autoridade divina.<sup>84</sup>

Para os fins desta pesquisa, adota-se a crítica à mistificação do direito, principalmente no que diz respeito aos termos “segurança jurídica” e “interesse social”. Com efeito, esses dois termos têm sido utilizados em decisões judiciais para se referir a várias coisas, criando e alterando significados para se adequarem ao que convém às motivações pessoais do julgador. Nessa linha, Carlos Ari Sunfeld faz uma crítica ao uso desmedido da teoria da ponderação de princípios por parte de magistrados que em muito se assemelha ao que Bentham estava tentando dizer no século XXI: “o problema não está [nos princípios], mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”.<sup>85</sup> O uso do princípio da segurança jurídica ou da interesse social não pode ser banalizado de tal forma que leve ao que o Prof. Porto Macedo Júnior chamou de “a farra dos princípios”, que torna a interpretação judicial uma licença para invocar princípios genéricos como justificativa para qualquer decisão.<sup>86</sup>

Verifica-se, conforme será demonstrado no Capítulo III, que o “interesse social” foi revestido de um caráter místico, utilizado demasiadas vezes e sem se referir a conteúdo concreto. Lançar mão de termos *curingas* como “interesse social” não significa uma motivação suficiente para uma decisão, especialmente no que diz respeito à modulação de efeitos em matéria tributária. Portanto, a teoria de Jeremy Bentham, que sugere a delimitação precisa desses conceitos, é tema importante para debate.

---

<sup>83</sup> HART, H. L. A. Bentham And The Demystification Of The Law. **The Modern Law Review**, v. 36, n. 1, 1973.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215.

<sup>86</sup> PORTO MACEDO JR., Ronaldo. A farra dos princípios e os exageros da ponderação na liberdade de expressão. In: **DOSSIE ELLWANGER**, 2019, FGV Direito SP, Sao Paulo/SP. Disponível em: <https://portal.fgv.br/eventos/dossie-ellwanger>. Acesso em: 22 de maio de 2021.

Na época em que Bentham escreveu a sua teoria utilitarista, a burguesia britânica estava satisfeita com o sistema jurídico e com os princípios de direito natural que o sustentavam, pois a organização lhes assegurava várias vantagens e privilégios. Ainda vigorava no Reino Unido o paradigma de Estado Liberal<sup>87</sup>, o qual privilegia o absentismo estatal nas relações privadas. Jeremy Bentham enxergava isso como ameaça ao bem-estar da comunidade como um todo, pois garantir o privilégio de poucos não maximiza a soma total da felicidade. Apesar de ter pretensões ambiciosas com seu projeto reformista, Bentham sabia que precisaria não ser revolucionário demais para que suas ideias fossem acolhidas pela classe mais alta. Então, preocupou-se também em acalmar aqueles que se preocupavam com uma suposta ameaça do socialismo e com a existência de limites para a interferência estatal.<sup>88</sup>

### **I.III O que a adoção do utilitarismo significa para os direitos individuais do contribuinte?**

A proposta utilitarista é a de tornar o mundo um lugar melhor por meio do aumento da felicidade individual. Para o utilitário, uma conduta será adequada a determinada situação se, após a verificação das possíveis opções de conduta e das consequências trazidas por cada uma, o resultado maximiza o bem-estar total da população. Apesar de esse objetivo ser tentador à primeira vista, existem pontos delicados na teoria utilitarista que precisam ser considerados, os quais serão melhor abordados ainda neste capítulo. Antecipando a discussão de forma sintetizada, o utilitarismo requer que todos façam sacrifícios constantes a favor do bem-estar da do maior número possível de cidadãos, o que por si só é demandar muito do indivíduo e, mais importante, pode gerar graves consequências para a proteção de direitos individuais. Até porque, se nos preocupamos apenas com a soma total do bem-estar em uma sociedade, deixamos de lado a dor do indivíduo.<sup>89</sup> Para Bentham, pouco importa quem é o indivíduo cuja prosperidade está aumentando. Cada um conta apenas por um na soma total da felicidade (não há um peso maior para crianças, ou para grupos historicamente desfavorecidos, por exemplo)

---

<sup>87</sup> No Estado Liberal, predomina tanto o liberalismo econômico (o mercado é autorregulado) quanto o liberalismo jurídico, que prega a ausência de intervenção estatal a não ser para a garantia de direitos contra o poder arbitrário dos governantes. Veja-se, para melhores explicações sobre a evolução de paradigmas de Estado: CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 475, mai., 1999; MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 204, 2014, p. 270.

<sup>88</sup> HOLDSWORTH, William. Bentham's Place in English Legal History. **Calif. L. Rev.**, v. 28, p. 568, 1939, p. 569.

<sup>89</sup> BYKVIST, Krister. **Utilitarianism: A guide for the perplexed**. Bloomsbury Publishing, 2009, p. 1-5.

e, por isso, não há *equidade*.<sup>90</sup> Maximizar a utilidade (aumentar a soma da felicidade total) é a condição necessária e suficiente para conferir um *status* normativo válido à conduta.

Nessa perspectiva, interessa notar que os críticos mais severos da utilização da teoria econômica (conhecida também como Análise Econômica do Direito - AED)<sup>91</sup> para explicar fenômenos jurídicos estão aqueles que equiparam a AED a uma versão moderna do utilitarismo. Ocorre que, como bem explica Richard Posner,<sup>92</sup> esse argumento é falho porque maximizar a riqueza e maximizar a felicidade não são a mesma coisa. No utilitarismo, o valor moral de qualquer conduta, prática, instituição ou lei deve ser julgado de acordo com o seu efeito na promoção da felicidade: o superávit de prazer em relação à dor de todos os habitantes da sociedade é o que importa. Já a economia normativa, ramo da economia que tem como objetivo avaliar e *prescrever* políticas públicas que irão gerar condições mais justas,<sup>93</sup> diz que uma determinada conduta deve ser julgada de acordo com o seu efeito na promoção do bem-estar social, o que não é a mesma coisa que o conceito utilitário de *felicidade*.

Ainda de acordo com Posner, os direitos individuais em um sistema utilitarista são estritamente bens instrumentais; é dizer, o fim último é a felicidade do grupo como um todo. Direitos individuais como poder casar-se com quem quiser, exercer a liberdade de expressão sem censura, dentre outros, via de regra tornam as pessoas mais felizes, e por isso serão protegidos. Por outro lado, se algum direito não aumenta a utilidade dentro da sociedade, não merecerá proteção. Caso, por exemplo, o maior número atinja um consenso de que estarão mais felizes vivendo sob um regime autoritário, o direito ao voto poderá ser desconsiderado. Esta seria, portanto, a monstruosidade moral do utilitarismo: o sacrifício de um indivíduo em favor do interesse comum.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> A equidade não é um termo com um só sentido, mas para os fins deste trabalho adota-se a definição de Luís Eduardo Schoueri: uma visão de sociedade que pretende reduzir desigualdades sociais. A eficiência se preocupa com o aproveitamento de recursos; já a equidade almeja a distribuição de riqueza e a intervenção no mercado para diminuir diferenças individuais. SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 323.

<sup>91</sup> Ivo T. Gico Jr. define a Análise Econômica do Direito como “a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.” GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 160, 2013, p. 17.

<sup>92</sup> POSNER, Richard A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, v. 8, n. 1, 1979, pp. 103-105.

<sup>93</sup> KRATZKE, William P. Normative economic analysis of trademark law. **Mem. St. UL Rev.**, v. 21, 1990, p. 200.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 107.

Desse modo, John Rawls critica a visão utilitarista da justiça porquanto consiste em não se importar com *como* a soma de satisfações é distribuída entre os indivíduos.<sup>95</sup> Immanuel Kant também critica a teoria, por entender que as pessoas devem ser tratadas como fins em si mesmas, não como meio para qualquer outro fim (no caso do utilitarismo, os indivíduos serviriam para garantir a felicidade de toda a comunidade).<sup>96</sup> Amartya Sen et. al. afirmam que teorias como o *welfarism*, o consequencialismo e o utilitarismo olham para o indivíduo sob uma perspectiva mais estreita e buscam responder à pergunta: “*qual é a utilidade que esse indivíduo pode me dar?*” A felicidade da pessoa humana se transforma em algo quantificável e que é vista como útil apenas se puder se somar à felicidade dos outros para gerar maior utilidade para a sociedade como um todo. Desconsideram-se quaisquer ambições individuais. Nesse prisma, se a utilidade é a única coisa que importa, direitos individuais só são importantes se geram mais utilidade; em outras palavras, as garantias individuais não têm valor por si só.<sup>97</sup>

Além de negligenciar a importância dos direitos individuais, o utilitarismo não se coaduna com a ideia de uma democracia plural.<sup>98</sup> Teorias que se fundamentam na ideia de que diferentes grupos sociais podem, concomitantemente, maximizar seus direitos não combinam com o utilitarismo, pois os pluralistas sustentam que os direitos de pessoas diferentes, pertencentes a diferentes grupos sociais, não podem ser agregados em um só cálculo homogêneo.<sup>99</sup>

Em um primeiro momento, parece lógico e razoável que, para dar uma resposta justa a interesses individuais concorrentes, é difícil dar qualquer outra resposta que não seja conferir peso igual ao interesse de cada indivíduo. É exatamente esse raciocínio que leva à conclusão pela necessidade de observância do princípio da utilidade. Contudo, isso não irá necessariamente levar à distribuição igual de recursos.<sup>100</sup>

Segundo a tese de Bentham, a lei utilitária é a expressão do que levará à felicidade do maior número, formalizada por meio de um ato legislativo. Nesse sentido, Bentham foi o primeiro grande positivista. O autor retirou qualquer ideia de divindade do governante e rejeitou o contrato social, pois não existiria pacto pré-existente com a sociedade que levaria à legitimidade do poder de um governante. Dessa forma, todo o sistema jurídico seria uma

---

<sup>95</sup> RAWLS, John. *A Theory of justice*. 1a ed. Cambridge: Belknap Press, 1971, pp. 26-27.

<sup>96</sup> TIMMERMANN, Jens. Why Kant could not have been a Utilitarian. *Utilitas*, v. 17, n. 3, 2005, p. 243.

<sup>97</sup> SEN, Amartya et al. (Ed.). *Utilitarianism and beyond*. Cambridge University Press, 1982.

<sup>98</sup> Na democracia plural, é necessário garantir e promover o debate entre diferentes perspectivas, evitando a exclusão de grupos subalternos que decorre da convivência entre a igualdade formal e a desigualdade material. FRASER, Nancy. "Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy", IN: CALHOUN, Craig, *Habermas and the public sphere*. 1a ed. Massachusetts, MIT, 1994, pp. 109-142.

<sup>99</sup> SEN, Amartya et al. (Ed.). *Utilitarianism and beyond*. 1a ed. Cambridge University Press, 1982, p. 17.

<sup>100</sup> HARE, Richard M.; SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard. *Ethical theory and utilitarianism*. 1982, p. 26.

expressão de vontades. Como não há legitimação do poder do soberano na sociedade, Jeremy Bentham coloca as pessoas como subservientes à autoridade legal pura e simplesmente porque o indivíduo entende que seguir a lei favorece os seus interesses individuais, evitando sanções, as quais geram dor. O filósofo não se preocupou em investigar características de oficialidade e legitimidade do direito.<sup>101</sup> Para ele, o ordenamento jurídico é algo que deriva da autoridade estatal; o direito é posto, verificável empiricamente e não abstratamente.<sup>102</sup>

Justamente por ser tão a favor da transição do *common law* ao *civil law* na Inglaterra, Jeremy Bentham não fez grandes esforços para sistematizar o papel dos precedentes em um ordenamento jurídico. Para ele, o mandado de um juiz é sempre particular, aplicável apenas às partes cujo litígio foi dirimido. Portanto, esses comandos não seriam lei: para o filósofo, a lei é geral, aplicável a todos; a decisão judicial destina-se apenas aos indivíduos envolvidos no caso concreto. Desse modo, o *common law* sequer seria lei para Bentham, trata-se de uma “composição fictícia que não tem pessoa conhecida como autor”<sup>103</sup>. A lei permanente seria apenas aquela prevista em um estatuto. Assim, a tarefa de interpretar uma lei significaria alterá-la, não deixando espaço para um sistema com precedentes vinculantes.<sup>104</sup>

Um juiz benthamiano não poderia, de forma autônoma, fazer o cálculo da utilidade que seria gerada por um ato judicial. A sua tarefa se restringiria à aplicação de forma mecânica do direito, pois o que deve prevalecer no utilitarismo é a vontade do legislador. Para Bentham, a lei tem um caráter nitidamente público: os seus comandos devem ser acessíveis, consistindo em um arranjo sistemático que não depende de nenhuma consideração sobrenatural sobre a sua legitimidade. Nessa perspectiva, a opinião do juiz ao julgar um caso e a lei nunca poderiam ser equiparadas. O filósofo criticou a confusão que o *common law* parecia fazer entre a *interpretação* que o juiz faz de uma lei com a *própria* lei.<sup>105</sup>

Nesse ponto, Bentham é explicitamente protetor do princípio da legalidade tributária. Com isso, o autor quis se referir ao que hoje a doutrina chama de “lei em sentido material”, a qual reflete a norma jurídica, assim definida nas palavras de Hugo de Brito Machado:

Por outro lado, uma norma, isto é, um ato regulador de conduta, dotado de hipoteticidade, ou, como afirma geralmente a doutrina jurídica tradicional, dotado de abstratividade e generalidade, como um

---

<sup>101</sup> OLIVECRONA, Karl. The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of a Law. **Am. J. Juris.**, v. 20, 1975, p. 98.

<sup>102</sup> ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 7.

<sup>103</sup> Tradução livre. BENTHAM; Jeremy. **The collected works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1907, p. 185.

<sup>104</sup> OLIVECRONA, Op. Cit., p. 100.

<sup>105</sup> POSTEMA, Gerald J. Bentham on the public character of law. **Utilitas**, v. 1, n. 1, 1989, pp. 40.50.

regimento de um tribunal, ou de uma universidade, ou mesmo um contrato firmado entre particulares, é lei em sentido material.<sup>106</sup>

Com efeito, a vontade do filósofo britânico foi materializada no art. 5, inc. II, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Disso decorre o princípio constitucional da estrita legalidade, o qual requer que certas matérias sejam veiculadas apenas por meio de norma emanado do Poder Legislativo, de acordo com o devido processo legislativo. No âmbito do direito tributário, o referido princípio é especialmente rígido, pois o Estado, ao dirigir-se aos cidadãos para exigir o pagamento de um tributo, a fim de arrecadar recursos para atender às necessidades coletivas, também se subordina à lei e, portanto, em um Estado de Direito só há poder de tributar se houver lei que o defina e o limite.<sup>107</sup>

O princípio da legalidade decorre de uma concepção oitocentista da separação de poderes, a qual precedeu Bentham. Os burgueses, para evitar os abusos discricionários a que a realeza os submetia, instituíram uma concepção de que um ato jurídico pode ser *ou* subsunção *ou* execução de uma norma jurídica abstrata, sem lacunas, elaborada pelo Legislativo. Com isso, criou-se uma teoria baseada na soberania popular, segundo a qual apenas o Parlamento teria legitimidade para estipular regras abstratas e genéricas. Como bem coloca Alexandre Aragão: “(...) com a Revolução Francesa, apenas houve mudança no ícone legitimador da lei, que passou a fundamentar-se na, não menos mítica, ‘vontade popular’”.<sup>108</sup> Fogem do escopo deste trabalho todas as críticas válidas que podem ser tecidas em relação a uma separação de poderes estática<sup>109</sup>. Não obstante, a discussão acerca da aplicação do utilitarismo em relação ao direito dos contribuintes necessariamente perpassa por uma breve análise de qual é o papel do Judiciário e do Legislativo nos tempos atuais, o que será feito no Capítulo seguinte.

Ademais, o utilitarismo também requer uma reflexão sobre o princípio da capacidade contributiva, o qual por vezes é aplicado em favor dos interesses do contribuinte, e, de outra

---

<sup>106</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988. 6a ed. **São Paulo: Dialética**, 2004, p. 42.

<sup>107</sup> ROTHMANN, Gerd W. O princípio da legalidade tributária. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 67, 1972, p. 240.

<sup>108</sup> DE ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, 2001, p. 114.

<sup>109</sup> Apenas para mencionar uma delas: Bruce Ackerman sustenta que já ultrapassamos a teoria clássica que divide o Estado em três poderes: a função legislativa, judicial e executiva. O constitucionalista defende a necessidade de um modelo mais amplo, que permita comparações em uma escala mundial. Para Ackerman, uma teoria do século XVIII não é mais suficiente para descrever a multiplicidade de partidos políticos e a complexidade da burocracia estatal. Nesse sentido, é necessário superar a tradicional doutrina de separação de poderes de Montesquieu em prol de sistemas alternativos, como o parlamentarismo, no qual não há um presidente que controla o poder do Congresso eleito por meio do voto popular. ACKERMAN, Bruce. Ackerman, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, v. 265, 2014, pp. 13-23.



parte, pode ser utilizado para proteger interesses fiscais. Isso pois uma das possíveis interpretações do princípio da capacidade contributiva conduz ao dever de solidariedade, segundo o qual nenhum indivíduo deve deixar de cumprir seu dever de arcar com os custos da despesa pública conforme a sua capacidade econômica.<sup>110</sup> Partindo-se da premissa de que o interesse fiscal corresponde ao interesse social - é dizer, o Estado arrecada para promover o bem-estar social para todos, a discussão acerca da definição dada por Bentham ao conceito de interesse social torna-se muito relevante.

Cabível, portanto, uma discussão acerca do que seria a interpretação do STF do interesse da coletividade que justifica a cobrança de tributos. Se a leitura feita pela Suprema Corte for utilitarista, significa que o interesse social corresponde à soma total dos interesses do contribuinte. Há um paradoxo a ser enfrentado: como conciliar os interesses dos contribuintes referentes à proteção da propriedade privada com a necessidade de o Estado arrecadar tributos para realizar o interesse social, o qual, por sua vez, é a soma de todos os interesses particulares? Em outras palavras: se o interesse coletivo é o agregado de todos os interesses particulares, qual dos dois a Suprema Corte deve maximizar, sob uma perspectiva do utilitarismo?

Bentham respondeu à pergunta afirmando que *a legislação* seria responsável por alinhar esses interesses, moldando a vontade do indivíduo conforme a vontade da coletividade. Essa é inclusive a posição de alguns autores modernos: a norma tributária não tem apenas a função de proteger o contribuinte contra a tributação abusiva *ou* permitir que o Estado arrecade recursos materiais; atualmente, mais importante do que o conflito entre o Fisco e o contribuinte seria a cooperação entre ambos, e a legislação tributária visa à indução de comportamentos do contribuinte para atingir a justiça fiscal.<sup>111</sup> Seria a *decisão judicial* capaz de fazer isso, notadamente por meio da aplicação da técnica de modulação de efeitos? E indo além: se é capaz de fazer isso, é seu papel fazê-lo dentro do arranjo institucional do Estado Democrático de Direito? Na próxima seção será feita uma tentativa de responder à pergunta.

Ao falar sobre a importância da cognoscibilidade do direito para que haja segurança jurídica, Bentham também traz à tona os princípios tributários da anterioridade e irretroatividade, pois, no utilitarismo, um cidadão não pode ser responsabilizado por conduta que não era ilícita à época em que foi realizada. Nesse sentido, a anterioridade, prevista na Constituição, evita que um tributo instituído ou aumentado seja cobrado já no mesmo exercício

---

<sup>110</sup> PESSOA, Leonel Cesarino. O princípio da capacidade contributiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Rev. direito GV**, v. 5, n. 1, 2009, p. 96.

<sup>111</sup> CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro**. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

financeiro em que ocorreu a publicação da lei. Com isso, o contribuinte ganha tempo para se planejar de acordo com a nova norma, aumentando a previsibilidade do ordenamento. Da mesma forma, a irretroatividade da cobrança de tributos em relação aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei também aumenta a confiança do contribuinte em um sistema jurídico estável.<sup>112</sup>

Por fim, a teoria de Jeremy Bentham também traz consequência no que diz respeito ao princípio da isonomia tributária e ao princípio do não confisco. Como exposto acima, além da função da arrecadação, a tributação em um Estado Democrático de Direito leva em consideração critérios de isonomia, distribuindo a riqueza de forma mais igualitária entre os contribuintes.<sup>113</sup> No entanto, o utilitarismo não se preocupa tanto com a função distributiva, pois pouco importa para o utilitarista como será aumentada a soma de felicidade dentro da comunidade, então não há necessidade de uma solução que melhore a felicidade *individual*. Dessa forma, é possível afirmar que, em tese, o utilitarismo e a isonomia tributária são incompatíveis, ou, ao menos, que a teoria utilitarista não incorpora o princípio da isonomia tributária.

No que tange ao princípio do não confisco, previsto inclusive no art. 150, inc. IV, da Constituição<sup>114</sup>, a noção de segurança jurídica de Bentham fortalece a concepção de que a forma destrutiva de intervenção estatal na propriedade deve ser rejeitada. São céleres as palavras do juiz John Marshall, no caso *McCulloch v. Maryland*: “o poder para tributar envolve o poder de destruir.”<sup>115</sup> Se o indivíduo vive preocupado com a possibilidade de que a sua propriedade seja confiscada, amplia-se a quantidade de dor e diminui-se o prazer, ferindo o princípio da utilidade.<sup>116</sup>

Quanto à modulação de efeitos em sede de controle concentrado de matéria tributária, o utilitarismo traz uma nova perspectiva sobre o que seria a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social” previstos no art. 27 da Lei 9.868/1999.<sup>117</sup> As definições

---

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 236.

<sup>113</sup> FOLLONI, André. Isonomia na tributação extrafiscal. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2014 p. 201.

<sup>114</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

<sup>115</sup> LOBO, Américo. Decisões Constitucionais de Marshall. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p.127. TISCHLER, Rachel J. The Power to Tax Involves the Power to Destroy: How Avant-Garde Art Outstrips the Imagination of Regulators, and Why A Judicial Rubric Can Save It. **Brook. L. Rev.**, v. 77, 2011, p. 1666.

<sup>116</sup> KAINO, Michihiro. Bentham's Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan. **Journal of Bentham Studies**, v. 11, n. 1, p. 1-29, 2009.

<sup>117</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus

utilitaristas de ambos os conceitos são especialmente relevantes para uma técnica de decisão como a modulação de efeitos, que, por sua própria natureza, exige o estudo das consequências da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma. Há muito tempo o STF não decide com base em um modelo simples de nulidade da norma *ex tunc*.<sup>118</sup> Como, então, a Corte tem justificado isso? Seria a modulação de efeitos, como é feita atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, utilitarista?

---

membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>118</sup> SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária: jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

## Capítulo II - Pressupostos teóricos para a modulação de efeitos, a *mens legislatoris* e os freios da interpretação mecânica de Bentham garantidora da segurança jurídica

### II.I Visão geral dos pressupostos teóricos para a modulação de efeitos e a *mens legislatoris*

Além do requisito processual do quórum de dois terços dos Ministros do Supremo, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe: (i) a criação judicial do direito; (ii) a preservação da segurança jurídica; e, (iii) a presença de excepcional interesse social. Nesta seção, discutem-se cada uma dessas três premissas, para no capítulo seguinte ilustrar, por meio da análise empírica de acórdãos do STF, como se dá a aplicação desses conceitos na prática. Em um primeiro momento, releva analisar os debates legislativos que levaram à incorporação do art. 27 na Lei 9.868/99 a fim de esclarecer por que a lei prevê os requisitos de segurança jurídica e excepcional interesse social. Em seguida, examinar-se-á a criação de normas pelo Judiciário, a segurança jurídica e o interesse social.

#### a) **Análise dos debates legislativos sobre a inclusão do art. 27 no PL 2.960/1997: a permissão legislativa para a criação da norma judicial**

Conforme antecipado no capítulo anterior, a permissão legislativa para que o STF module os efeitos de decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade tem algumas implicações no cenário do desenho institucional brasileiro no que tange à relação entre o Judiciário e o Legislativo. Isso pois o art. 27 da Lei 9.686/1999 não só confere ao Plenário da Corte a faculdade de modular efeitos, como também efetivamente *exige* que, caso a decisão judicial comprometa a segurança jurídica ou o interesse social, o STF restrinja os seus efeitos. Em outras palavras, o Supremo não só *pode* modular efeitos como *deve* fazê-lo quando necessário para a preservação da segurança jurídica e do interesse social.<sup>119</sup> No entanto, a ausência de uma única definição para esses dois conceitos propositalmente vagos deixa amplo espaço para o STF decidir de acordo com critérios hermenêuticos de ampla latitude.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. “Modulação de efeitos da Decisão e Ativismo Judicial.” *Conjur*, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental#:~:text=Modula%C3%A7%C3%A3o%20de%20efeitos%20da%20decis%C3%A3o%20e%20o%20ativismo%20judicial,-18%20de%20julho&text=Tencionam%2Dse%20com%20frequ%C3%AAncia%20as,normas%20constitucionais%20em%20mat%C3%A9ria%20tribut%C3%A1ria>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

Para não alargar de maneira desarrazoada o objeto desta pesquisa, optou-se por um recorte de pertinência: apesar de aqui serem feitas algumas considerações sobre como a modulação de efeitos reflete na relação entre o Poder Judiciário e Legislativo, não há pretensão de examinar o chamado “ativismo judicial”<sup>121</sup>, nem a complexidade das relações entre os poderes Legislativo e Judiciário, pois foge do escopo deste trabalho.

No que tange especificamente à matéria tributária, não se pode ignorar que a Constituição brasileira é pródiga quanto a esse assunto: o seu Título IV dedica-se inteiramente à tributação e ao orçamento.<sup>122</sup> De fato, a Carta Constitucional de 1988 foi ambiciosa ao normatizar os mais diversos aspectos da vida econômica e política do País. Além disso, concentrou amplos poderes nas mãos do Supremo: a Corte não só é o órgão de cúpula do Judiciário, competente para decidir recursos em última instância, como também exerce a função de Corte Constitucional.<sup>123</sup> Nesse ínterim, e levando em conta as peculiaridades do controle de constitucionalidade brasileiro, a seguir será feita uma análise crítica sobre os discursos parlamentares no âmbito dos debates legislativos que culminaram na aprovação da Lei 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, bem como das ações declaratórias de constitucionalidade.

De fato, o histórico da discussão sobre a previsão legal da manipulação dos efeitos da decisão no direito brasileiro se iniciou já na Assembleia Constituinte, em que se discutiu a

---

<sup>121</sup> Inclusive, o termo “ativismo judicial” sequer possui uma definição unívoca. Caprice Roberts chegou a denunciar o “*definitional bankruptcy*” sobre o tema. ROBERTS, Caprice L. In search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative. *Tennessee Law Review*, v. 74, 2007, p. 568. No mesmo sentido, Paulo Gonet afirma: “As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem caso de de emprego de expressão dotada de força emocional, sem maiores cuidados, entretanto, com a definição dos seus elementos constitutivos. Está presente, aqui, o risco de tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, de transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor como verdade o que ainda não foi suficientemente estabelecido e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ativismo Judicial – Primeiras Aproximações*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Editora IDP, 2016, p. 149. Por outro lado, Elival da Silva Ramos define ativismo judicial como “disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 107. Luís Roberto Barroso apresenta uma definição em sentido contrário: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 25.

<sup>122</sup> Para uma perspectiva crítica sobre a disciplina constitucional do direito tributário: “Uma primeira regra de ouro deveria ser não concentrar demasiada atenção na mudança constitucional. O atual texto já trata do sistema de impostos em texto muito mais extenso e prolixo do que nas anteriores Cartas Magnas brasileiras, quanto mais comparado às outras Constituições do resto do mundo. O pior é que todos os projetos e emendas de reforma tributária, independente do mérito e do objeto, pretendem ampliar ainda mais o tratamento da matéria no texto constitucional e permanente, descendo a pormenores na cobrança e na divisão da receita.” AFONSO, José Roberto. *Reforma tributária: começando pelo fim*. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 73, n. 12, 2019, p. 19-23.

<sup>123</sup> BARROSO, Op. Cit., pp. 24-25.

necessidade de modulação temporal.<sup>124</sup> Na ocasião, foi proposta emenda que conferiria a seguinte redação ao art. 103 da Constituição vigente:

Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia *desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória*, e comunicará o teor desta ao Senado da República para cumprimento do disposto no artigo 61, inciso X.<sup>125</sup>

No entanto, a ideia de inclusão da possibilidade de modulação de efeitos no próprio texto constitucional foi descartada. Na revisão constitucional de 1993, novamente houve sugestão formulada pelo então Deputado Nelson Jobim para a inclusão de um parágrafo no art. 103 da Constituição que possibilitaria que o STF, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, determinasse a produção de efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão. Mais uma vez, a proposta foi rejeitada.<sup>126</sup>

Não obstante, alguns anos após a entrada em vigor da Constituição de 1988, em 7 de abril de 1997, o Projeto de Lei 2.960/97 foi encaminhado ao Congresso pelo Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, remetendo mensagem de Nelson Jobim, que então ocupava o cargo de Ministro de Estado da Justiça. No texto da mensagem, o jurista registrou que o projeto de lei foi elaborado por uma Comissão de Juristas constituída a fim de formular propostas de reforma das leis que tratam da ação popular, ação civil pública, mandado de segurança e representação interventiva, assim como propor projetos de lei para disciplinar o procedimento do mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. A Comissão foi composta pelos Professores Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antônio Jamyr Dall'Agnol, Arnaldo Wald, Carlos Alberto Menezes Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Antônio Herman Vasconcelos Benjamin, presidida pelo Professor Caio Tácito. O Professor Gilmar Mendes foi encarregado de elaborar a primeira versão do anteprojeto da lei.<sup>127</sup>

Na exposição de motivos, demonstrou-se que era impreterível a apresentação de uma lei disciplinando o julgamento de ADIs e ADCs para conferir maior celeridade ao trâmite dos

---

<sup>124</sup> DE ANDRADE, Fábio Martins. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. 2010. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 196.

<sup>125</sup> BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anais: Atas da 153 a 161 Sessão da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Senado Federal, v. 9, 1987, p. 592-593 (grifo do autor).

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>127</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 2.960 de 1997. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1130464](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1130464). Acesso em 25 setembro 2020, p. 21.

processos. Ademais, aduziu-se que a ampliação do rol de legitimados para propor ações de controle concentrado, bem como a instituição do *amicus curiae*, a possibilidade de realização de perícias e a convocação de audiências públicas conferiria um caráter mais pluralista ao processo objetivo. Outra inovação da lei foi a previsão de que a decisão concessiva de cautelar em sede de ADI e ADC tem caráter vinculante, com a proclamação de resultado se, num ou noutro sentido, manifestaram-se pelo menos seis ministros.<sup>128</sup>

Um dos pontos mais controversos do projeto de lei, e que demanda maior atenção em relação à permissão legislativa para a criação de normas pela decisão judicial, diz respeito ao art. 27, o qual permite que o STF restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou estabeleça que tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros. Para justificar a aplicação dessa técnica de decisão, o artigo exige razões de “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”. A exposição de motivos justifica a necessidade dessa previsão legal com base nas experiências dos Estados Unidos, da Alemanha e de Portugal. Todos os três países já adotavam alguma espécie de técnica semelhante à prevista no art. 27, que permite atenuar a doutrina da nulidade da lei inconstitucional.<sup>129</sup>

Além disso, são citados na exposição de motivos alguns casos em que o próprio STF apontou a insuficiência das técnicas já disponíveis para decisões em controle de constitucionalidade concentrado, sendo forçado a se abster de declarar a inconstitucionalidade de uma norma por receio de que a sua nulidade absoluta produziria efeitos nefastos no ordenamento jurídico. Como exemplo, mencionou-se a ADI 526<sup>130</sup>, em que o STF enfrentou a constitucionalidade de medida provisória que previu a revisão discriminatória da remuneração de funcionários públicos. Naquele julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence apontou que a declaração de inconstitucionalidade da norma produziria injustiças para os beneficiados, prejudicando o aumento de vencimentos já levado a efeito para numerosa parcela dos funcionários públicos. Desse modo, a exposição de motivos argumentou que a modulação de efeitos se justifica quando a declaração de nulidade se torna inadequada por ser lesão positiva ao princípio da isonomia, ou nas hipóteses em que o vácuo legislativo resultante da declaração de nulidade possa levar a uma situação ainda mais distante dos objetivos constitucionais.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Ibidem, pp. 23-26.

<sup>129</sup> Ibidem, pp. 26-32.

<sup>130</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 526, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/03/1993.

<sup>131</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, Op. cit., p. 30.

A exposição de motivos do PL 2.960/97 já buscava justificar a maior discricionariedade conferida ao juiz na fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Foi citada a seguinte lição de Jorge Miranda, constitucionalista português, em que se explica que a ausência da autolimitação dos tribunais não é necessariamente algo negativo:

À primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos.<sup>132</sup>

Percebe-se que o projeto original encaminhado pelo Presidente da República previa ao menos três formas de aumentar a concentração de poder decisório nas mãos do Supremo Tribunal Federal: (i) a possibilidade de decisão concessiva de cautelar com eficácia *erga omnes* em sede de ADI e ADC; (ii) a permissão para que o STF restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade; e, (iii) a força vinculante e a irrecorribilidade das decisões tomadas em ação declaratória de constitucionalidade.

Ao chegar à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei foi despachado para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) para parecer. O Deputado Aloysio Nunes Ferreira (SP), que inclusive possui formação jurídica<sup>133</sup>, foi designado relator do projeto. O seu breve voto concluiu pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do PL 1960/97:

O Projeto de Lei ora em exame, a nosso ver, contém inovações necessárias e oportunas, que aperfeiçoam o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da declaratória de constitucionalidade e os tornam mais céleres e efetivos.<sup>134</sup>

Nada disse o voto do relator na CCJ a respeito da previsão de modulação de efeitos no art. 27 do projeto de lei. Apesar do voto do relator ter sido adotado como parecer pela maioria dos membros da CCJ, alguns deputados se manifestaram em sentido contrário à aprovação do texto original do projeto de lei. O Deputado Jarbas Lima (RS) apresentou seu voto em separado, no qual reconheceu que em face da amplitude de matérias disciplinadas na Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade se estende a muitas leis; diante disso, há muitos processos judiciais tramitando no Supremo Tribunal Federal, que exerce um grande poder ao realizar suas atribuições.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3a edição, Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 500.

<sup>133</sup> O hoje ex-senador da República é formado em Direito pela Universidade de São Paulo. Foi advogado e Procurador de Estado. SENADO FEDERAL. Aloysio Nunes – SP Biografia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/846>. Acesso em 7 de junho de 2021.

<sup>134</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, Op. cit., p. 32.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 52.



Discordando da maioria, o Deputado Jarbas Lima construiu uma crítica ao art. 27, pois a possibilidade de atribuir eficácia temporária à norma declarada inconstitucional resultaria em situações em que um tributo inconstitucional poderia ser considerado devido, ao arbítrio dos Ministros do STF. Para o parlamentar, esse dispositivo teria de ser veiculado em emenda constitucional, pois atinge o princípio da legalidade. Por fim, sustentou-se que “não há razão de ‘segurança jurídica’ e ‘interesse social’ que justifique esse casuísmo”<sup>136</sup>, concluindo seu voto pela supressão do art. 27.

Da mesma forma, o Deputado Aldo Arantes produziu voto em separado em que afirmou que a possibilidade de modular efeitos representa “um verdadeiro preito à insegurança jurídica”, afastando a aplicação da supremacia da Constituição, a qual “passa a ser substituída pela supremacia dos Ministros do STF”<sup>137</sup>, pois lhes é conferido o poder de dizer que uma norma inconstitucional tem “meia validade, uma validade de meio tempo.”<sup>138</sup>

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) também apresentou voto em separado, em que afirma que a suspensão dos processos em outras instâncias em razão da concessão de cautelar limita a autonomia dos julgadores de instâncias inferiores. O partido se opôs à inclusão da permissão para modular efeitos no projeto de lei em razão de ser, ao seu ver, uma “margem de discricionariedade concedida é [sic] muito ampla, com sérios riscos ao princípio constitucional da isonomia e à separação e independência dos Poderes, já que o STF, por 6 votos, pode efetivamente legislar, estabelecer condições e restrições para a aplicação da decisão.”<sup>139</sup> Ao final, a CCJ da Câmara dos Deputados opinou contra esses votos em separado e acatou a constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do projeto de lei, nos termos do parecer do Relator.

Quando o projeto foi analisado no Plenário da Câmara, o Deputado Miro Teixeira (RJ) apresentou emenda para suprimir a expressão “restringir os efeitos da declaração” do *caput* do art. 27 do Projeto de Lei, por acreditar que se trata de permissão que fere a separação de poderes. Por fim, a Emenda n. 10 de Plenário buscou retirar o caráter vinculante da decisão proferida em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ambas as emendas foram rejeitadas.<sup>140</sup>

O resultado da votação em Plenário foi de 314 deputados a favor e 105 contra a aprovação do Projeto de Lei, com 2 abstenções. No Senado Federal, o projeto foi aprovado sem alterações. Com exceção de um pedido de destaque para votação em separado das expressões

---

<sup>136</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 134.

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Ibidem, pp. 135-136.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 137.

“restringir os efeitos daquela declaração ou...” e “ou de outro momento que venha a ser fixado”, constantes do art. 27 do projeto, formulado pela Senadora Marina Silva (AC), o qual foi rejeitado, a discussão foi encerrada sem debates e o projeto foi encaminhado para sanção presidencial em 26/10/1999.<sup>141</sup>

O Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, vetou parcialmente o projeto, opondo-se à inclusão das federações sindicais entre os legitimados para a propositura da ação direta. Além disso, rejeitou a necessidade de publicação de edital no Diário da Justiça e no Diário Oficial, contendo informações sobre a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a previsão de que os demais titulares do direito possam juntar memoriais e manifestar-se por escrito após trinta dias da publicação do edital. O veto foi mantido pelo Congresso Nacional.<sup>142</sup>

Colocados os principais pontos relevantes dos debates legislativos no âmbito do PL 2.960/1997, transformado na Lei 9.868/99, no que tange especificamente ao art. 27, importa analisar o que essas discussões significam para a modulação de efeitos em matéria tributária. Em primeiro lugar, percebe-se que o Legislativo explicitamente, e por meio de lei em sentido estrito<sup>143</sup>, conferiu maiores poderes ao Poder Judiciário. Inclusive, o projeto de lei foi fruto de iniciativa do Presidente da República, eleito pelo voto direto e majoritário. É dizer, a modulação temporal dos efeitos da decisão em controle concentrado nada mais é que o exercício de atribuições conferidas ao Judiciário pelo próprio Legislativo.

Portanto, não são cabíveis discussões sobre se o STF deveria ou não exercer esse tipo de poder – o fato é que exerce, e que o faz com base em previsão expressa em lei.<sup>144</sup> O que cabe à doutrina, portanto, é buscar definir “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, já que o legislador não se preocupou sobre delimitar tais conceitos. Essa lacuna legislativa é eloquente no sentido de que o legislador também não quis limitar o leque de situações passíveis de aplicação da modulação de efeitos.

---

<sup>141</sup> SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara n. 10, de 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/891>. Acesso em: 29 setembro 2020.

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> “Neste sentido, lei é o preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vocabulo Jurídico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=LEI%20EM%20SENTIDO%20ESTRITO>. Acesso em 28 setembro 2020.

<sup>144</sup> Conforme bem afirma Nilo Batista, a doutrina tradicional brasileira separa o “ser” e o “dever-se” como inconciliáveis. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 1a ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990. Esta pesquisa, no entanto, afasta-se dessa distinção estática para reconhecer que, nas palavras de Alexandre Costa, “essa diferenciação só é útil porque nos ajuda a tratar diferentemente coisas que são diversas: os enunciados sobre a realidade e os enunciados normativos.” COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**. 1a ed. **Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris**, 2001.

Ao aprovar o Projeto de Lei enviado pelo Presidente da República sem grandes alterações, o Congresso Nacional aceitou dar amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal em matéria de controle concentrado. Dentre esses poderes, além da possibilidade de concessão de medida cautelar com eficácia *erga omnes* em sede de ADI e ADC e a força vinculante das decisões tomadas em ação declaratória de constitucionalidade, está o poder para a restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ainda que alguns deputados e senadores tenham apresentado posições contrárias a essa concentração de poderes nas mãos do STF, a maioria não vislumbrou grandes problemas nas normas, de modo que apenas 20% (vinte por cento) dos membros da Câmara dos Deputados votou contra a aprovação da lei. Em outras palavras, *foram os representantes eleitos que, após deliberação, ratificaram a concessão dessas atribuições específicas ao STF.*

Nesse sentido, mesmo antes da vigência da Lei da ADI ter regulado e ampliado os poderes do STF em matéria de controle concentrado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho já afirmava que a Constituição de 1988 conferiu um papel político ao Poder Judiciário, pois a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, diante de seu caráter generalizante, conferiram à Corte Constitucional um papel de legislador negativo.<sup>145</sup> Do mesmo modo, ao analisar a aprovação da Lei 9.882/1999, que regulamentou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Rogério Arantes afirma que “esse reforço confirmará o modelo democrático constitucional adotado em 1988, que elegeu o campo de Justiça como esfera de recurso dos derrotados na arena política.”<sup>146</sup> Ou seja, as queixas acerca da concentração de poderes nas mãos do Judiciário são legítimas, mas nesse debate não devemos nos esquivar do fato de que foi o Poder Legislativo, por meio de negociações políticas e em articulação com o Executivo, que permitiu essa concentração do sistema de controle de constitucionalidade nas mãos do Supremo Tribunal Federal.<sup>147</sup>

Apesar de ser extremamente importante o debate sobre o protagonismo do Supremo na atualidade, não se pode ignorar as normas que sustentam o nosso ordenamento jurídico – premissas essas que não só permitem como verdadeiramente exigem, sob pena de decisão omissa, que haja a modulação de efeitos em caso de insegurança jurídica ou ameaça ao

---

<sup>145</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, 1995, p. 33.

<sup>146</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza., org. **Reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 57.

<sup>147</sup> Cumpre consignar, no entanto, que a Lei 9.868/99 é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, pendentes de julgamento, as quais argumentam que a lei fere o princípio da supremacia constitucional. DINIZ RIBEIRO, Diego; DELIGNE, Maysa S.P. A modulação de efeitos em matéria tributária e sua realização em favor da Fazenda Pública. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana F.C. **Processo Tributário Analítico**, Volume IV: Coisa Julgada. 1a ed. Rio de Janeiro: Editora Noeses, 2019.

excepcional interesse social. À vista disso, tem-se que após a permissão legislativa para que o STF determine os efeitos temporais de suas decisões, já não é mais possível, ao menos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, vislumbrar o juiz como mero aplicador da lei, na forma em que previa Jeremy Bentham. Isso porque, conforme será visto adiante, um dos pressupostos teóricos da modulação de efeitos é o “*judge-made law*”: em outras palavras, o direito judiciário, o direito criado nos Tribunais.<sup>148</sup> Os outros dois pressupostos para a aplicabilidade da modulação, esses previstos explicitamente no art. 27 da Lei 9.868/99, são a segurança jurídica e o interesse social.

## II.II Precedentes vinculantes e o utilitarismo

A primeira premissa teórica que permite a modulação de efeitos pelo STF diz respeito à ideia de que, ao fornecer a interpretação de uma norma que a Corte entende ser a correta e fixar precedentes, as decisões judiciais criam direito.<sup>149</sup> Dessa forma, “não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação”<sup>150</sup>. Quando a interpretação de uma lei muda, a conduta do jurisdicionado tende a mudar também, a fim de adequar-se à lei interpretada pelos tribunais. É dizer, a interpretação exercida pelos magistrados cria a versão final da norma, a qual, no âmbito das decisões tomadas por Tribunais Superiores, estende-se para além do caso concreto.<sup>151</sup> O texto e a norma passam a ser conceitos distintos: a interpretação incide sobre a lei, e a norma é a consequência da interpretação da lei.<sup>152</sup>

Jeremy Bentham foi um crítico implacável da adoção de precedentes vinculantes. Pai do positivismo britânico, lutou pela positivação e codificação do direito. Para o filósofo, isso significaria uma racionalização do direito, afastando qualquer concepção jusnaturalista e priorizando o prazer e a ausência de dor. Conforme foi detalhado no primeiro capítulo deste trabalho, o autor criou um sistema baseado na maximização da utilidade. As leis se limitam à exposição da vontade do poder soberano, ou seja, comandos objetivos, separando o direito da

---

<sup>148</sup> FUX, Luiz. BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. **Revista de Processo**, vol. 269/2017, jul/2017, pp. 11 - 21.

<sup>149</sup> CHAN, Johannes MM. Disturbing the past and jeopardising the future: retrospective and prospective overruling. **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper**, n. 2015/031, 2014.

<sup>150</sup> GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. 1a ed. Coimbra: Leya, 2020, p. 18.

<sup>151</sup> ALVIM, Teresa Arruda. A modulação do art. 927, § 3º, do CPC. **Revista Judiciária do Paraná**, Ano XV–n. 19, maio 2020, p. 155.

<sup>152</sup> MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 17.

moral, mas fundamentadas no princípio utilitarista. Na Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, o *common law* já estabelecia limites para os monarcas.<sup>153</sup>

Na França, a ausência de limites ao poder da autoridade levou à concretização do projeto de codificação do Direito, culminando no Código de Napoleão.<sup>154</sup> No entanto, a restrição aos poderes da realeza na Inglaterra significou a maior liberdade conferida aos juízes. Para frear esse poder, Bentham buscava estabelecer um sistema jurídico claro, coeso e aplicável a todos, sem abertura para a interpretação. A criação do direito no âmbito do Poder Judiciário enfraqueceria o ideal da segurança jurídica. O juiz não teria legitimidade alguma para, em lugar do poder soberano do povo, representado pelo Legislativo, decidir o que maximiza a felicidade geral.<sup>155</sup>

No entanto, há um ponto em que a teoria utilitária de Bentham pode ser utilizada para defender a modulação de efeitos. A principal crítica do autor ao sistema de *common law*, elaborado pelos juízes, consiste no fato de que o direito nesse sistema é criado *ex post facto*. Não se diz o que é proibido inicialmente, mas ainda assim os indivíduos sofrem as consequências da decisão. Dessa forma, Bentham era contra um sistema jurídico em que o ser humano age sem saber qual será a consequência de sua conduta (prazer ou dor) e, conseqüentemente, o autor condenava qualquer aplicação retroativa de uma norma.<sup>156</sup>

Se reconhecemos que juízes criam normas - e, conforme será visto adiante, já não é mais possível fugir dessa constatação<sup>157</sup> - então elas não podem ser aplicadas retroativamente de

---

<sup>153</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte**, 2017, v. 25, 2017, p. 6.

<sup>154</sup> “Juristas que gostam deste tipo de escavação no passado perceberão outra grande divisão, isto é, a natureza contínua do desenvolvimento jurídico inglês ou, em outras palavras, a ausência de grandes catástrofes como a experimentada pela França no tempo da Revolução. Certamente, a falta de interrupção no desenvolvimento jurídico inglês pode ser facilmente enfatizada em excesso na atmosfera profundamente conservadora do *establishment* jurídico inglês (...)” CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. 1a ed. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 5.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>157</sup> Inclusive, o próprio Supremo já adota essa posição para determinar a eficácia de suas decisões. A título de exemplo: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. **1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional.** (...)

forma ilimitada, sob pena de ofensa à segurança jurídica que fundamenta todo o sistema jurídico utilitarista. Com isso, chega-se à conclusão de que, em um ordenamento que adota precedentes vinculantes, o que está longe do sistema ideal desenhado por Jeremy Bentham, é necessário ao menos resguardar os cidadãos do efeito retroativo da norma. O problema é que possibilitar a modulação de efeitos confere ainda mais poderes aos juízes, perpetuando a criação de leis no âmbito do Poder Judiciário. Com efeito, sob a ótica do utilitarista inglês, o direito comum é uma “doença perpétua”.<sup>158</sup>

Nessa perspectiva, o que se propõe aqui, sabendo que um sistema que permite à Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de leis e torna a observância desta decisão obrigatória para o Poder Executivo e os demais órgãos do Poder Judiciário se afasta do projeto de codificação de Bentham<sup>159</sup>, é ao menos preservar o que o benthamismo julga ser essencial para o ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a maximização do interesse comum. Para melhor compreender esse ponto, torna-se necessária a diferenciação entre a teoria da interpretação de subsunção mecânica e a teoria da interpretação moderna, que permite que um Tribunal legisle. Nesse ínterim, é possível enxergar a tensão quase insuperável entre a teoria benthamiana e o ordenamento jurídico brasileiro. Diz-se quase insuperável porque é a modulação dos efeitos da decisão para preservar a segurança jurídica e o excepcional interesse social que abre o caminho para uma possível conciliação.

A força de um precedente depende da aceitação de que a atividade judiciária efetivamente cria normas que devem ser observadas.<sup>160</sup> Por outro lado, no modelo positivista proposto por Bentham, o juiz estaria limitado à subsunção do fato à lei, pois o ordenamento seria um sistema fechado de conceitos jurídicos. As normas legais aplicadas pelos juízes não poderiam ter sido feitas por eles - pelo contrário, deveriam ser necessariamente leis em sentido

---

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 730462, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, 08/09/2015. (grifo nosso)

<sup>158</sup> Ibid., p. 14.

<sup>159</sup> Nesse sentido, Streck et. al.: “É bem verdade que Jeremy Bentham tinha, como uma das prioridades de seu positivismo utilitarista, a segurança jurídica; ainda assim – diferentemente dos precedentalistas brasileiros – Bentham não via na instituição do *stare decisis* a solução para a insegurança e indeterminação do Direito. Mais do que isso, ele sequer concordava com a doutrina dos precedentes vinculantes *per se* (...)” STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. Interessa notar, no entanto, que existem interpretações divergentes sobre qual seria o papel do juiz na teoria de Bentham. Para Gerald Postema, o *Pannomion* de Bentham conteria apenas alguns princípios gerais, deixando espaço para os juízes determinarem o sentido da norma. POSTEMA, Gerald J. Bentham on the public character of law. *Utilitas*, v. 1, n. 1, 1989, pp. 430–4. Já Michael Lobban afirma que é possível interpretar o *Pannomion* como um código completo, em que o legislador prevê todas as condutas e sanções possíveis. LOBBAN, Michael. **The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850**. 1a ed. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 117.

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009, p. 12.

formal, elaboradas pelo Poder Legislativo. Tem-se, portanto, a primazia da lei sobre todas as demais “fontes” de direito (na verdade, para Bentham, decisões judiciais sequer poderiam ser consideradas como fonte de direito). Contudo, como afirma Elival da Silva Ramos, é esse o “calcanhar de Aquiles” de uma concepção positivista: ao afirmar que a atividade do juiz consiste na aplicação mecânica das prescrições legais ao caso concreto, o positivismo deixa de se aprofundar na questão da interpretação da norma, e se esquivava do fato de que não é possível aplicar sem antes interpretar.<sup>161</sup> A limitação do juiz à aplicação mecânica da lei ignora que “a interpretação e aplicação não se realizam autonomamente”<sup>162</sup>; interpretar a legislação é aplicá-la ao caso concreto.

De fato, interpretar quer dizer conferir um significado a algo. Isso pode ser feito de modo estático, se o intérprete se atém exclusivamente ao texto, ou de maneira dinâmica, em que são incorporados elementos extratextuais para desenvolver o significado. A interpretação estática privilegia a supremacia da lei, entendendo que o legislador possui legitimidade política para criar normas, bem como legitimidade ética, pois a lei elaborada pelo Parlamento, eleito pelo voto majoritário, seria a expressão da vontade geral. Ao Poder Judiciário restaria tão somente a aplicação das normas elaboradas pelo Parlamento aos fatos. Nesse contexto, a lei seria o melhor freio possível para o abuso de poder, pois assegura a igualdade (formal) de direitos a todos e garante a segurança decorrente de todos saberem o que é permitido e o que é proibido.<sup>163</sup>

Essa forma de enxergar a lei confere especial importância ao método gramatical de interpretação, bem como ao método histórico de buscar a vontade real do legislador. Em outras palavras, a subsunção mecânica não afasta por completo qualquer interpretação, mas torna o espaço para isso extremamente limitado, exigindo que o julgador se circunscreva ao que estiver expresso no texto da norma. O problema que exsurge com a hermenêutica positivista, defendida por Bentham, é que o direito é reduzido ao texto da lei, impedindo a atualização do significado do direito de acordo com as mudanças sociais.<sup>164</sup>

Por outro lado, no *common law*, sistema condenado pelo utilitarismo benthamiano, o direito é criado por meio de decisões judiciais, as quais supostamente conseguem enxergar os fatos mais de perto do que as leis. Isso impossibilita a aplicação mecânica da lei, o que não quer dizer que a lei não possui nenhuma importância, mas sim que os precedentes formados pelos

---

<sup>161</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 1a ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, p. 50-52.

<sup>162</sup> GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. 1a ed. Coimbra: Leya, 2020, p. 140.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 56-57.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 60.

Tribunais são tão importantes quanto a legislação na criação de normas. E mais: o direito só existe após o juiz concretizar a regra elaborada pelo legislador, por meio de sua aplicação ao caso concreto. Com isso, exige-se do julgador uma postura pragmática, pois ao definir o sentido da norma, o juiz deve levar em conta as consequências de cada uma das possíveis interpretações.<sup>165</sup> Aqui se encontra, portanto, a primeira premissa lógica para a modulação de efeitos: o magistrado deve se atentar aos efeitos prospectivos da interpretação da norma que ele decidir aplicar ao caso.

Para Bentham, essa forma de decidir gera insegurança jurídica, pois as pessoas subordinadas ao sistema jurídico do *common law* não possuem uma posição antecipada sobre quais condutas são lícitas. Por outro lado, há mais flexibilidade na criação do direito, pois ao deixar de lado a noção de que o juiz tem o papel tão somente de aplicar a norma abstrata a conflitos *inter partes*, abre-se o leque de possíveis interpretações, as quais não precisam necessariamente refletir o sentido exato da lei. Com isso, a decisão judicial adquire uma nova dimensão: não é mais apenas um instrumento para aplicar e fazer valer o direito objetivo, como também o seu comando passará a incidir sobre os jurisdicionados, e não apenas sobre os litigantes daquele caso concreto.<sup>166</sup>

Desse modo, ao juiz é dado o poder de inovar na ordem jurídica, e, com isso, surge o medo de a sua decisão gerar surpresas injustas e retroagir de modo a ferir valores caros ao sistema jurídico. Surge também a diferenciação entre texto da lei e norma judicial. Interessa notar que, no primeiro paradigma<sup>167</sup> de interpretação, a subsunção mecânica, defendido por Bentham, o juiz apenas estabelece o sentido da lei no caso concreto. No segundo paradigma, que consiste na teoria da interpretação moderna, o juiz deve precisar, de acordo com fundamentos racionais, qual o melhor sentido da norma dentre as possíveis opções.<sup>168</sup> A função

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>166</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui Precedentes. **Revista dos Tribunais**, v. 950, 2014, pp. 2-4.

<sup>167</sup> “Paradigma”, nesse sentido, refere-se ao que Thomas Kuhn chama de aquilo que cientistas admitem como uma ontologia comum, com princípios básicos sobre os quais os cientistas concordam. KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

<sup>168</sup> Há quem critique essa concepção. Streck e Raatz, por exemplo, afirmam que “O ‘formalismo jurídico’ combatido pelos ‘precedentalistas’ nada mais é do que uma outra forma de definir o positivismo clássico, o qual, no seio da modernidade, veio a se desenvolver em diferentes vertentes: o positivismo exegético francês, o positivismo científico alemão e a jurisprudência analítica inglesa. (...) Se antes o juiz limitava-se a declarar o sentido contido (colado) no texto, agora ele estaria autorizado, pela sua própria vontade a dar (livremente) o sentido que quisesse ao texto. É interessante notar, porém, que este estágio representa apenas uma tentativa de base muito mais sociológica do que jurídica para justificar uma superação do formalismo jurídico, o que, de certo modo, veio a ganhar ares de sofisticação com alguns autores epitetados de ‘neoconstitucionalistas’ (...) como exemplo de superação do cognitivismo/formalismo interpretativo.” STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira, entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. In: **Revista de Processo-RePro**. 2016, pp. 392-393.



dos Tribunais é a de aplicar comandos que não necessariamente estão inscritos na legislação.<sup>169</sup> Evidente, portanto, que ao falar em precedentes vinculantes, os quais constituem uma das premissas lógicas para conferir eficácia prospectiva às decisões da Corte Constitucional, ocorre um distanciamento dos pressupostos teóricos de Bentham.

A hermenêutica jurídica moderna admite que a lei não é capaz de solucionar todos os casos concretos, e por isso defende uma intersecção das atividades do Poder Legislativo e Judiciário.<sup>170</sup> Além disso, no contexto específico do controle de constitucionalidade brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal que detém o poder oficial de dar a última palavra sobre o sentido que deve ser atribuído a determinada lei (inclusive se essa interpretação resultar na declaração de inconstitucionalidade da norma legal).<sup>171</sup> Em face dessa nova compreensão, a ordem jurídica é composta não só de legislação como também de precedentes judiciais - isto é, o precedente é fonte normativa.<sup>172</sup>

As decisões do Supremo regulam a atividade dos jurisdicionados.<sup>173</sup> Diante disso, é necessário que a decisão judicial exponha as suas razões, tanto para pautar a conduta do indivíduo quanto para vincular os demais tribunais na aplicação do precedente. Nesse sentido a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

É interessante perceber que, enquanto declara o sentido exato da lei, a decisão sequer tem razão para ter autoridade perante os tribunais; afinal a lei já se impõe aos juízes. As decisões só têm razão para assumir autoridade quando agregam algo à ordem jurídica, quando se desprendem da lei para colaborar para o desenvolvimento do direito numa tarefa coordenada entre Judiciário e Legislativo. Quando isso ocorre as decisões de uma Corte Suprema têm autoridade para se projetar perante todos os juízes.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> MARINONI, Op. Cit., pp. 4-6.

<sup>170</sup> Ibid, p. 5.

<sup>171</sup> Interessa notar que a concentração do “poder da última palavra” nas mãos do Supremo Tribunal Federal é alvo de duras críticas na doutrina. Werneck e Ribeiro destacam que esse poder não decorre apenas do que foi fixado pela Constituição de 1988, mas também das “práticas institucionais e interpretações de seus próprios poderes.” ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, 2016, pp. 405-410. Na mesma linha, Carvalho sustenta que “não colabora com as relações institucionais entre STF e Congresso a insistência discursiva de qualquer deles em se autoafirmar como o foro da derradeira palavra sobre questões constitucionais, persistir no uso léxico ‘última palavra’ mostra apenas uma incompreensão primeira: a de não perceber os conceitos de constitucionalismo e democracia como paradoxos auto-implicados e mutuamente influentes” (p. 16409). CARVALHO, Alexandre. *Última Palavra ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial a partir de um julgado do STF. Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, v. 2, n. 14, 2013, p. 16389.

<sup>172</sup> ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. 1a ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 172.

<sup>173</sup> Conforme afirma Daniel Mitidiero, “a interpretação da Constituição não difere - enquanto *interpretação* - da interpretação geral. A sua *especificidade* - isto é, a existência de postulados específicos concernentes à sua interpretação - está ligada mais à Constituição do que propriamente à interpretação.” MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 25.

<sup>174</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui Precedentes. **Revista dos Tribunais**, v. 950, 2014, p. 5.

A afirmação de que juízes criam direito não significa que os magistrados ignoram a lei e, ao interpretar a norma legal, constroem algo que sequer existia antes. Pelo contrário, nas palavras de Martin Shapiro, decisões judiciais são resultado do *incrementalism*: a cada decisão, adiciona-se algo à interpretação da norma. Não existe a criação de normas onde normas antes não existiam. Ou seja, as mudanças levadas a efeito por decisões judiciais são graduais, levando-se em conta as consequências que a nova decisão irá gerar, e, em muitos casos, remediando aos poucos uma injustiça causada pela lei que o legislador não pôde prever no momento de sua elaboração.<sup>175</sup> Esse aspecto da criação jurisprudencial de normas afasta a insegurança jurídica, pois evita decisões repentinas que rompem com a confiança depositada na ordem jurídica. No entanto, não é sempre que a alteração na jurisprudência é progressiva. Quando há uma transformação muito abrupta na interpretação da norma legal, o que é muito comum na declaração de inconstitucionalidade (a norma é válida e eficaz, em um momento, e no momento seguinte já não produz mais nenhum efeito), faz-se necessário atenuar essa quebra de expectativas por meio da modulação de efeitos.

Afirmada a premissa de que a Suprema Corte cria direito, por qual motivo, então, essas normas devem vincular a Administração Pública e as demais instâncias do Poder Judiciário? A necessidade de precedentes obrigatórios apoia-se primordialmente no princípio da igualdade. Ora, se a lei se aplica a todos indistintamente, a norma judicial deve seguir a mesma lógica, sob pena de violação ao Estado Democrático de *Direito*, no qual todos se submetem à lei. O Judiciário não pode privar os cidadãos do tratamento igualitário e a mesma situação jurídica jamais poderia comportar soluções diversas. Ao vincular os demais tribunais à norma fixada pela Corte Constitucional, assegura-se a aplicação uniforme da norma judiciária a todos os jurisdicionados.<sup>176</sup> Fábio Cardoso Machado resume bem a relação entre a criação judicial do direito e a necessidade da observância de precedentes obrigatórios:

(...) se as decisões judiciais contribuem para a conformação normativa de uma ordem jurídica e se, assim, os tribunais participam do desenvolvimento do direito, consagrando continuamente critérios jurídicos novos e reconfigurando casuisticamente os critérios existentes, o respeito aos precedentes é indispensável à estabilização dessas contribuições jurisprudenciais, pois só assim se obtém aquela porção de segurança e igualdade que uma ordem jurídica madura é capaz de proporcionar.<sup>177</sup>

Além disso, o respeito aos precedentes, que nada mais é do que o desenvolvimento do direito no âmbito dos Tribunais, fortalecendo ainda mais o Judiciário, consagra autonomia dos

---

<sup>175</sup> SHAPIRO, Martin. Stability and change in judicial decision-making: Incrementalism or stare decisis. **Law Transition Q.**, v. 2, p. 134, 1965, p. 149-150.

<sup>176</sup> MARINONI, Op. Cit., p. 18.

<sup>177</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. Por que realmente os precedentes importam? In: NEVES, A. Castanheira et al. **Jurisdição Direito Material e Processo: Os Pilares da Obra Ovidiana e seus Reflexos na Aplicação do Direito**. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 229.

magistrados para realizarem a interpretação aberta das normas, atendendo à flexibilidade que novos problemas sociais exigem. Trata-se, portanto, de um processo cíclico: quanto mais os juízes criam direito, mais reforçam essas novas normas e exigem a sua aplicação. E o precedente não extrai a sua autoridade simplesmente por ter sido proferido por um juiz. A decisão judicial não é precedente, *torna-se* precedente quando confere uma solução importante a um problema e adiciona algo significativo à ordem jurídica. Desse modo, releva compreender que a função do precedente não se resume à superação de divergências jurisprudenciais ou à estabilização do sistema. Na verdade, espera-se o contrário: é comum que o precedente cause certa instabilidade logo após ter sido proferido, como é o caso da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei. Com o tempo, esse entendimento vai se sedimentando. Então, se é evidente que o juiz cria direito ao aplicar a lei (ou ao afastá-la por inconstitucionalidade), decorre logicamente disso que é necessário preservar esses novos elementos trazidos para o ordenamento por meio da decisão judicial, tornando os precedentes obrigatórios.<sup>178</sup>

A criação judicial de normas e a força dos precedentes leva à necessidade de se garantir a segurança jurídica e o excepcional interesse social em casos atípicos, em que a nova norma incorporada ao ordenamento pode desconstituir relações jurídicas consolidadas. A seguir, será feita uma análise dos dois conceitos.

### **II.III A segurança jurídica, a modulação de efeitos e a proteção da expectativa legítima**

A segurança jurídica é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Tanto é assim que foi consagrada no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.<sup>179</sup> No cerne do que a nossa sociedade aceita como um consenso de ordem jurídica justa está a concepção de segurança jurídica. Ainda que não seja possível alcançar um consenso absoluto entre todos os integrantes da sociedade sobre o que é a justiça, o direito passa a ter a função de garantir a estabilidade da ordem constitucional, a qual, por sua vez, passa a ser entendida como um consenso simbólico do significado de justiça.<sup>180</sup> Para Bentham, a justiça equivale à maximização da felicidade e o direito deve servir exclusivamente a esse propósito. A felicidade na sociedade, por sua vez, aumenta quando há segurança jurídica, e esse deve ser o fim buscado

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, pp. 12-16.

<sup>179</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

<sup>180</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Segurança Jurídica E Vinculação Das Decisões Judiciais—Análise Da Relação Entre A Formação Da Coisa Julgada E A Súmula Vinculante No Direito Brasileiro**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 15-20.

pelo Direito.<sup>181</sup> Já a Constituição não adota expressamente uma única teoria da justiça<sup>182</sup>, senão estabelece direitos e limitações ao poder para que não haja risco de decomposição dos princípios básicos e fundamentais do Estado Democrático de Direito.<sup>183</sup>

No entanto, o conceito de segurança jurídica ainda é extremamente indeterminado. Como se viu no tópico anterior, Bentham delimitou a segurança jurídica como a proteção da expectativa legítima que o cidadão deposita na lei. No próximo capítulo, analisar-se-ão exemplos de julgados do STF para perceber como a Corte tem definido o mesmo termo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade em matéria tributária. Para melhor compreender a segurança jurídica no que diz respeito à modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, esta seção tem como objetivo realizar um rápido panorama sobre como a doutrina moderna trata o assunto. A tarefa se justifica porquanto no âmbito do direito tributário a segurança jurídica adquire uma importância ainda maior.<sup>184</sup>

Como bem afirma Carlos Ari Sundfeld, “hiperprincípios teóricos”, como é o caso da segurança jurídica, são comumente utilizados como “provérbios” - é dizer, não há definição precisa para o conceito, o que abre espaço para a excessiva discricionariedade do julgador e fere a garantia da motivação adequada de decisões judiciais.<sup>185</sup> Princípios são propositalmente

---

<sup>181</sup> Essa é também a concepção de direito veiculada por Humberto Ávila: “O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam.” ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 5. Na mesma linha: “O chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos - vale dizer: segurança.” GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. 1a ed. Coimbra: Leya, 2020, p. 15.

<sup>182</sup> Por teorias da justiça, entende-se o ramo da filosofia que examina o que deve ser feito quando os interesses individuais entram em conflito e nem todos podem ser satisfeitos. Em outras palavras, analisa-se “O que deve ser feito em uma sociedade?”. KOLM, Serge-Christophe. **Modern theories of justice**. 1a ed. Boston: MIT Press, 2002, p. 4.

<sup>183</sup> “Inclusive, é nisso que consiste o notório paradoxo entre constitucionalismo e democracia: “Se o princípio fundante da democracia é a igualdade e autonomia de todos, qualquer mecanismo que suspenda uma decisão decorrente do processo de deliberação majoritária será, a priori, inaceitável. Caso se assuma que todos são iguais, não há como se justificar que um grupo de sábios possa julgar e substituir a vontade da maioria pela sua própria vontade, pois o mecanismo mais capaz de realizar um procedimento decisório que de igual valor a todos é a regra da maioria. Ao somar as vontades individuais, atribuindo-lhes igual valor, a decisão a ser tomada é aquela que corresponde à vontade do maior número. Dessa perspectiva apenas aquelas expressões da vontade da maioria que violem os próprios fundamentos ou procedimentos da democracia é que podem ser legitimamente bloqueadas. Qualquer tentativa de controlar decisões substantivas, que não estejam estritamente ligadas com a estrutura da democracia será considerada ingerência ilegítima no procedimento democrático. As constituições rígidas, principalmente aquelas que dispõem de um controle jurisdicional da constitucionalidade, e que portanto autorizam que autoridades não eleitas bloqueiem decisões tomadas pelos representantes dos cidadãos, constituem autênticos mecanismos anti-majoritários. Daí as tensões entre constitucionalismo, que privilegia a proteção de direitos, e democracia, que enfatiza a regra da maioria.” VILHENA, Oscar. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova, São Paulo**, n. 42, 1997, p. 56.

<sup>184</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 49.

<sup>185</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. Malheiros Editores, 2014, p. 183.

vagos<sup>186</sup> - isso não se discute. No entanto, recorrer a algumas definições pré-estabelecidas pode ser útil para aumentar a qualidade das decisões judiciais, principalmente no que diz respeito à modulação de efeitos, que exige necessariamente uma fundamentação qualificada pela preservação da segurança jurídica e do interesse social.<sup>187</sup>

Nos últimos anos, a proteção da confiança contra a incerteza de conceitos vagos ganhou tanto destaque que foi editada a Lei 13.655/18, a qual promoveu alterações na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, para acrescentar ao ordenamento jurídico alguns dispositivos que têm como objetivo coibir a inconstância da jurisprudência.<sup>188</sup> A alteração mais importante no tema da modulação de efeitos está prevista nos arts. 23 e 24, que assim preveem:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de **conteúdo indeterminado**, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.<sup>189</sup>

É dizer, a LINDB reconhece que, quando o Poder Judiciário altera o entendimento predominante sobre determinado assunto, as condutas dos jurisdicionados levadas a efeito anteriormente à alteração do entendimento devem ser analisadas à luz das orientações gerais da época. Essa previsão se torna ainda mais relevante face à declaração de inconstitucionalidade da norma, vez que todas as leis gozam de presunção de constitucionalidade.<sup>190</sup> Da mesma

---

<sup>186</sup> Daniel Mitidiero afirma: “Uma norma é vaga porque dá lugar a *dúvidas interpretativas a respeito dos casos que recaem ou não sob o seu campo de aplicação*.” MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 1a ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2021, p. 23.

<sup>187</sup> Nas palavras de Fernando Leal: “Se é correto o diagnóstico feito pelo próprio Carlos Ari Sundfeld de que vivemos hoje em um “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”, a necessidade de reduzir as incertezas produzidas pelo recurso exclusivo a princípios vagos para fundamentar decisões é urgente. Sem mecanismos para domesticar essas incertezas, sobra subjetividade. Com isso, o processo decisório nas esferas judicial, controladora e administrativa torna-se instável e imprevisível.” LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. 1a ed. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 25.

<sup>188</sup> No entanto, a nova legislação não resolve o dilema da necessidade de a jurisprudência preservar a segurança jurídica. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim, “a redação dos seus dispositivos não é das mais claras. É, exageradamente, permeada de conceitos vagos, apresentando, portanto, a potencialidade de gerar profundas discrepâncias interpretativas.” ALVIM, Teresa Arruda. Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018. **Conjur**, 2018. Disponível em: [ConJur - Teresa Arruda Alvim: Modulação e um olhar a partir da Lei 13.655](#). Acesso em: 14/07/2021.

<sup>189</sup> Grifos da autora.

<sup>190</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional-Série IDP**. 16a ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021, p. 7.

forma, o art. 927, § 4º do Código de Processo Civil prestigia a preservação da confiança na hipótese de alteração de jurisprudência:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A segurança jurídica em um sistema em que o juiz cria o direito ganha uma dimensão diferente do que em um sistema em que a lei é a única garantidora das expectativas dos cidadãos. A ideia de que o juiz atuante estritamente de acordo com o texto da lei é necessário à preservação da segurança jurídica advém da Revolução Francesa, época em que predominou a concepção histórica de que o juiz que foge da aplicação mecânica da lei feriria os princípios da liberdade e igualdade.<sup>191</sup> Já no sistema britânico, ao qual Bentham pertencia, rejeitou-se a ideia de que ao juiz não cabe interpretar a lei. Por isso, a segurança jurídica teria que ser assegurada por outro mecanismo, e foi justamente a estabilidade dos precedentes - o *stare decisis* - que ofereceu a solução para a garantia da segurança jurídica no *common law*. Isto é, o sistema que adota precedentes vinculantes não ignora a segurança jurídica - também se preocupa com isso, mas de uma forma diferente do sistema de direito codificado.<sup>192</sup>

Diante da obviedade observada na prática de que os Tribunais efetivamente estabelecem normas para vincular o comportamento do jurisdicionado, a segurança jurídica precisa ser pensada de outra maneira. Já não se pode esperar que apenas a lei garanta a previsibilidade do direito. A força vinculante dos precedentes é, portanto, o instrumento pragmático que se encontrou para superar o paradigma de que o juiz é um mero aplicador das leis. Conferindo às Cortes o poder de estabelecer teses jurídicas, afasta-se a incerteza gerada pelo fato de que uma mesma norma (ainda mais a que veicula conceitos vagos) pode ser interpretada de diversas maneiras.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009, p. 34. Marinoni cita inclusive uma passagem de Montesquieu em que se afirma: “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”. SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

<sup>192</sup> MARINONI, Op. cit., p. 35.

<sup>193</sup> Como bem afirma Marinoni: “É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível.” MARINONI, Op. cit., p. 36.

O controle de constitucionalidade brasileiro, que integra tanto ações de controle objetivo quanto o recurso em última instância, e permite aos juízes de qualquer tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei, é extremamente complexo. Garantir a segurança jurídica torna-se, igualmente, uma tarefa complexa. O respeito ao precedente é indispensável para garantir uma coerência lógica ao sistema.<sup>194</sup> Além disso, técnicas de decisão como a aplicação da modulação de efeitos quando há uma quebra na expectativa são imperativas. Por conseguinte, já não cabe discutir a necessidade da aplicação da modulação no controle judicial dos atos do Poder Público, mas é essencial definir como se dá essa manipulação de efeitos, com base em quais critérios, e, no âmbito do direito tributário, em favor de quem.

Em um sistema que adota os precedentes vinculantes justamente para garantir a proteção da expectativa, as decisões da Corte Constitucional que declaram a inconstitucionalidade de uma lei têm efeitos para além do caso concreto. As condutas regidas pela norma declarada inconstitucional não podem ser sempre, sem exceção, desconstituídas, sob pena de tornar inócua a própria função do precedente. O sistema jurídico, como tudo que é criação do ser humano, convive com a existência de riscos, e, por isso, a determinação da norma só é certa para o dia de hoje.<sup>195</sup> Para amanhã, o que se pode esperar é apenas a *estabilidade*. Em outras palavras: a possibilidade de alteração na interpretação da lei não pode retirar do cidadão a tranquilidade de que aquilo que foi construído com base no direito certo não deixará de existir, ainda que a ele sejam impostos novos limites pela jurisprudência.<sup>196</sup> É nesse sentido que a segurança jurídica não significa apenas “estabilidade” como também “estabilidade na mudança”.<sup>197</sup>

Isso justifica inclusive a dissociação entre a segurança jurídica e a certeza do direito: a segurança atua no plano do dever ser – não existe por si só, senão necessita de ferramentas para gerar efeitos concretos. No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a ferramenta mais forte para esse propósito é a jurisprudência da Suprema Corte, que garante uma solução igual para casos iguais.<sup>198</sup> De fato, a segurança jurídica é um juízo prescritivo, de modo que o

---

<sup>194</sup> MARINONI, Op. cit., p. 37.

<sup>195</sup> Nas palavras de Humberto Ávila: “Utiliza-se também a palavra “segurança” no sentido de procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva), a exemplo do que se suscita na hipótese em que o homem deseja atingir um estado de tranquilidade emocional diante da realidade.” ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>196</sup> FARIAS, Maria Clara Cunha. Os Conceitos De “Segurança Jurídica” E “Interesse Social” Na Modulação De Efeitos No Processo Civil. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 15, n. 2, p. 269-287, 2020.

<sup>197</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 118.

<sup>198</sup> GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes

Poder Público tem o dever de concretizar por meio de atitudes que preservem a estabilidade do sistema. Já a certeza do direito garante a previsão de que a lei válida hoje também o será no dia de amanhã, possibilitando a classificação de condutas no binômio lícita/ilícita.<sup>199</sup>

Já que os jurisdicionados confiam no fato de que essa categorização de condutas irá perdurar e, pautando as suas ações com fundamento nessas normas, organizam os mais variados aspectos de suas vidas, as regras do jogo não podem ser alteradas repentinamente durante a partida. O problema surge com a constatação de que, quando a interpretação de uma norma é alterada, a conduta do cidadão deve se pautar pela nova regra.

No domínio da legalidade, isso é perfeitamente aceitável: a lei nova, em princípio, não retroage.<sup>200</sup> Pelo contrário, a decisão judicial, via de regra, tem efeitos retroativos e atinge situações constituídas sob a vigência de interpretação anterior. Nesse sentido, a modulação de efeitos surge para prestigiar o princípio da confiança em casos em que existia uma expectativa legítima de que a norma era constitucional - que, frise-se, decorre da própria presunção de constitucionalidade da lei -, mas o STF firmou o seu entendimento em sentido contrário.<sup>201</sup> A necessidade de preservar a segurança jurídica face à declaração de inconstitucionalidade se faz ainda mais evidente quando consideramos que, com o volume de processos que o Supremo Tribunal Federal enfrenta, é comum a demora para analisar a constitucionalidade de uma norma, o que muitas vezes resulta em muitos anos de sua vigência até que a Corte a declare inconstitucional.<sup>202</sup>

No contexto da constitucionalidade das normas que regem o direito tributário, a confiança é ainda mais relevante do que em outros ramos do direito. Como bem afirma Teresa Arruda Alvim, existem áreas do direito que são consideradas mais “frouxas”, ou seja, em que a previsibilidade e a segurança jurídica se curvam a outros fatores mais relevantes, como o acerto da resolução do caso - por exemplo, no direito de família em uma ação de investigação de paternidade. Já no caso da disciplina da relação entre o Estado Fiscal e o contribuinte, a segurança jurídica é tão importante que princípios como a irretroatividade da lei são

---

consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil–CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 258, 2016, p. 10-15.

<sup>199</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 211-222, 2006, p. 212.

<sup>200</sup> SEABRA, Fausto José. A lei nova e os processos em andamento. **Revista do Curso de Direito**, v. 1, n. 1, 2004, pp. 156-176.

<sup>201</sup> ALVIM, Teresa Arruda. A modulação do art. 927, § 3º, do CPC. **Revista Judiciária do Paraná**, Ano XV, n. 19, 2020, pp. 155-160.

<sup>202</sup> SILVA, Guilherme Villas Bôas. **O impacto do argumento financeiro na modulação de efeitos do Supremo Tribunal Federal**. 2019. Tese de Doutorado. FGV – Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, p. 23.



considerados garantias individuais, limitadoras do poder estatal, e não podem sofrer alteração nem pela via de emenda constitucional.<sup>203</sup>

Nesse aspecto, Paulo de Barros Carvalho correlaciona a segurança jurídica na conjuntura da ordem tributária como previsibilidade, indicando que esse valor tem a função de tranquilizar os contribuintes, “possibilitando-lhes o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.”<sup>204</sup> Por sua vez, o Código Tributário Nacional integra diversos dispositivos que remetem à segurança jurídica, em especial, os artigos que destacam a legalidade<sup>205</sup> e os

---

<sup>203</sup> Em alguns casos, o STF já decidiu que a Emenda Constitucional não pode violar ou flexibilizar as garantias do contribuinte. A título de exemplo: “O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes. Não desconheço que se cuida, como qualquer outro direito, de prerrogativa de caráter meramente relativo, posto que as normas constitucionais originárias já contemplam hipóteses que lhe excepcionam a atuação. Note-se, porém, que as derrogações a esse postulado emanaram de preceitos editados por órgão exercente de funções constituintes primárias: a Assembleia Nacional Constituinte. As exceções a esse princípio foram estabelecidas, portanto, pelo próprio poder constituinte originário, que não sofre, em função da própria natureza dessa magna prerrogativa estatal, as limitações materiais e tampouco as restrições jurídicas impostas ao poder reformador. Não posso ignorar, de qualquer modo, que o princípio da anterioridade das leis tributárias reflete, em seus aspectos essenciais, uma das expressões fundamentais em que se apoiam os direitos básicos proclamados em favor dos contribuintes.” Voto do Min. Celso de Mello na ADI 939. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 939. Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/03/1994. “A Emenda Constitucional 10/1996, especialmente quanto ao inciso III do art. 72 do ADCT, é um novo texto e veicula nova norma, não sendo mera prorrogação da Emenda Constitucional de Revisão 1/1994, devendo, portanto, observância ao princípio da anterioridade nonagesimal, porquanto majorou a alíquota da CSLL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 2/2/2011, Tema 107.

<sup>204</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

<sup>205</sup> Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

limites do poder de tributar e as garantias tributárias do contribuinte<sup>206</sup>. São dispositivos legais que pretendem dar às normas tributárias estabilidade, uniformidade, previsibilidade, rigidez e continuidade no tempo. Essa tentativa de conferir equilíbrio ao sistema é compreensível face à dinamicidade do Direito, o qual precisa ser adaptado conforme a vida social se movimenta.<sup>207</sup>

Com efeito, após a constatação de que não é mais só a lei que cria normas tributárias, decorre logicamente disso que a decisão judicial em matéria tributária deve respeitar a segurança jurídica. Dessa maneira, as cortes já não têm a sua atuação voltada para o passado, mas também para o futuro, pois a partir de determinado caso se estabelece como todos os casos iguais devem ser decididos no futuro. O caso individual é um instrumento que fixa a interpretação que a Corte entende ser a correta para todos os demais casos semelhantes. E para que essa nova norma não leve a uma surpresa para os jurisdicionados, existe a possibilidade de modulação de efeitos: assim se garante que o direito seja *cognoscível*, ou seja, o cidadão se

---

<sup>206</sup> Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

II - cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

III - estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais;

IV - cobrar imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;

d) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

§ 1º O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

§ 2º O disposto na alínea a do inciso IV aplica-se, exclusivamente, aos serviços próprios das pessoas jurídicas de direito público a que se refere este artigo, e inerentes aos seus objetivos.

Art. 10. É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, ou que importe distinção ou preferência em favor de determinado Estado ou Município.

Art. 11. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou do seu destino.

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

<sup>207</sup>GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. 1a ed. Coimbra: Leya, 2020, p. 84.

sinta seguro sobre o que a ordem jurídica espera dele,<sup>208</sup> e é, inclusive, um dos requisitos apresentados por Jeremy Bentham para a garantia da segurança jurídica.<sup>209</sup> Além da cognoscibilidade, a segurança jurídica se desdobra em estabilidade, ou continuidade, para que não haja surpresa dos jurisdicionados e eles possam ter suas expectativas protegidas. O princípio da segurança jurídica também agrega a ideia da efetividade do direito - a certeza de que a previsão da norma irá se realizar no caso concreto.<sup>210</sup>

Quando se trata de controle de constitucionalidade, a manutenção da segurança jurídica deve ser sopesada com a obrigatoriedade de se respeitar a supremacia da Constituição. Isso porque a Constituição e a Lei 9.868/99 falam em “declaração” de inconstitucionalidade, e a natureza das ações declaratórias, em regra, é a de surtir efeitos *ex tunc*.<sup>211</sup> Interpretar o texto constitucional exige que se garanta a efetividade dos direitos fundamentais, conferindo força normativa aos princípios constitucionais. Levando isso em conta, é válido e justificável permitir que a lei inconstitucional gere efeitos no ordenamento jurídico?<sup>212</sup>

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal é, sem dúvida, um precedente: estabelece uma nova interpretação da norma que determina como os cidadãos devem agir. Em regra, porquanto o controle judicial das leis é justificado pelo respeito à supremacia constitucional<sup>213</sup>, os efeitos do precedente formado, que anuncia a nulidade da norma, são retroativos. No entanto, antes de ser firmado esse precedente, a norma era considerada válida e eficaz, e produziu efeitos no ordenamento jurídico. A falta de proteção desses efeitos pode causar um revés nos princípios que o *stare decisis* visa a preservar, notadamente a segurança jurídica.<sup>214</sup>

Vê-se, portanto, que a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade requer uma fundamentação qualificada: (i) deve-se demonstrar, em um primeiro momento, porque a norma é incompatível com a Constituição, e qual a interpretação do texto

---

<sup>208</sup> MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 19.

<sup>209</sup> Conforme apresentado no Capítulo 1, Bentham acreditava que a lei deveria ser escrita e codificada para que pudesse ser conhecida por todos, aumentando a segurança jurídica. JANIS, M. Jeremy Bentham and the Fashioning of "International Law". **The American Journal of International Law**, v. 78, n. 2, 1984, p. 414.

<sup>210</sup> MITIDIERO, Op. Cit., p. 25.

<sup>211</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 523.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>213</sup> “Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017, p. 30.

<sup>214</sup> Ibidem, p. 56.

constitucional que se faz para chegar a essa conclusão<sup>215</sup>; (ii) é necessário especificar como a declaração de inconstitucionalidade afetará o princípio da confiança; e, (iii) porque a modulação de efeitos se alinha ao interesse social. A partir dessa motivação, justifica-se o porquê de calibrar a inconstitucionalidade da norma, que jamais produziria efeitos, para que produza efeitos até determinada data.<sup>216</sup>

É pertinente, neste ponto, observar que a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas se faz necessária porque, no Brasil, adota-se a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Nos termos dessa teoria, que tem suas origens no caso *Marbury v. Madison* da jurisprudência norte-americana<sup>217</sup>, qualquer ato da Administração Pública que viola norma constitucional é nulo desde a sua origem. Caso assim não fosse, e se aplicasse no Brasil a teoria da *anulabilidade* da lei inconstitucional, sequer seria necessário regular os efeitos produzidos pela norma incompatível com a Constituição. A anulabilidade da lei tem fundamento na doutrina de Hans Kelsen e se relaciona, na sua origem, ao controle concentrado de constitucionalidade. Essa teoria permite a relativização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, pois a presunção de validade das normas jurídicas só poderia ser derrubada com a declaração de inconstitucionalidade.<sup>218</sup> Nessa concepção, até que o conteúdo da lei seja declarado incompatível com a Constituição por meio de decisão judicial, ela seria válida e produziria efeitos. Com isso, os efeitos já produzidos pela norma são automaticamente preservados, sem necessidade de qualquer fundamentação específica para tanto.<sup>219</sup> É possível afirmar que, para Kelsen, um ato é sempre passível de desconstituição por decretação de nulidade. Além disso, cumpre lembrar que a Constituição Federal não deixa consignado que uma lei inconstitucional é lei nula – não há, portanto, considerando-se apenas o texto constitucional, óbice à adoção da teoria da anulabilidade pelo direito brasileiro.

---

<sup>215</sup> “Controlar a constitucionalidade significa aferir a *compatibilidade de determinada interpretação* ou *aplicação* de leis ou de atos normativos em face da Constituição. Vale dizer: a compatibilidade do *sentido* de determinado dispositivo infraconstitucional em face do *sentido* de determinado dispositivo constitucional ou da Constituição como um todo.” MITIDIERO, Op. cit., p. 68.

<sup>216</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 13.

<sup>217</sup> Em apertada síntese, a tese desenvolvida em *Marbury v. Madison*, julgamento célebre da Suprema Corte estadunidense de 1803, é a de que a Constituição é a lei suprema, a qual se encontra em nível de hierarquia superior à lei ordinária, e não está sujeita à mesma flexibilidade de alteração por vias legislativas. Em decorrência disso, um ato legislativo contrário à Constituição não pode sequer ser considerado lei. Apud Lawrence Tribe, **American Constitutional Law**. 3a ed., v. 1., Nova Iorque: Foundation Press, 1988, p.27.

<sup>218</sup> DINIZ RIBEIRO, Diego; DELIGNE, Maysa S.P. A modulação de efeitos em matéria tributária e sua realização em favor da Fazenda Pública. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana F.C. **Processo Tributário Analítico**, Volume IV: Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Editora Noeses, 2019.

<sup>219</sup> BONAVIDES, Paulo. A Evolução Histórica Do Conceito De Nulidade Na Jurisdição Constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 11, 2007, p. 45-46.

Por fim, ao falar de modulação de efeitos e segurança jurídica não se deve olvidar que, a despeito de a segurança jurídica ser um dos pressupostos para a permissão da declaração de efeitos *ex nunc*, o seu uso em excesso e sem parâmetros estabelecidos pode acabar prejudicando a confiabilidade que o contribuinte deposita no Estado. Este argumento será retomado novamente na próxima seção do trabalho e na conclusão, mas, por ora, vale consignar a importante ressalva feita pelo Min. Marco Aurélio de Mello em seu voto no julgamento do RE 556.664:

Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar - e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise - em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte.<sup>220</sup>

É, portanto, necessário demonstrar que não há o intuito de beneficiar ou favorecer o ente estatal que editou a norma inconstitucional, e que a modulação naquele caso específico serve o propósito de proteger a ordem constitucional, fundada na segurança jurídica.<sup>221</sup>

Do exposto nesta seção, percebe-se que embora não seja possível chegar a uma definição exata de segurança jurídica na literatura, há consenso suficiente na doutrina para afirmar que o termo pode ser sinônimo de “proteção da confiança”<sup>222</sup> e “cognoscibilidade,

---

<sup>220</sup> PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 556664, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 12/06/2008.

<sup>221</sup> MITIDIERO, Op. Cit., p. 79.

<sup>222</sup> MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 1, n. 8, 2008.

confiabilidade e calculabilidade”.<sup>223</sup> Em estudo extremamente aprofundado do assunto, Humberto Ávila faz as seguintes classificações dos possíveis significados de segurança jurídica:<sup>224</sup>

Valor que a segurança jurídica representa	Definição
Segurança jurídica como elemento definatório do Direito	A segurança jurídica é uma condição basilar do ordenamento jurídico.
Segurança como fato	A segurança jurídica se refere a um estado de coisas, em que é possível prever as consequências jurídicas de comportamentos.
Segurança como valor	A segurança jurídica faz parte de um acordo sobre qual sistema de valores será adotado.
Segurança como norma-princípio	A segurança jurídica é prevista em norma jurídica, tornando obrigatórias condutas que a promovam. Deriva, portanto, de uma concepção positivista da segurança.

Gráfico elaborado pela Autora.

Na linha do que foi defendido no Capítulo I, percebe-se que Jeremy Bentham se refere à segurança como elemento definidor do Direito, como norma-princípio ou segurança como fato, pois, para o autor, em um sistema de direito codificado todos saberiam qual é o conteúdo da lei (dando segurança ao ordenamento jurídico) e os indivíduos experimentam a tranquilidade de viver em uma sociedade em que se pode prever a consequência de seus atos, tornando-os mais felizes.

O próximo subtópico fará uma análise semelhante quanto ao “interesse social”, conceito que, conforme será demonstrado, não foi estudado de maneira tão profunda pela doutrina quanto a segurança jurídica, carecendo mais ainda de definição estável.

#### **II.IV O excepcional interesse social na relação entre o Fisco e o contribuinte**

<sup>223</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. Malheiros Editores, 2011, p. 192.

<sup>224</sup> Ibidem, pp. 102-111.

As hipóteses passíveis de modulação são apenas aquelas em que há “excepcional interesse social”. É dizer, além de existir “interesse social” na questão, ele ainda deve ser qualificado como “excepcional”.<sup>225</sup> Apesar de a literatura que trata do tema ser escassa<sup>226</sup>, nesta seção será feita uma tentativa de buscar o que pode ser qualificado como excepcional interesse social, e, acima de tudo, quem representa o interesse social: a soma total dos interesses do contribuinte (como defenderia Bentham), o Fisco, ou ambos?

Essas indagações são indispensáveis para analisar a modulação de efeitos. Se a Fazenda Pública representa o excepcional interesse social, então a segurança jurídica do contribuinte não é absoluta. Por conseguinte, embora às vezes a proteção da confiança coincida com o interesse social, os dois conceitos também podem estar contrapostos. No direito tributário, existem apenas duas alternativas para preencher o significado do interesse social: ou o conceito se refere ao interesse dos contribuintes, ou ao interesse de arrecadação do Estado para realizar o interesse público primário.<sup>227</sup> Destaca-se que são opções antagônicas, pois o recolhimento de tributos é, por si só, uma restrição a direitos fundamentais do cidadão. Quando essa arrecadação se dá com base em lei inconstitucional justificada pelo interesse social, essa restrição pode se tornar excessiva.<sup>228</sup>

Bentham diria que o interesse social é a soma total dos interesses de cada indivíduo. Sendo assim, o “excepcional interesse social” para o filósofo significaria os interesses dos contribuintes - não apenas uma parcela dos cidadãos, senão todos eles. Surge então a pergunta central deste subtópico: pode a Fazenda Pública ser considerada representante do interesse social de os contribuintes, e, com isso, a modulação feita para evitar o prejuízo financeiro estatal ser considerada legítima?

Alguns autores defendem que não. Para Humberto Ávila, a modulação dos efeitos de lei manifestamente inconstitucional editada pelo Estado apenas encoraja a edição de novas normas contaminadas de vício constitucional. Para além disso, o Estado não poderia se beneficiar da inconstitucionalidade que ele mesmo criou - ou seja, a sua atuação de maneira

---

<sup>225</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 8.

<sup>226</sup> RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25, Julho de 2010, p. 35.

<sup>227</sup> “O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.” BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SCHIER, Paulo Ricardo; SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. 1a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

<sup>228</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 525-527.

contrária à Constituição não deve ser premiada, e não haverá interesse social se a lei inconstitucional que ele mesmo produziu o favorecer. Na verdade, o que ocorre é a violação da boa-fé objetiva, permitindo que o ente estatal abuse do poder *limitado* que a Constituição lhe conferiu para tributar.<sup>229</sup>

Nessa perspectiva, para Ávila não há dúvida de que a manipulação da declaração de inconstitucionalidade, então, deve sempre favorecer o cidadão. Isso se torna ainda mais evidente ao analisar as garantias conferidas ao contribuinte pelos princípios do direito tributário (analisados no primeiro capítulo desta obra), os quais visam a proteger o indivíduo *contra* o Estado. Assim, a modulação só poderia servir para controlar e limitar o poder estatal, nunca para aumentar a arrecadação. A Constituição, que nasce com o propósito de balizar o arbítrio estatal, não contém dispositivos que garantem a proteção do Estado face ao contribuinte. Ávila defende que a atuação orçamentária não é argumento suficiente para limitar direitos fundamentais, os quais tem o propósito de garantir a dignidade da pessoa humana.<sup>230</sup>

O contra-argumento é geralmente o de que a perda de arrecadação causada pela nulidade de uma lei que cria tributo inconstitucional impede o Estado de garantir a segurança pública, acesso à saúde e à educação, dentre outros direitos também previstos constitucionalmente. Embora esses objetivos sejam legítimos, não podem ser perseguidos por meio de leis arbitrárias que violem outros direitos. Ademais, esse tipo de comportamento cria um ciclo vicioso: quanto maior a perda de arrecadação que a declaração de inconstitucionalidade causa, maior a chance de os efeitos da lei serem mantidos, e, com isso, maior o incentivo para tributar excessivamente e sem limitações, retirando da Constituição a sua eficácia como norma hierarquicamente superior às demais. Não se pode criar condições para a supremacia da Constituição: ou ela é total, ou não existe. Isso não pode estar condicionado à existência de um suposto rombo orçamentário, declarado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>231</sup>

Na mesma linha, Ana Paula Ávila defende que uma norma inconstitucional só poderia produzir efeitos caso promova os direitos individuais do contribuinte. Nessa perspectiva, aduz a autora que “quando a interpretação de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social ensejar um conflito que tenha um dos polos a proteção a direitos fundamentais do

---

<sup>229</sup> Ibidem, p. 526.

<sup>230</sup> Ibidem, pp. 528-529.

<sup>231</sup> Ibidem, pp. 531-535.



indivíduo, deve-se aplicar a regra de prevalência em favor desses direitos, em detrimento dos demais argumentos que possam ser invocados na questão.”<sup>232</sup>

Jorge Galvão, ao analisar o requisito do interesse social, afirma que a modulação de efeitos utilizada como instrumento para atingir metas coletivas não é legítima, porque traz para dentro do cenário da jurisdição constitucional argumentos de política, os quais deveriam ser afastados, sob pena de perda de justificação da própria existência do controle de constitucionalidade das leis. Dessa forma, uma decisão limitadora de efeitos da inconstitucionalidade da lei não poderia ter como motivação consequências orçamentárias. A modulação de efeitos para evitar uma crise fiscal é inevitavelmente um argumento político, o que acaba levando a um “processo de banalização dessa técnica, afastando os pressupostos de segurança jurídica e excepcional interesse social previstos em lei.”<sup>233</sup> De outra parte, Galvão argumenta que a tributação possui um caráter redistributivo e o Estado a utiliza para promover o bem-estar social, e, por isso, a modulação que beneficia a Fazenda pode levar ao desenvolvimento socioeconômico, favorecendo o interesse social.<sup>234</sup> Do mesmo modo, Misabel Derzi sustenta que, da mesma forma que os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva constituem limitações ao poder de tributar por via legal, também são garantias contra o poder judicial de tributar.<sup>235</sup>

Clara Marcelle Alves Meneses utiliza o marco teórico da Teoria dos Sistemas de Luhmann para afirmar que é ilegítima a utilização de argumentos orçamentários para justificar

---

<sup>232</sup> ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.** 1a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 130.

<sup>233</sup> “Uma das versões mais sofisticadas desse argumento foi elaborada por Ronald Dworkin, para quem a Suprema Corte seria um *fórum de princípios* no qual os direitos dos cidadãos seriam *levados a sério*. O que caracterizaria a função jurisdicional para o jurista norte-americano seria a utilização pelos magistrados de *argumentos de princípios* em contraposição a *argumentos de política*, os quais lhes são vedados. Os argumentos de princípios seriam aqueles que justificam uma decisão a partir do reconhecimento de um direito, enquanto que os argumentos de política indicam um objetivo a ser alcançado pela comunidade como um todo, como a melhoria de algum aspecto econômico ou social. Assim, enquanto os princípios têm pretensão de universalidade e de obrigatoriedade, as políticas são sempre parciais, simbolizando a opção por uma dentre várias metas passíveis de serem perseguidas.” GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Supremo ameaça banalizar a modulação de efeitos de suas decisões. **Conjur**, 28 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-28/observatorio-constitucional-supremo-ameaca-banalizar-modulacao-efeitos-decisoes>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

<sup>234</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária: mitos, consequências e arranjos institucionais ideais. **Direito Público**, v. 15, n. 84, 2018.

<sup>235</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar.** 1a ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 495.

a modulação de efeitos em matéria tributária, independentemente de quem esses argumentos beneficiam (a Fazenda ou o contribuinte), sob pena de Alopeiosis<sup>236</sup> do Sistema Jurídico.<sup>237</sup>

Por outro lado, Antônio Nogueira aproxima o excepcional interesse social do interesse público, de modo que deve prevalecer aquilo que o Estado julga ser mais relevante, abrindo espaço para uma motivação política da decisão que manipula os efeitos da inconstitucionalidade. Assim, o art. 27 permite que o Supremo realize uma ponderação dos interesses relevantes para a solução do caso, pois a flexibilização da doutrina da nulidade estaria fundada em um juízo de proporcionalidade que faz prevalecer o interesse público em preservar os efeitos da lei sobre o interesse de respeitar a supremacia da Constituição.<sup>238</sup>

Diego Diniz Ribeiro concorda com esse posicionamento. Para o autor, restringir a modulação de efeitos à garantia de direitos do contribuinte “seria apequenar sua incidência.” Como o Estado também é destinatário das normas jurídicas emanadas do Poder Judiciário, não se pode retirar dele o benefício da modulação em casos excepcionais. Por ser o Judiciário um poder autônomo, as suas manifestações não se relacionam ao Executivo e Legislativo, os quais dependem da legítima expectativa de que as leis serão consideradas constitucionais. O Executivo, ao confiar na presunção de constitucionalidade, planeja as suas despesas de acordo com a arrecadação com um tributo que posteriormente é declarado inconstitucional pela Suprema Corte, e, com isso, o Estado-administração tem um interesse a ser protegido pelo Estado-juiz, ainda mais quando a decisão judicial apresenta eficácia *erga omnes*.<sup>239</sup>

A modulação de efeitos em favor do Estado também pode se basear no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, com sua aplicação nos mais diversos assuntos do Direito Administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de interesse público significa “o conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem.”<sup>240</sup> Percebe-se que essa definição coincide com a de Bentham (o interesse comum é a soma dos

---

<sup>236</sup> Para Niklas Luhmann, a *autopoiesis* corresponde à noção de que o Direito é normativamente um sistema fechado e cognitivamente aberto, permitindo que se autorreproduza, sem ser contaminado por outros sistemas (econômico, moral, político, dentre outros). A *alopoiesis* é a corrupção sistêmica que ocorre quando um sistema contamina o outro, impedindo que funcionem corretamente. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 37, p. 93-106, 1996.

<sup>237</sup> MENESES, Clara Marcelle Alves. Modulação das decisões tributárias do Supremo: Autopoiesis e o argumento econômico no controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, n. 115, p. 435-458, 2016.

<sup>238</sup> NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 39.

<sup>239</sup> RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25, Julho de 2010, pp. 36-40.

<sup>240</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

interesses dos indivíduos que compõem a sociedade). Desse modo, para Bandeira de Mello, o interesse público seria uma espécie de interesse coletivo que todos os indivíduos compartilham, o qual tem como fim último garantir o bem-estar de todos. Portanto, o interesse público e o privado não são completamente dissociados.<sup>241</sup> Por outro lado, para Bentham, o indivíduo age de acordo com a perseguição de seu próprio prazer, e cabe à lei fazer esse interesse individual coincidir com o interesse social - por meio da estipulação de sanções, o cidadão irá obedecer a lei para evitar a dor.

No entanto, em oposição à conceituação do interesse público feita por Bandeira de Mello, Gustavo Binbenojm critica a noção de que há um *único* interesse público, que representa todos os segmentos da sociedade, e que sempre prevalece sobre o interesse individual. Nesse sentido, questiona: “qual a justa prevalência de um sem que haja ablação total do outro?”<sup>242</sup> Binbenojm propõe que a supremacia absoluta do interesse público sobre o privado, sem considerar as peculiaridades de cada caso, elimina a possibilidade de ponderar, diante da situação concreta, qual interesse deve prevalecer. Além disso, a Constituição sequer prevê a supremacia da Administração; pelo contrário, dispõe sobre várias garantias para o indivíduo contra o poder estatal. Por consequência, não pode existir a supremacia absoluta do Estado sobre o cidadão, sob pena de violação do superprincípio que orienta a Constituição: a dignidade da pessoa humana.<sup>243</sup>

No entanto, há quem defenda que o interesse social não significa interesse público. Fernando Facury Scaff sustenta que o interesse público é representado pelo Estado, pois a ele foi conferida a representatividade da sociedade pela Constituição. Já o interesse social se refere a toda a sociedade, inclusive aos interesses difusos. O interesse público inclui o interesse estatal<sup>244</sup> e corporativo<sup>245</sup>, mas não coincide com o interesse social. As motivações dadas pela Fazenda Pública para pedir a modulação de efeitos fazem parte dos interesses estatais, mas não dos interesses sociais. O Estado geralmente traz argumentos relacionados aos prejuízos aos cofres públicos que a nulidade completa da norma causaria, e isso afetaria toda a sociedade,

---

<sup>241</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, 2005, p. 9.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>244</sup> “O interesse *estatal* diz respeito aos interesses do próprio Estado, ou, melhor dizendo, do governo de plantão, o que nem sempre é coincidente com o interesse *social*.” SCAFF, Fernando Facury. A modulação das decisões do STF, as razões do Fisco e a irresponsabilidade fiscal. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-19/justica-tributaria-modulacao-stf-razoas-fisco-irresponsabilidade-fiscal>. Acesso em 29 de junho de 2021.

<sup>245</sup> “E o interesse *corporativo* ocorre quando diz respeito a uma específica fração de pessoas, que pode ou não ser composta de servidores públicos.” *Ibidem*.

pois os recursos para a prestação de serviços aos cidadãos diminuiram. No entanto, para Scaff, essa alegação corresponde ao interesse estatal, que não se confunde com o interesse social.<sup>246</sup>

Helena Taveira Torres afirma que argumentos a favor do interesse do Fisco são consequentialistas, no sentido de que são voltados para o exame das repercussões materiais da decisão<sup>247</sup>. Para o autor, no entanto, o nosso sistema constitucional não comporta alegações de que haverá “quebra do erário” como subterfúgio para a edição de normas inconstitucionais que, se acatadas, levariam a um “estado de exceção permanente”, prejudicando a estabilidade do ordenamento.<sup>248</sup> Saul Tourinho Leal também critica a modulação de efeitos em favor do Estado, afirmando que “a violação à Constituição quando praticada pelo Estado é muito mais perversa do que a cometida pelo contribuinte. É que o Estado, confiante na modulação de efeitos, estimula atos legislativos que acarretam obrigações tributárias inconstitucionais.”<sup>249</sup>

Fernando Leal e Daniela Dias compartilham esse ponto de vista, ao afirmarem que a utilização do consequentialismo pelo Supremo tem se tornado algo frequente, e por vezes se sobrepõe inclusive à análise semântica da norma e à sua compatibilidade com a Constituição. Isso confere aos magistrados uma alta discricionariedade para fazerem juízos de valor sobre quais evidências empíricas devem ser levadas em consideração para decidir sobre a modulação de efeitos, ou para sequer adotar análises empíricas em suas motivações. Os autores reconhecem, no entanto, que a “carta branca” conferida ao juiz no caso da modulação de efeitos é em grande parte devida à amplitude dos critérios definidos em lei (segurança jurídica e excepcional interesse social).<sup>250</sup>

Diante disso, constata-se que, ao contrário do que ocorre com o conceito de segurança jurídica, sequer há consenso na doutrina sobre quem representa o “excepcional interesse social”. No entanto, parece haver um número maior de autores que defendem que, no direito tributário,

---

<sup>246</sup> *Ibidem*.

<sup>247</sup> Luis Fernando Schuartz, por sua vez, define consequentialismo jurídico como “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante a valoração das consequências associadas à mesma e as suas alternativas. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130-158, 2008, p. 131.

<sup>248</sup> TORRES, Helena Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. **Conjur**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>. Acesso em 28 de junho de 2021.

<sup>249</sup> LEAL, Saul T. O Supremo e o direito dos contribuintes. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 mar. 2010. Disponível em: <https://noticiasfiscais.com.br/2010/03/30/o-supremo-e-os-direitos-dos-contribuintes/>. Acesso em 30 de junho de 2021.

<sup>250</sup> LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequentialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2017, p. 827.

a modulação de efeitos não pode favorecer o interesse estatal, senão deve ser sempre utilizada para a garantia dos direitos dos contribuintes. Frente à falta de precisão do conceito, e tendo em vista a ampla flexibilidade para a sua utilização, passa-se agora à análise de como o Supremo Tribunal tem interpretado o excepcional interesse social e a segurança jurídica na aplicação da modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade.

## **CAPÍTULO 3 – A modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade de matéria tributária: a jurisdição constitucional *pro futuro***

### **III.I Recorte metodológico**

O presente capítulo apresenta os casos em que, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, atingiu-se o quórum de ao menos oito ministros para a aplicação da modulação de efeitos em ações diretas de controle de constitucionalidade em matéria tributária. Para a realização dessa análise, foi utilizado o Método de Análise de Decisões (MAD) desenvolvido pelos Professores Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima.<sup>251</sup> A parte exploratória da pesquisa foi exposta nos capítulos anteriores, em que se demonstrou o estado da arte do utilitarismo benthamiano, relacionando-o à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma tributária.

A partir dessa análise, chegou-se ao problema que este trabalho busca responder: qual é a relação entre a teoria do princípio da utilidade de Jeremy Bentham e os discursos que permeiam a aplicação da técnica de modulação de efeitos de decisões de controle concentrado em matéria tributária? Portanto, esta seção se dedica à investigação da definição de dois conceitos jurídicos indeterminados: “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

O recorte institucional foi realizado de acordo com a pertinência temática e relevância decisória<sup>252</sup>. Já que a pesquisa explora apenas a modulação de efeitos em controle concentrado de constitucionalidade, foram examinadas apenas as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que se encaixam nesse molde. Já o recorte temporal foi fixado a partir de 10 de novembro de 1999, dia em que a Lei 9.868/99 entrou em vigor. Optou-se por essa delimitação para evitar o chamado *cherry picking*, em que os dados analisados em uma pesquisa são inadequados, em razão de a base de dados ser composta de um número mínimo de amostras, buscando reforçar apenas uma das hipóteses possíveis.<sup>253</sup> A data final foi fixada em 30 de junho de 2021, data em que este trabalho começou a ser realizado.

---

<sup>251</sup> Aqui, “metodologia” refere-se à “formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis.” FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universitas Jus*, v. 2, 2010, p. 6.

<sup>252</sup> “A pertinência temática diz respeito à adequação entre o problema identificado e o campo teórico em que se insere e o âmbito decisório de discussão jurídica do problema.” “A relevância decisória diz respeito ao impacto (ou provável impacto) da discussão no campo jurídico.” *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>253</sup> MURPHY, Kevin R.; AGUINIS, Herman. HARKing: How badly can cherry-picking and question trolling produce bias in published results?. *Journal of business and psychology*, v. 34, n. 1, 2019, p. 1.

Com isso, criou-se um banco de dados de decisões, utilizando o campo “pesquisa livre” da aba “jurisprudência” no sítio eletrônico do STF ([Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](http://Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br))). Foram inseridos os termos “tributo”, “tributário” e “modulação”. Dos resultados que retornaram, foram excluídas as decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário, bem como todas as decisões monocráticas e as decisões proferidas nas Primeira e Segunda Turmas. Também foram excluídas as decisões que não tratam exclusivamente de matéria tributária e foram eliminados os casos em que não se atingiu o quórum total de oito ministros a favor da modulação de efeitos. Removeu-se da lista de acórdãos os casos em que a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada improcedente (e não houve, portanto, declaração de inconstitucionalidade). Após a aplicação desses filtros, obteve-se o total de 16 (dezesseis) acórdãos a serem investigados.

Cada acórdão foi analisado de acordo com os seguintes pontos: número do caso, relator, data de julgamento, imposto analisado, definição de “segurança jurídica”, definição de “excepcional interesse social”, termos em que foram fixados os efeitos *pro futuro*, outras observações pertinentes e, por fim, se a modulação foi feita em favor do Estado ou do contribuinte. O estudo será voltado especificamente às considerações feitas em relação à modulação - não serão feitas observações quanto à discussão do próprio mérito das ações de controle concentrado (julgamento de inconstitucionalidade das normas). Quanto à expressão “excepcional interesse social”, foram destacados também trechos de acórdãos em que os ministros não usam explicitamente esse termo, mas deixam claro que estão discutindo os interesses em jogo no caso. Os resultados obtidos estão detalhadamente expostos nos Anexos deste trabalho.

A seguir, serão retratados os achados mais interessantes relacionados ao utilitarismo e à modulação de efeitos. As conclusões aqui expostas não representam o controle de constitucionalidade em matéria tributária como um todo, pois não foram analisados os recursos extraordinários, os quais têm sido cada vez mais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para a análise de constitucionalidade e fixação de precedentes em matéria tributária.<sup>254</sup>

### **III.II Apresentação dos resultados**

Nesta seção, destacaremos os principais pontos da análise, dando ênfase para os aspectos mais relevantes do que foi montado no Anexo II, o qual contém com todas as

---

<sup>254</sup> DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista do CEPEJ**, n. 8, 2007, p. 48.

afirmações dos Ministros ocorridas nos julgamentos e relacionadas com a temática desta pesquisa.

Uma das conclusões que mais desperta interesse é que, dos dezesseis casos analisados, exatamente oito foram modulados em favor do contribuinte e oito em favor do Estado. É dizer, não se pode concluir que o STF favorece um ou outro no controle de constitucionalidade abstrato em matéria tributária. No entanto, conforme vimos na seção anterior, há autores que questionam se sequer seria legítima a modulação em benefício da Fazenda Pública.

Nesse contexto, chamou atenção o fato de que a maior parte dos casos analisados tem como objeto normas relacionadas ao ICMS e ao princípio federativo, que leva à vedação de guerra fiscal entre as unidades federativas.<sup>255</sup> Apesar de a jurisprudência do STF ser consolidada no sentido de que é inconstitucional convênio interestadual – e não lei complementar – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tratamento diferenciado<sup>256</sup>, bem como a concessão unilateral de benefícios fiscais sem previsão em convênio do CONFAZ<sup>257</sup>, a Corte Constitucional tem constantemente modulado os efeitos de decisões que declaram dispositivos dessa natureza inconstitucionais. Em alguns casos ter modulado efeitos em favor do contribuinte, que, ao presumir a constitucionalidade, foi privilegiado pela concessão de benefícios fiscais, e não deveria ter que devolver ao Fisco o que deixou de pagar em razão disso, como bem apontou a Min. Rosa Weber no julgamento da ADI 6074:

---

<sup>255</sup> DE OLIVEIRA, Luiz Guilherme. Federalismo e guerra fiscal. **Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política**, v. 10, n. 2 (16), 1999, p. 120.

<sup>256</sup> Nesse sentido: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 15.182/2006, do Estado do Paraná. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Concessão de crédito presumido, por Estado-membro. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada, em parte, procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3803, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 01/06/2011.

<sup>257</sup> A título de exemplo: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO COM A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. OPERAÇÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. USINA. NORMA ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE O CÁLCULO DO VALOR AGREGADO (LEI 9.332/1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E 161, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Viola a reserva de lei complementar federal, prevista no art. 161, I, da Constituição, norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS, nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1423, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 16/05/2007.



Configuradas as estritas condições materiais previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho do seu papel de Corte Constitucional, lançar mão do poder-dever de harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva, expressões que são do devido processo legal e do Estado de Direito. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade têm natureza declaratória, e, portanto, resultam na pronúncia da nulidade ab initio da lei ou do ato normativo atacado. Eventuais efeitos prospectivos atribuídos à decisão, na esteira do que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99, devem derivar de manifestação expressa do Tribunal, por maioria de dois terços de seus membros, de modo que a ausência de pronunciamento categórico nesse sentido só pode ser interpretada no sentido de considerar como *ex tunc* os efeitos imprimidos à respectiva decisão. In casu, verifica-se que o ato normativo declarado inconstitucional no julgamento do presente feito – Lei nº 1.293, de 29 de novembro de 2018, do Estado de Roraima – não obstante viciado na sua origem, possibilitou a isenção do IPVA a diversos beneficiários proprietários de veículos portadores de doenças graves, de modo a inviabilizar o ressarcimento dos valores. Com efeito, a intangibilidade dos montantes integrados ao patrimônio deve ser resguardada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de se configurar situação de insegurança jurídica. A modulação dos efeitos da decisão, no caso, apresenta-se como necessária para proteger a confiança legítima que resultou na aplicação da lei e observa a boa-fé objetiva.<sup>258</sup>

No entanto, o Supremo também tem aplicado a modulação de efeitos para favorecer Estados em casos em que, cientes da inconstitucionalidade de normas editadas com o intuito de atrair sedes empresariais, não deixaram editar leis nesse sentido. O Ministro Marco Aurélio manifestou a sua preocupação com essa tendência nos seguintes termos:

Presidente, o pano de fundo é estreme de dúvidas: a guerra fiscal. O que havia quando da edição da lei? Jurisprudência pacificada do Supremo sobre a inviabilidade de outorga de benefício fiscal, sem o convênio previsto na Carta da República.<sup>259</sup>

Há mais: o pano de fundo é a guerra fiscal. E há muito tempo este Tribunal vem glosando a guerra fiscal.<sup>260</sup>

Não obstante, em casos como esses os outros Ministros reiteradamente usaram o argumento financeiro-orçamentário para justificar a modulação em favor do Fisco em casos de guerra fiscal:

Min. Toffoli: Além do mais, é imprescindível recordar que a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, decorrem do objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais. Nesse sentido, a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6074, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJ 21/12/2020, p. 15.

<sup>259</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4481, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 11/03/2015, p. 32.

<sup>260</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4596, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 06/06/2018.

<sup>261</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5469, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021, p. 19.

Em outros casos, reconheceu-se que o Estado não poderia se beneficiar da própria torpeza com a declaração de inconstitucionalidade em matéria de concessão unilateral de benefício fiscal:

Min. Fux: Quanto ao regime de compensação unilateral dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, criado pelos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição da República (bem como o inciso II do § 9º do art. 97 do ADCT), introduzidos pela EC nº 62/2009, também entendo a decisão deva possuir efeitos retrospectivos, inquinando toda e qualquer compensação unilateral que tenha sido realizada pelos Estados e Municípios. A razão disso é simples: tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança legítima – dois dos vetores axiológicos que justificam a modulação das decisões judiciais – não protegem quem age de má-fé ou se beneficia da própria torpeza. Na espécie, foi a própria Fazenda Pública quem criou para si um regime jurídico desproporcionalmente vantajoso. Nesse sentido, inexistente qualquer ameaça à segurança jurídica quando se declara, retroativamente, a invalidade de uma prática institucional reprovável. Definitivamente não se pode tutelar a “confiança” de quem, no exercício do poder estatal, agracia a si com privilégios nitidamente discriminatórios. Seria um equívoco usar o argumento de segurança e estabilidade social para resguardar a situação de quem foi o próprio responsável pela edição do ato juridicamente inválido.<sup>262</sup>

Quanto a essa observação, cabe uma ressalva acerca da metodologia do trabalho: já que se optou por realizar a análise de decisões apenas em controle concentrado de constitucionalidade, não houve uma ampla gama de tributos considerados. Com efeito, grande parte dos casos dizem respeito ao ICMS. Caso a análise tivesse contemplado também o controle difuso de constitucionalidade, seria possível examinar como a modulação se dá em relação a tributos mais comumente questionados em sede de Recurso Extraordinário, como, por exemplo, o PIS, a COFINS, a incidência de Imposto de Renda, dentre outros.

Na maioria dos casos analisados, a modulação de efeitos foi no sentido de que a decisão declaratória de inconstitucionalidade começasse a produzir efeitos a partir da data de publicação da ata ou da publicação do acórdão, momento em que o entendimento do Tribunal se tornaria público. Em alguns casos, no entanto, o prazo concedido foi de seis meses<sup>263</sup>, doze meses<sup>264</sup>, ou até de cinco exercícios financeiros.<sup>265</sup> Quando uma liminar anteriormente fora concedida no processo, houve modulação de efeitos para que a decisão de mérito começasse a surtir efeitos a partir do deferimento da concessão de medida liminar.<sup>266</sup>

Foi bastante significativa a quantidade de vezes em que foram utilizados argumentos que levaram à modulação em benefício do Fisco com base na necessidade de se evitar futuras

---

<sup>262</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4425, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2013, p. 12.

<sup>263</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4171, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 20/05/2015.

<sup>264</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 429, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 20/08/2014.

<sup>265</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4425, ADI 4425, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2013.

<sup>266</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4628, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 17/09/2014.

ações de repetição de indébito que seriam interpostas pelos contribuintes para rever o valor pago a título de imposto inconstitucional. Veja-se, a título de exemplo:

Min. Toffoli: Modular os efeitos para se manterem hígidos os recolhimentos de ICMS já ocorridos até a véspera da data de publicação do julgamento, evitando-se, assim, as ações de repetição de indébito. O mesmo se daria em relação ao ISS; mantendo-se hígidos os pagamentos já efetuados até a véspera da publicação da ata de julgamento, até para evitarmos a **discussão de repetição de indébito, que criaria milhares e milhares de ações na justiça.**<sup>267</sup>

Min. Barroso: “Mas, de qualquer forma, neste momento, quer dizer, uma perda de receita com risco de repetições, nesse momento, eu acho que seria uma questão complicada.”<sup>268</sup>

Em voto divergente, o Min. Marco Aurélio manifestou sua posição crítica à utilização desse argumento:

Min. Marco Aurélio (p. 186): É possível, nesses processos objetivos, julgar-se, inclusive sem ouvir as partes, inúmeras ações em andamento? É possível, em penada única, liquidar-se as múltiplas, centenas, milhares de ações em curso e talvez já julgadas em primeira instância? A meu ver, não. A meu ver, há de observar-se a organicidade dinâmica do Direito, sem se pretender solucionar esses litígios, que são litígios subjetivos. O devido processo legal é medula do Estado Democrático de Direito e direciona no sentido de não se poder julgar uma ação sem ouvir os interessados. No bojo das duas ações diretas de inconstitucionalidade, estar-se-á julgando as múltiplas ações em curso, no território nacional, sem ouvir as partes interessadas e extinguindo os processos.<sup>269</sup>

Ademais, podemos extrair algumas conclusões quanto às definições dos conceitos de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” constantes dos acórdãos examinados. Os Ministros admitem que ambos são conceitos abertos, com caráter eminentemente interpretativo:

Min. Gilmar: Nesses termos, fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - revestem-se de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que ela encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito, consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.<sup>270</sup>

A despeito de não dar definição exata ao conceito de “excepcional interesse social”, - de fato, na maioria dos acórdãos o “interesse social” sequer é mencionado, os Ministros parecem aproximar o conceito do “interesse público”, “interesse dos contribuintes”, ou, de maneira mais frequente, do interesse econômico dos entes da federação:

Min. Barroso: É certo que a jurisprudência do STF sobre o procedimento a ser observado para o

---

<sup>267</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5659, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021.

<sup>268</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4596, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018.

<sup>269</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5659, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021.

<sup>270</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2010, p. 28-47.

deferimento de benefícios em matéria de ICMS é mais do que conhecida. Não gera grande surpresa a decisão ora proferida, no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual. Por outro lado, a norma em exame vigorou por oito anos, com presunção de constitucionalidade, de modo que a atribuição efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes.<sup>271</sup>

Min. Fachin: Senhora Presidente, essa é uma preocupação que assentei ao concluir o voto. Temos aqui não apenas uma questão de uma certa consideração, de relevo, a **própria higidez financeira e orçamentária do município, bem como questões atinentes às empresas, aos contribuintes.**<sup>272</sup> (grifo nosso)

Min. Gilmar: Por fim, é preciso reconhecer que, apesar de a Lei Complementar n. 62, de 28 de dezembro de 1989, não satisfazer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da Constituição, sua imediata supressão da ordem jurídica representaria **incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados**, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos.<sup>273</sup> (grifo nosso)

Min. Ricardo Lewandowski: Considerando, destarte, a segurança jurídica e o **excepcional interesse econômico** envolvidos na questão, entendo ser cabível a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade a ser eventualmente declarada por esta Corte, a fim de que esta decisão tenha eficácia após seis meses da publicação do acórdão.<sup>274</sup>

Min. Toffoli: Também é preciso deixar claro que a cifra decorrente da tributação ora declarada inconstitucional é bastante expressiva. Como disse a ABEP, **a cobrança do ICMS com base na nova Lei Noel “de apenas quatro das empresas associadas (...) (Shell, BG, Petrogal e Chevron) somaria o montante de mais de R\$ 600 milhões”** (grifo nosso). Ainda segundo a autora, **“caso se considere nesse cálculo a parte referente à Petrobras, que responde por aproximadamente 90% da produção fluminense, e às demais empresas, nota-se facilmente que a cifra ultrapassa, em muito, a casa do bilhão de reais”** (grifo nosso).

(...)

A par disso, cumpre lembrar que o Estado do Rio de Janeiro vem passando por sérias dificuldades financeiras.

(...)

Ponderando os interesses em conflito e prestigiando a segurança jurídica, bem como o interesse social, julgo que a ausência de modulação dos efeitos da decisão resultará em mais efeitos negativos nas já combalidas economia e finanças do Estado do Rio de Janeiro, os quais devem, a meu ver, ser evitados.<sup>275</sup>

Min Gilmar (p. 23): Tenho em mãos um estudo - é claro que haverá vários estudos a propósito do assunto - fazendo esse acompanhamento. E, de fato, o estudo não é tão otimista, embora não seja também catastrófico. É de uma pessoa muito conhecida e que trabalha com dívida pública, professor José Roberto Afonso, do Rio de Janeiro, responsável, elaborador da Lei de Responsabilidade Fiscal, juntamente com Gabriel Leal de Barros. E eles estimam que 62% dos estados terão condições de se ajustar a esse regime estabelecido e, portanto, quitar os débitos no prazo de quinze anos, mas que alguns nem sequer cumprirão esse modelo. E sabemos que há uma série de problemas, a despeito aí dos anúncios otimistas de alívio na dívida pública, no contexto federativo. Por exemplo, a redução da receita do Fundo de Participação dos Estados em razão da própria política fiscal que afeta o imposto de produtos industrializados, que é uma das fontes do FPE, como é uma das fontes do FPM. Tanto é que, a toda hora, estamos lendo nos jornais que está havendo uma redução de até 10% nesse

---

<sup>271</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4481, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 11/03/2015.

<sup>272</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 190, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJ 29/09/2016.

<sup>273</sup>ADI 875, Op. Cit., p. 272.

<sup>274</sup>ADI 4171, Op. Cit., p. 37.

<sup>275</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5481, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 29/03/2021.

repassa, o que significa que as finanças estaduais estão passando por momentos complicados.<sup>276</sup>

Percebe-se, com isso, que não há uma única definição para o interesse social, mas a definição mais comum diz respeito ao interesse orçamentário da Fazenda Pública.

Já no que diz respeito à segurança jurídica, os Ministros recorrentemente citaram o fato de a norma declarada inconstitucional estar em vigor por muitos anos, gozando de presunção de constitucionalidade. É reiterada a comparação entre a segurança jurídica e a proteção da confiança depositada na norma, a qual guia o instituto da modulação de efeitos:

Min. Barroso: A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica.

(...)

E, nestas circunstâncias, eu estarei privilegiando, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, a meu ver, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei.<sup>277</sup>

Min. Fachin: A demanda é de 2009, e, portanto, a Lei é anterior, e um lapso temporal expressivo. Entendo que há que se ter em conta esse lapso transcorrido, quando menos até o momento em que a liminar foi deferida em dezembro do ano passado. De modo que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, estou propondo uma eficácia prospectiva, ou seja, proponho a fixação de uma eficácia ex nunc a essa declaração de inconstitucionalidade, delimitando, como termo inicial, a data da concessão da liminar. A outra maneira de formular isso é fixar o termo inicial o exercício fiscal do ano em curso, porque a liminar foi concedida em 2015, os seus efeitos já se projetaram para 2016. Também estou de acordo e estou propondo que encontremos juntos a melhor formulação.<sup>278</sup>

Min Gilmar: Tem-se lei que está em vigor há mais de dez anos, impugnada desde 12.9.2006 e com inclusão em pauta desde 2008. Há, portanto, razões de segurança jurídica e de interesse social a justificar a modulação dos efeitos no caso em exame para que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento.<sup>279</sup>

Min Toffoli: Observo, contudo, estar o art. 12 da Lei estadual nº 4.546 em vigência desde 2005, de modo que, nesse período, foram efetivadas contribuições ao FAES, bem como processadas as respectivas compensações. Dessa forma, por razões de segurança jurídica, proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para que a decisão somente produza efeitos a partir desta sessão de julgamento.<sup>280</sup>

Min. Lewandowski: Penso, com a devida vênia, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal tem responsabilidade muito grande, como cabeça do Poder Judiciário brasileiro, de manter a higidez e o equilíbrio das instituições. O instituto da modulação, a meu ver, prestigia não só este aspecto, mas sobretudo a segurança jurídica e a confiança legítima do cidadão.<sup>281</sup>

---

<sup>276</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4425, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2013.

<sup>277</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4481, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 11/03/2015.

<sup>278</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 190, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJ 29/09/2016.

<sup>279</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3796, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 08/03/2017.

<sup>280</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3550, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 18/12/2019.

<sup>281</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5469, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021.

Dessa análise extraímos que, conforme exposto no Capítulo II, o STF parece entender a segurança jurídica como fato (estado de coisas em que é possível prever consequências jurídicas) ou como norma-princípio (norma jurídica prevista como fundamento do ordenamento), coincidindo com a definição de Bentham. O STF reconhece, inclusive, que suas decisões são normas jurídicas, por constituírem precedentes, e, por esse motivo, devem respeitar a cognoscibilidade prévia do mandamento normativo. No entanto, em algumas situações a Corte embasou suas decisões de acordo com a segurança jurídica do Estado, o qual precisa conseguir ter condições de prever a sua arrecadação.

Esses resultados enfatizam algumas coisas. Em primeiro lugar, a modulação de efeitos em matéria de controle concentrado tributário favorece o Estado **pelo menos** na mesma frequência com que favorece o cidadão. Então, embora o STF não adote uma única definição para o interesse social - o interesse do contribuinte ou do Estado não são mutuamente excludentes - é mais frequente a equiparação entre interesse social e o interesse econômico do Fisco. Isso significa que, aos olhos da composição da Corte desde 2010 (data de julgamento do acórdão mais antigo analisado)<sup>282</sup>, nunca esteve fora de questão (pelo contrário, foi sempre incentivado) olhar para o argumento orçamentário como tão importante quanto, ou até mais relevante, que o interesse econômico dos contribuintes.

Anota-se, todavia, que nem sempre foi assim. Como esta pesquisa analisou apenas decisões em que se atingiu o quórum de  $\frac{2}{3}$  (dois terços) para a modulação de efeitos, a primeira decisão que apareceu na pesquisa que atingiu esse critério em matéria tributária foi de 2010. Entretanto, em oportunidades anteriores, o Supremo protegia a repetição do indébito, não aplicando a modulação de efeitos em favor do Erário:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU ALÍQUOTA PROGRESSIVA. 1. A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quórum qualificado previsto em lei específica. 2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência

---

<sup>282</sup> Na verdade, Ana Paula Ávila documentou situações em que antes da edição da Lei n. 7.868/99 já se debatia o argumento da saúde financeira do Estado em controle de constitucionalidade de matéria tributária. Contudo, à época a higidez financeira estatal não era argumento suficientemente forte para justificar a modulação de efeitos: “(...) 3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou *ex nunc* à decisão, a partir da concessão de liminar.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1102-2/DF, Rel. Min. Maurício Correia, DJ 17/11/1995.

da Corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente.<sup>283</sup>

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública (TCLLP). Cobrança. Inviabilidade. Agravo regimental não provido. Não é legítima a cobrança de taxa quando não vinculada apenas à coleta de lixo domiciliar, mas, também, de serviço de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos. 2. RECURSO. Extraordinário. Controle difuso de constitucionalidade. Declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Modulação dos efeitos da decisão. Atribuição de efeitos ex nunc. Art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99. Inadmissibilidade. Agravo regimental não provido. Esta Corte já negou, por inúmeras vezes, a atribuição de efeitos ex nunc à declaração de inconstitucionalidade ou não recepção de lei do Município do Rio de Janeiro que instituiu a cobrança do IPTU com alíquotas progressivas.<sup>284</sup>

Portanto, foi derrubada a hipótese apresentada na introdução de que o Supremo é utilitarista e benthamiano na aplicação da modulação de efeitos. Na verdade, a Corte afasta o conceito de “interesse social” como “a soma dos interesses individuais de todos os membros da sociedade”. Com isso, em certa medida o STF deixa de promover a proteção de direitos individuais, pois nega o acesso à jurisdição em ações de repetição do que foi indevidamente pago à Fazenda Pública, além de ferir o direito de liberdade e proteção do patrimônio do indivíduo, os quais, segundo a Constituição, têm aplicabilidade direta e imediata<sup>285</sup>. Além de obstar o acesso à justiça, essas decisões ferem a coerência do ordenamento jurídico, pois trazem argumentos que não pertencem à lógica jurídica, senão ao universo da economia e da política. Dessa forma, a pretexto de proteger um interesse estatal, fere-se a segurança jurídica, pois não se sabem quais fundamentos serão considerados legítimos na aplicação da modulação de efeitos. Isso se aplica, inclusive, às decisões que *não* modulam efeitos tão somente com fundamento na necessidade de desincentivar a produção de normas inconstitucionais.<sup>286</sup>

Importa ressaltar que, na teoria utilitarista de Bentham, não há oposição ao uso de argumentos consequencialistas ou pragmáticos para justificar uma norma. Pelo contrário, é justamente isso que deve ser feito. O problema da utilização desses argumentos pela Corte Constitucional em relação ao marco teórico que guia este trabalho está no fato de que o interesse social não pode ser preenchido com conteúdo consequencialista que protege a arrecadação estatal. As conseqüências precisam sempre ser analisadas sob a ótica do que maximiza a felicidade geral dos cidadãos, cujas liberdades em relação ao Estado devem ser sempre

---

<sup>283</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 392139 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 26/04/2005, p. 159-161.

<sup>284</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 273074 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 18/12/2007.

<sup>285</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>286</sup> OLIVEIRA ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 110-125.

potencializadas. Resguardar direitos fundamentais dos cidadãos é um argumento jurídico legítimo - afinal, as garantias individuais face ao poder do Estado de tributar estão positivadas na Constituição. Por outro lado, não há dispositivo constitucional que proteja os direitos do Estado face ao cidadão.

Da mesma maneira, Rui Medeiros, ao comentar a norma portuguesa que permite a modulação de efeitos e também inclui na sua redação o “interesse social”, defende que a inclusão do interesse social de excepcional relevo como motivo justificador da modulação não teve a intenção de trazer para a seara jurídica razões de Estado, mas sim possibilitar ao julgador fazer referência a valores constitucionais que não apenas a segurança jurídica: “a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo de valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos.”<sup>287</sup>

Nessa perspectiva, são três as possíveis áreas de integração entre a cobrança de tributos e direitos fundamentais. Nas palavras de Celso de Barros Correia Neto:

Há pelo menos três interfaces possíveis entre direitos fundamentais e tributos, considerando a aplicação da legislação tributária e a efetivação dos direitos envolvidos. São elas: (1) os direitos fundamentais como limites à cobrança de tributos e à edição de normas tributárias; (2) a tributação como fonte de recursos para custeio de políticas públicas voltada à implementação de direitos fundamentais e (3) as normas tributárias como instrumentos extrafiscais de efetivação de direitos fundamentais.<sup>288</sup>

A teoria de Bentham apenas apoia a primeira definição, qual seja, a limitação imposta pelos direitos fundamentais ao poder estatal. De outra parte, o STF parece dar prevalência à segunda interface (arrecadação para implementação dos direitos fundamentais), ou, ao menos, da análise feita por esta pesquisa, pode-se afirmar que a Corte Constitucional considera a segunda interface tão importante quanto a primeira.

Embora essa seja a posição do STF, é importante ressaltar que o legislador optou pela expressão “excepcional interesse social”, não “excepcional interesse econômico” ou “excepcional interesse público”. Desse modo, como afirma Ana Paula Ávila com lucidez, “se esta parte do dispositivo for considerada válida, através do seu uso deverá ter prevalência o interesse da sociedade - por suposto: a soma dos interesses individuais -, quando contraposto aos interesses do Estado.”<sup>289</sup> Ainda de acordo com a autora, “deve-se evitar que a possibilidade de determinação converta-se em manipulação dos efeitos do controle de constitucionalidade em benefício de interesses aleatórios, e que a jurisprudência, tendo amplas condições de preservar a supremacia da Constituição e a garantia do direito fundamental à segurança jurídica, converta-

---

<sup>287</sup> MEDEIROS, Rui. **A divisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

<sup>288</sup> CORREIA NETO, Celso de Barros. Os tributos e os direitos fundamentais. **REPATS**, v. 3, n. 2, 2016, p. 293.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 166.



se em um instrumento de autoritarismo e corrosão dos próprios direitos e princípios que a Constituição, prioritariamente, consagra.”<sup>290</sup>

É importante também a reflexão de que, caso o Supremo sempre favoreça os contribuintes em detrimento do Fisco na modulação de efeitos, ainda assim não haveria necessariamente uma coincidência entre a definição do STF e a definição de Bentham. Isso porque favorecer o contribuinte em determinado caso de declaração de inconstitucionalidade não é o mesmo que favorecer os interesses de todos os contribuintes. Dessa forma, por exemplo, a consideração dos interesses de empresas de determinado setor econômico, ou de distribuidoras de derivados de petróleo, ou de um grupo específico de contribuintes (portadores de doenças graves, por exemplo), não significa necessariamente levar em conta o interesse de todos os contribuintes, e a modulação em favor de apenas um grupo específico pode, também, acabar não representando o interesse social, por desfavorecer o interesse de um grupo maior de contribuintes, que representa mais peso na soma total dos interesses.

Outrossim, de acordo com uma das possíveis justificativas para a própria existência do controle de constitucionalidade de leis pelo Judiciário, a jurisdição constitucional protegeria as minorias da vontade da maioria, representada pelo Parlamento, em que o voto majoritário define quais interesses serão representados. De acordo com essa teoria, as leis formuladas pelo Congresso por vezes violam direitos dos grupos contramajoritários, os quais devem ser tutelados pelo *judicial review*.<sup>291</sup> Os autores que defendem essa teoria argumentam que, após o mundo ter vivenciado as violações a direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial, abriu-se um espaço maior para mecanismos de garantia desses direitos no âmbito do Poder Judiciário. O maior exemplo disso foi a Lei Fundamental de 1949 da Alemanha, a qual permitiu ao Tribunal Constitucional Federal do país realizar o controle de constitucionalidade de leis.<sup>292</sup>

O utilitarismo benthamiano é criticado por outras teorias morais porquanto não destaca a individualidade e a importância da preservação de direitos individuais. Por isso, inclusive, Bentham criticou o sistema de common law e o efeito vinculante dos precedentes – para o filósofo, não seria necessário sequer proteger interesses individuais contra as decisões do Congresso, pois o que realmente importa para a maximização da felicidade é a vontade majoritária. Além disso, a segurança jurídica é vista como valor mais relevante para a felicidade

---

<sup>290</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>291</sup> Nesse sentido: YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, 2007, p. 53. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 1ª ed. Boston: Harvard University Press, 1997.

<sup>292</sup> SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Gen, Editora Forense, 2015, p. 124.

do que a equidade. Ocorre que o STF, a pretexto garantir o interesse social, não está protegendo os contribuintes contra a arbitrariedade estatal. Pelo contrário, tem favorecido um modelo majoritário de democracia<sup>293</sup>. Discutir os méritos de um sistema jurídico majoritário escapa dos objetivos desta pesquisa, mas cabe assinalar que a jurisdição constitucional é defendida como instrumento a ser utilizado de forma contramajoritária.<sup>294</sup> Com efeito, ao conferir ao interesse social uma definição que extrapola a função da Corte de proteger os direitos individuais, o STF acaba dando mais força a esses argumentos que rejeitam o controle de constitucionalidade, notadamente aquelas que aduzem que o controle contramajoritário de leis não garante necessariamente os direitos das minorias.<sup>295</sup>

No Brasil, a Constituição de 1988, além de disciplinar normas programáticas para a economia, o trabalho, a cultura, a família, dentre outros aspectos da vida em sociedade, também ampliou o rol de legitimados que podem provocar a Suprema Corte. Isso contribuiu para tornar princípios constitucionais normas vinculantes. Nesse contexto, os críticos da jurisdição constitucional afirmam que o amplo poder conferido aos juízes, principalmente os que compõem o STF, lhes confere o poder para dar a conceitos indeterminados a definição que mais se adequa às suas preferências políticas e pessoais.<sup>296</sup>

No entanto, quando o Supremo protege o interesse econômico do Fisco em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, está na verdade defendendo as normas criadas pelos representantes eleitos pela maioria, desarmando um dos argumentos em favor da legitimidade da sua jurisdição constitucional. Em outras áreas do Direito, a modulação em favor do cidadão ou do Estado não é um fator que causa tanta preocupação. Ocorre que, quando falamos de tributação, não se pode ignorar que a própria natureza da relação jurídica tributária é antagônica: de um lado, sacrificam-se liberdades individuais do contribuinte, e, de outro, contribui-se para a arrecadação estatal em prol da realização do interesse público.<sup>297</sup> É nesse sentido inclusive que Ricardo Lobo Torres fala em tributo como preço da liberdade: sob o Estado Democrático

---

<sup>293</sup> GARGARELLA, Roberto. La lectura mayoritaria del "estado de derecho". **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 5, 2004, p. 3.

<sup>294</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo (coords.). **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. 1a ed. Brasília: UnB, 2014, pp. 67-70.

<sup>295</sup> Nesse sentido: GARGARELLA, Op. cit. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Ij**, v. 115, 2005. SHAPIRO, Martin M. **Who guards the guardians?: judicial control of administration**. Athens: University of Georgia Press, 1988.

<sup>296</sup> CAMPOS, Francisco. "O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937". In: **Direito Constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 403

<sup>297</sup> MAGALHÃES DA SILVA, Denise. **A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária**. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 75.

de Direito, a dignidade humana irradia para atingir todas as áreas do Direito e dela emanam todos os outros direitos fundamentais. Decorre disso a existência de um mínimo existencial que jamais pode ser invadido pelo Estado, e, para além disso, deve ser garantido pela ação estatal. O tributo deve ser, portanto, um valor justo pago pelo contribuinte, resultado de um contrato social. Em momentos em que o STF, a quem incumbe a função de estar sempre promovendo a legitimação e justificação do respeito à Constituição, viola a limitação do poder de tributar, toda a jurisdição constitucional sofre com a perda de sua capacidade de garantir justiça, segurança e liberdade.

Cabe também lembrar que para parcela da doutrina a Fazenda Pública representa o interesse social, sendo, portanto, legítima a modulação de efeitos em seu favor. Com efeito, a modulação de efeitos em detrimento do contribuinte protege impede um aumento monstruoso de litigiosidade, o que seria contrário ao princípio da eficiência, o qual promove a “eficiência e celeridade na concretização dos anseios sociais, principalmente voltados para os direitos humanos”.<sup>298</sup>

Em suma, o Supremo Tribunal Federal, ao modular os efeitos da inconstitucionalidade de norma tributária, parece parcialmente ter em mente aquilo que Bentham já dizia no século XIX: o ser humano precisa de previsibilidade para alcançar a felicidade, a qual permite que planeje sua vida, seus planos e sonhos, com tranquilidade. O Estado Democrático de Direito reconheceu isso e trouxe para a lógica constitucional o princípio da segurança jurídica. O STF tem resguardado as condutas do passado com base nessa percepção, evitando a injusta retroatividade de normas jurídicas, o que forçaria o cidadão a não confiar na legitimidade das leis editadas pelo Estado. Por outro lado, esse mesmo ordenamento jurídico também eleva a *status* constitucional garantias individuais invioláveis, em qualquer circunstância.

Ocorre que, quanto a essa última parte, o Supremo não tem preservado de forma absoluta o direito à ação de repetição de indébito, a qual garante a preservação do patrimônio do contribuinte contra leis injustas e o direito de se socorrer ao Judiciário para assegurar a efetividade dessa proteção. De fato, o direito à repetição de indébito “é um corolário daquele direito de somente pagar o que seja devido nos termos da própria Constituição e das leis”<sup>299</sup> e tem fundamento no direito à propriedade, ao devido processo legal, à legalidade tributária e à

---

<sup>298</sup> MATOS SANTOS, Francisco Geraldo; RODRIGUES, Felipe. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO ENQUANTO METANORMA. *Revista da AGU*, v. 17, n. 03, jul/set. 2018, p. 83.

<sup>299</sup> MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Repetição do indébito e compensação no Direito Tributário**. 1ª ed. Fortaleza e São Paulo: Instituto Cearense de Direito Tributário (ICET) e Editora Dialética, 2001, p. 11

moralidade pública.<sup>300</sup> Tem, portanto, inegável proteção constitucional, a qual não tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>300</sup> SANTOS, Cairon Ribeiro dos. Repetição do indébito, compensação e ação declaratória. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Repetição do indébito e compensação no Direito Tributário**. 1ª ed, Cap. 4. Fortaleza e São Paulo: Instituto Cearense de Direito Tributário (ICET) e Editora Dialética, 2001, p. 73-74

## Conclusões

Da pesquisa realizada extraem-se as seguintes observações finais, sintetizadas de forma objetiva a seguir:

1. A teoria utilitarista de Jeremy Bentham confere um valor a determinada conduta de acordo com as suas consequências. O utilitarismo, portanto, é subespécie do consequencialismo, e não analisa a ação em si, mas sim os resultados obtidos. O utilitarismo é regido pelo princípio da máxima utilidade, segundo o qual a melhor vida possível em sociedade é aquela em que se otimiza o superávit de felicidade em relação ao sofrimento. Dessa forma, a escolha indicada é sempre aquela que aumenta a felicidade líquida dentro da comunidade.<sup>301</sup>
2. No utilitarismo benthamiano, não existe direito natural, ou seja, não há que falar em direitos individuais pré-existentes. A legislação não declara direitos que já existiam, mas os cria, alinhando as expectativas individuais às expectativas coletivas. A elaboração de leis e políticas públicas racionais condiciona os interesses individuais para que todos atuem de forma a aumentar o bem-estar total na sociedade. Por conseguinte, Bentham foi positivista no sentido de que, para o filósofo, a função primordial da legislação é a de integrar os interesses individuais ao interesse comum, não tendo como fundamento qualquer noção de lei divina ou lei natural.<sup>302</sup>
3. Bentham liderou um movimento a favor da codificação do direito britânico, rechaçando o sistema do *common law*. O autor defendeu que o código ideal seria utilitário: sempre ordenado de acordo com o princípio da maior felicidade. Bentham acreditava que é possível um sistema jurídico ser completo, sem lacunas a serem preenchidas pelos juízes.
4. Garantir a segurança jurídica é a função primária de qualquer ordenamento jurídico, segundo o utilitarismo. Nessa perspectiva, a segurança se sobrepõe inclusive à igualdade, pois é possível ser feliz com a existência de desigualdade, mas não se pode ser feliz sem segurança jurídica. Para Bentham, a segurança jurídica depende da eliminação de um sistema governado por precedentes vinculantes. Isso porque um ordenamento que permite aos juízes interpretarem para conferir significado à lei torna o texto e a norma duas coisas distintas, o que não poderia ser aceito pelo utilitarismo.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> DE LAZARI-RADEK, Katarzyna; SINGER, Peter. **Utilitarianism: A very short introduction**. 1a ed. Oxford University Press, 2017, p. 2.

<sup>302</sup> EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Ed.). **The Cambridge companion to utilitarianism**. 1a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 40-42.

<sup>303</sup> STRECK, Lênio Luiz. RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol.262, ano 41, dez.2016.

5. A definição atribuída por Bentham ao conceito de “segurança jurídica” é a de que, além de ser o principal objetivo da lei, é uma qualidade do ordenamento jurídico em que há coerência, certeza, e a previsibilidade de relações jurídicas, principalmente no que tange à proteção da propriedade privada. Para o utilitarismo, o ser humano precisa ser assegurado de que a sua expectativa será protegida para ser feliz. Um sistema objetivo de normas pode garantir isso.<sup>304</sup>

6. Para Bentham, o “interesse da comunidade” corresponde à felicidade geral – que, por sua vez, é definida pela soma da felicidade individual de todos os indivíduos da sociedade, em que cada indivíduo tem o mesmo peso e conta apenas por um.<sup>305</sup> Nesse sentido, o Estado deve encorajar todos a agir de acordo com aquilo que tornará todos mais felizes.<sup>306</sup>

7. À luz das pesquisas conduzidas, o problema de identificar a definição de “excepcional interesse social” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle concentrado de constitucionalidade é que esse termo é propositalmente vago e tem sido utilizado como o que Bentham chamaria de “caráter místico da lei”, ou seja, colocado em pedestal na argumentação jurídica sem que haja preocupação em definir o termo. Utilizar termos como se fossem “cartas curingas” não significa dar motivação suficiente para uma decisão, principalmente em se tratando de modulação de efeitos em matéria tributária, que requer uma fundamentação qualificada.

8. O utilitarismo entra em conflito com a doutrina que fundamenta a existência da jurisdição constitucional na proteção de direitos individuais. Isso pois o utilitarismo demanda do indivíduo que faça sacrifícios quando necessário ao bem-estar da maioria. Para Bentham, o indivíduo não é um fim em si mesmo, mas sim um mecanismo para aumentar a utilidade geral da sociedade; portanto, não se preocupa tanto com a função distributiva, pois pouco importa para o utilitarista como será aumentada a soma de felicidade dentro da comunidade, então não há necessidade de uma solução que melhore o bem-estar individual. Com isso, são desconsideradas ambições individuais.<sup>307</sup> Por conseguinte, em tese, o utilitarismo e a isonomia tributária são incompatíveis, ou, ao menos, a teoria utilitarista não incorpora o princípio da isonomia tributária.

---

<sup>304</sup> WALDRON, Jeremy. Safety and security. **Neb. L. Rev.**, v. 85, 2005, p. 455.

<sup>305</sup> “O interesse da comunidade é uma das expressões mais gerais que podem ocorrer na fraseologia da moral: não é de se admirar que o significado da mesma se perca muitas vezes. Quando tem um significado, é este. A comunidade é um corpo fictício, composto pelas pessoas individuais que são consideradas como constituindo como se fossem os seus membros. O interesse da comunidade é então, o quê? - a soma dos interesses dos vários membros que a compõem.”

<sup>306</sup> MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. 1a ed. São Paulo: Editora Vozes Limitada, p. 17-19. Tradução livre. BENTHAM; Jeremy. **The collected works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1907.

<sup>307</sup> RAWLS, John. **A Theory of justice**. 1a ed. Cambridge: Belknap Press, 1971, pp. 26-27.

9. Quanto à aprovação do Projeto de Lei n. 2.960 de 1997, transformado na Lei 9.868/99, percebe-se que o Congresso Nacional propositalmente deu poderes para o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de suas decisões. Apesar de alguns deputados e senadores terem-se manifestado de forma contrária a essa maior concentração de atribuições nas mãos do Judiciário, a maioria dos parlamentares não se preocupou com as consequências institucionais geradas pela inclusão do art. 27 na lei que disciplina as ações declaratórias de inconstitucionalidade.

10. São três as premissas teóricas que sustentam a modulação de efeitos. A primeira delas é que, ao interpretar uma norma e fixar precedentes, a decisão judicial cria o direito. Se a interpretação de uma lei muda de constitucional para inconstitucional, o jurisdicionado também é obrigado a mudar a sua conduta, a fim de se adequar à nova interpretação.<sup>308</sup> Nesse contexto, há uma tensão quase insuperável entre a teoria utilitarista benthamiano e o ordenamento jurídico brasileiro. A modulação temporal dos efeitos da decisão parece ser o mecanismo ideal para amenizar esse antagonismo. No modelo atual de interpretação adotado pelas Cortes, não se pode mais esperar que a lei seja a única responsável por garantir a previsibilidade do direito.

11. A análise empírica de acórdãos do Supremo Tribunal Federal demonstrou que, em matéria tributária, o STF entende segurança jurídica como fato (estado de coisas em que é possível prever consequências jurídicas) ou como norma-princípio (norma jurídica prevista como fundamento do ordenamento), coincidindo com a definição de Bentham. Dessa forma, a Corte, ao modular os efeitos da inconstitucionalidade em matéria tributária, tem prestigiado a previsibilidade do ordenamento, evitando a retroatividade injusta de novas normas jurídicas.

12. Quanto ao excepcional interesse social, percebe-se que a definição mais comum nos acórdãos diz respeito ao interesse orçamentário da Fazenda Pública, embora em outras oportunidades sejam consideradas também as garantias do contribuinte. Não foi possível chegar a uma única definição de interesse social, o que demonstra uma falta de coesão na jurisprudência do Tribunal. Foram analisadas dezesseis decisões do Pleno do STF. Em oito delas, a modulação foi a favor do contribuinte; nas outras oito, beneficiou o Erário. Em especial, o STF não tem preservado o direito à ação de repetição de indébito, a qual tem fundamento constitucional (o direito de pagar somente o que é devido).<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> ALVIM, Teresa Arruda. A modulação do art. 927, § 3º, do CPC. **Revista Judiciária do Paraná**, Ano XV, n. 19, 2020, p. 155, 2020.

<sup>309</sup> MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Repetição do indébito e compensação no Direito Tributário**. 1ª ed. Fortaleza e São Paulo: Instituto Cearense de Direito Tributário (ICET) e Editora Dialética, 2001, p. 11.

13. Após a análise dos acórdãos selecionados, releva notar que a maioria dos casos tinham como objeto normas relacionadas ao ICMS e a guerra fiscal entre estados.<sup>310</sup> Apesar de a jurisprudência do STF ser firme sobre a inconstitucionalidade de convênio interestadual – e não lei complementar – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tratamento diferenciado<sup>311</sup>, bem como a concessão unilateral de benefícios fiscais sem previsão em convênio do CONFAZ<sup>312</sup>, a Corte Constitucional tem constantemente modulado os efeitos de decisões que declaram dispositivos dessa natureza inconstitucionais. No entanto, vale ressaltar que, em casos de guerra fiscal, o conflito principal se dá entre entes da Federação, e o contribuinte funciona como mero coadjuvante do conflito.

14. No entanto, ainda que as decisões analisadas digam respeito ao federalismo de cooperação, modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro que torna inconstitucional a guerra fiscal, o contribuinte ainda é diretamente afetado pelas isenções concedidas de maneira manifestamente inconstitucional, as quais são posteriormente invalidadas pelo Supremo Tribunal Federal, com base em jurisprudência já consolidada. Ao ser concedido determinado tratamento fiscal por lei, o contribuinte passa a acreditar na legitimidade daquele ato, em decorrência do princípio da presunção de constitucionalidade, mas posteriormente é prejudicado quando a isenção se extingue. A reiterada aplicação da modulação de efeitos a favor do Fisco em casos como esses passa a incentivar a inconstitucionalidade, pois a edição de normas evidentemente inconstitucionais acaba compensando, já que a Fazenda Pública não sofre as consequências de ter que devolver os valores cobrados a maior.

---

<sup>310</sup> DE OLIVEIRA, Luiz Guilherme. Federalismo e guerra fiscal. **Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política**, v. 10, n. 2 (16), 1999, p. 120.

<sup>311</sup> Nesse sentido: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 15.182/2006, do Estado do Paraná. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Concessão de crédito presumido, por Estado-membro. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada, em parte, procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3803, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 01/06/2011.

<sup>312</sup> A título de exemplo: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO COM A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. OPERAÇÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. USINA. NORMA ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE O CÁLCULO DO VALOR AGREGADO (LEI 9.332/1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E 161, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Viola a reserva de lei complementar federal, prevista no art. 161, I, da Constituição, norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS, nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1423, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 16/05/2007.



15. De fato, por razões de segurança jurídica, que, conforme desenvolvido neste trabalho, é princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, é necessário resguardar a expectativa do contribuinte de que, mesmo que os Estados escolham travar uma guerra fiscal entre si (algo que o Supremo sempre declarou inconstitucional), a propriedade privada não ficará exposta aos riscos patrimoniais que são efeitos colaterais dessa opção do legislador. Ademais, em casos de guerra fiscal, não se prestigia o princípio da capacidade contributiva, mas sim o acaso e a “malemolência” do estado que editou norma nitidamente contrária ao texto da Constituição. Com isso, o contribuinte de outra unidade federativa que seguiu as regras do jogo para a concessão de isenção tributária é prejudicado no seu direito à livre concorrência, por não gozar dos mesmos benefícios. Essa situação, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal na modulação de efeitos a favor do Fisco, cria hipótese flagrantemente desigual, gerando uma quebra de isonomia e transformando o aproveitamento de benefícios fiscais em loteria, o que, por sua vez, causa grave prejuízo à segurança jurídica.

16. De todo o exposto, este trabalho busca refletir sobre a seguinte questão: autores que defendem a jurisdição constitucional argumentam que um dos seus lados positivos é resguardar direitos da minoria contra os interesses dos representantes eleitos pela maioria, os quais elaboram as leis.<sup>313</sup> Os que criticam essa concepção argumentam que esse poder nas mãos da Corte Constitucional, além de não necessariamente levar à proteção dos direitos das minorias, confere ao Tribunal um poder muito amplo para dar a conceitos indeterminados uma definição.<sup>314</sup> Quando o STF viola as limitações impostas pela Constituição ao poder de tributar, notadamente, o princípio da legalidade em sentido amplo, que engloba a constitucionalidade da norma,<sup>315</sup> a jurisdição constitucional como um todo sofre com a perda de legitimidade de sua capacidade de garantir justiça, segurança e liberdade.

---

<sup>313</sup> YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, p. 52-69, 2007.

<sup>314</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Lj**, v. 115, 2005, p. 1350.

<sup>315</sup> SCAPIN, Romano. Do Princípio Da Legalidade Ao Da Juridicidade Administrativa: A Apreciação De Constitucionalidade Pela Administração Pública. **Revista da ESDM**, v. 5, n. 9, 2019, p. 80.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Ackerman, B. Adeus, Montesquieu. **Revista De Direito Administrativo**, v. 265, 2014.

AFONSO, José Roberto. Reforma tributária: começando pelo fim. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 73, n. 12, p. 19–23, 2019.

ALFANGE JR, Dean. Jeremy Bentham and the Codification of Law. **Cornell L. Rev.**, v. 55, 1969.

ALLEN, Jessie. Blackstone, Expositor and Censor of Law Both Made and Found. *In*: PREST, Wilfrid; PAGE, Anthony (eds.). **Blackstone and his Critics**, Hart Publishing (*Forthcoming*). Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2981723#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981723#). Acesso em: 10 de junho de 2020.

ALVIM, Teresa Arruda. A modulação do art. 927, § 3º, do CPC. **Revista Judiciária do Paraná**, Ano XV, n. 19, 2020.

\_\_\_\_\_. Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018. **Conjur**, 2018.

\_\_\_\_\_. Notas Acerca Da Modulação Do Art. 927, § 3.º, Do Cpc / Notes On Prospective Overruling (ART. 927, § 3.º, CPC). **Argumenta Journal Law**, n. 31, 2020.

ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. *In*: SADEK, Maria Tereza., org. Reforma do judiciário. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, 2016.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999**. 1a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014,

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) **thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: SCHIER, Paulo Ricardo; SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. 1a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 1a ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**. Oxford: Clarendon Press, 1891.

\_\_\_\_\_. Anarchical fallacies. **Headline Series**, n. 318, p. 56, 1998.

\_\_\_\_\_. **Principles of the civil code**. In: OGDEN, C. K. (Org.). The theory of legislation. London: [s.n.], 1931.

\_\_\_\_\_. **The collected works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1907.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo (coords.). **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. 1a ed. Brasília: UnB, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, 2005.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Law of England**. Chicago, University of Chicago: 1979.

BOBBIO, Norberto; VALDÉS, Ernesto Garzón. **El problema del positivismo jurídico**. Buenos Aires: Eudeba, 1965.

BONAVIDES, Paulo. A Evolução Histórica Do Conceito De Nulidade Na Jurisdição Constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 11, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo Judicial – Primeiras Aproximações. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Editora IDP, 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 2, n. 5, 2008.

BRANDT, Richard Booker. **Morality, utilitarianism, and rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anais: Atas da 153 a 161 Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 9, 1987.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3550, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 18/12/2019.

\_\_\_\_\_. ADI 4481, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJ 11/03/2015.

\_\_\_\_\_. ADI 1423, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 16/05/2007.

\_\_\_\_\_. ADI 1945, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3796, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 08/03/2017.

\_\_\_\_\_. ADI 3803, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 01/06/2011.

\_\_\_\_\_. ADI 4171, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 20/05/2015.

\_\_\_\_\_. ADI 429, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 20/08/2014.

\_\_\_\_\_. ADI 4357, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2013.

\_\_\_\_\_ ADI 4425, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 14/03/2013.

\_\_\_\_\_. ADI 4628, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 17/09/2014.

\_\_\_\_\_. ADI 526, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/03/1993.

\_\_\_\_\_. ADI 5469, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021.

\_\_\_\_\_. ADI 5481. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 29/03/2021.

\_\_\_\_\_. ADI 5659, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2021.

\_\_\_\_\_. ADI 6074, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJ 21/12/2020.

\_\_\_\_\_. ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 24/02/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 939. Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 18/03/1994.

\_\_\_\_\_. ADI n. 1102-2/DF, Rel. Min. Maurício Correia, DJ 17/11/1995.

\_\_\_\_\_. ADPF 190, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJ 29/09/2016.

\_\_\_\_\_. RE 273074 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 18/12/2007.

\_\_\_\_\_. RE 392139 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 26/04/2005.

\_\_\_\_\_. RE 730462, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, 08/09/2015.

\_\_\_\_\_. ADI 4596, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018.

\_\_\_\_\_. ADI 3984. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, 30/08/2019.

\_\_\_\_\_. ADI 5467, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30/08/2019.

BROGAN, Albert Perley. John Locke and Utilitarianism. **Ethics**, v. 69, n. 2, 1959.

BUNNIN, Nicholas et al. (Ed.). **The Blackwell companion to philosophy**. 2a ed. Oxford: John Wiley & Sons, 2003.

BYKVIST, Krister. **Utilitarianism: A guide for the perplexed**. Bloomsbury Publishing, 2009.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Tradução Luiz Carlos Borges. 1a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 2960/1997**. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208355>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

CAMPOS, Francisco. “O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937”. In: **Direito Constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 475, mai., 1999.

CARVALHO POSADA, Francisco Emilio. A Necessidade De Análise Dos Critérios Que Autorizam A Rediscussão Dos Precedentes Como Questão Prévia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/47581>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

CARVALHO, Alexandre. Última Palavra ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial a partir de um julgado do STF. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, v. 2, n. 14, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo E Produção Legislativa Brasileira: Busca Da Efetividade E Concretização Do Constitucionalismo Com Uma Justiça Sustentável**. 2016. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Do Vale Do Itajaí.

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAN, Johannes MM. Disturbing the past and jeopardising the future: retrospective and prospective overruling. **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper**, n. 2015/031, 2014.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro**. 2016. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo.

\_\_\_\_\_. Os tributos e os direitos fundamentais. **REPATS**, v. 3, n. 2, 2016.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Segurança Jurídica E Vinculação Das Decisões Judiciais—Análise Da Relação Entre A Formação Da Coisa Julgada E A Súmula Vinculante No Direito Brasileiro**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

COSTA, Alexandre Araújo. Introdução ao direito. 1a ed. **Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris**, 2001.

CUNHA FILHO, Marcio. Direito e ciência: uma relação difícil. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 1, e2110, 2021. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322021000100500&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322021000100500&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 10 de maio de 2021.

DA ROSA, Christian Fernandes Gomes. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento jurídico moderno. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 14, n. 20, 2011.

DE ANDRADE, Fábio Martins. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. 2010. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, 2001.

DE LAZARI-RADEK, Katarzyna; SINGER, Peter. **Utilitarianism: A very short introduction**. 1a ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

DE OLIVEIRA, Luiz Guilherme. Federalismo e guerra fiscal. **Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política**, v. 10, n. 2 (16), 1999.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. 1a ed. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista do CEPEJ**, n. 8, 2007.

DINIZ RIBEIRO, Diego; DELIGNE, Maysa S.P. A modulação de efeitos em matéria tributária e sua realização em favor da Fazenda Pública. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana F.C. **Processo Tributário Analítico**, Volume IV: Coisa Julgada. 1a ed. Rio de Janeiro: Editora Noeses, 2019.

DINWIDDY, John. Bentham On Private Ethics And The Principle Of Utility. **Revue Internationale De Philosophie**, Paris, v. 36, n. 141, 1982.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 1a ed. Boston: Harvard University Press, 1997.

EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Ed.). **The Cambridge companion to utilitarianism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

FARIAS, Maria Clara Cunha. Os Conceitos De “Segurança Jurídica” E “Interesse Social” Na Modulação De Efeitos No Processo Civil. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 15, n. 2, p. 269-287, 2020.

FERRARO, Francesco. Direct and indirect utilitarianism in Bentham’s theory of adjudication. **Journal of Bentham Studies**, v. 12, 2010, p. 4-6. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/1887774.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio et al. Efeito ex nunc nas decisões do STJ. Barueri: Manole, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, 1995.



FOLLONI, André. Isonomia na tributação extrafiscal. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2014.

FRASER, Nancy. "Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy", IN: CALHOUN, Craig, **Habermas and the public sphere**. 1a ed. Massachussets, MIT, 1994.

FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. **Universitas Jus**, v. 2, 2010.

FUX, Luiz. BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. **Revista de Processo**, vol. 269/2017, jul/2017.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Supremo Ameaça Banalizar a Modulação de Efeitos de Suas Decisões". **Conjur**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-28/observatorio-constitucional-supremo-ameaca-banalizar-modulacao-efeitos-decisoes>>. Acesso em: 3 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária: mitos, consequências e arranjos institucionais ideais. **Direito Público**, v. 15, n. 84, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo ameaça banalizar a modulação de efeitos de suas decisões. **Conjur**, 28 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-28/observatorio-constitucional-supremo-ameaca-banalizar-modulacao-efeitos-decisoes>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

GARGARELLA, Roberto. La lectura mayoritaria del "estado de derecho". **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 5, 2004.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 160, 2013.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos

das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil–CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 258, 2016.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 211-222, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: BARRETO, Vicente de Paulo. MOTA, Mauricio. **Por que estudar filosofia do direito? Aplicações da Filosofia do Direito nas Decisões Judiciais**. 1a ed. Brasília: ENFAM, 2011.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes**. 1a ed. Coimbra: Leya, 2020.

GRETTER, Eloise Mari. A modulação dos efeitos temporais da decisão em controle concentrado de constitucionalidade: garantia à segurança jurídica. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011.

HARE, Richard M.; SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard. Ethical theory and utilitarianism. 1982.

HART, H. L. A. Bentham And The Demystification Of The Law. *The Modern Law Review*, v. 36, n. 1, 1973.

HOLDSWORTH, William. Bentham's Place in English Legal History. **Calif. L. Rev.**, v. 28, p. 568, 1939.

HOOGENSEN, Gunhild. International relations, security and Jeremy Bentham. **Psychology Press**, v. 37, 2005.

IGWE, Dennis E. Natural Rights As'nonsense Upon Stilts': Assessing Bentham. **International Journal of Arts & Sciences**, v. 8, n. 3.

JANIS, M. Jeremy Bentham and the Fashioning of "International Law". **The American Journal of International Law**, v. 78, n. 2, 1984.

JÚNIOR, João Ribeiro. **O que é Positivismo**. 1a ed. Tatuapé: Editora Brasiliense, 1982.

KAINO, Michihiro. Bentham's Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan. **Journal of Bentham Studies**, v. 11, n. 1, p. 1-29, 2009.

KEMMERICH, Clovis Juarez. Prospective Overruling in Brazilian Law. **Segmentos**, v. 1, n. 1, 2007.

KOLM, Serge-Christophe. **Modern theories of justice**. 1a ed. Boston: MIT Press, 2002.

KRATZKE, William P. Normative economic analysis of trademark law. **Mem. St. UL Rev.**, v. 21, 1990.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

KYMLICKA, Will. The social contract tradition. **A companion to ethics**, v. 186, 1991.

LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. 1a ed. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017.

\_\_\_\_\_. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 1, 2021.

LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2017.

LEAL, Saul T. O Supremo e o direito dos contribuintes. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 mar. 2010. Disponível em: <https://noticiasfiscais.com.br/2010/03/30/o-supremo-e-os-direitos-dos-contribuintes/>. Acesso em 30 de junho de 2021.

LOBBAN, Michael. **The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850**. 1a ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.

LOBO, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MACHADO, Fábio Cardoso. Por que realmente os precedentes importam? In: NEVES, A. Castanheira et al. **Jurisdição Direito Material e Processo: Os Pilares da Obra Ovidiana e seus Reflexos na Aplicação do Direito**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Repetição do indébito e compensação no Direito Tributário**. 1ª ed. Fortaleza e São Paulo: Instituto Cearense de Direito Tributário (ICET) e Editora Dialética, 2001.

\_\_\_\_\_. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 57, 2000.

MAGALHÃES DA SILVA, Denise. **A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade da norma tributária**. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MATOS SANTOS, Francisco Geraldo; RODRIGUES, Felipe. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO ENQUANTO METANORMA. **Revista da AGU**, v. 17, n. 03, jul/set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

\_\_\_\_\_. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui Precedentes. **Revista dos Tribunais**, v. 950, 2014.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.

MEDEIROS, Bernardo. Positivismo jurídico em crise? A tradição positivista em debate. **CONPEDI-CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO**, v. 17, 2008.

MEDEIROS, Rui. **A divisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional-Série IDP**. 16a ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

MENESES, Clara Marcelle Alves. Modulação das decisões tributárias do Supremo: Autopoiesis e o argumento econômico no controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, n. 115, p. 435-458, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3a edição, Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1a ed. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. **Superação para frente e modulação de efeitos: Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 1a ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2021.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 204, 2014.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. 1a ed. São Paulo: Editora Vozes Limitada, 2012.

MURPHY, Kevin R.; AGUINIS, Herman. HARKing: How badly can cherry-picking and question trolling produce bias in published results?. **Journal of business and psychology**, v. 34, n. 1, 2019.

NERI, Demétrio. **Filosofia moral**. 1ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 37, p. 93-106, 1996.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

OLIVECRONA, Karl. The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of a Law. **Am. J. Juris.**, v. 20, 1975.

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

OLIVEIRA, Cícero. O Utilitarismo em John Stuart Mill. **Revista Dissertatio de Filosofia**, v. 41, 2015.

OLIVEIRA, Valéria Cristina Romão. Uma análise da modulação pro futuro dos efeitos da decisão como instrumento de manutenção da ordem jurídica. **Revista FIDES**, Natal, v. 6, n. 2, 2015.

PESSOA, Leonel Cesarino. O princípio da capacidade contributiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Rev. direito GV**, v. 5, n. 1, 2009.

PICOLI, Rogério Antonio. **Sobre o governo em Jeremy Bentham: o risco das partes e o traçado do todo**. 2007. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2007.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

PORTO MACEDO JR., Ronaldo. A farra dos princípios e os exageros da ponderação na liberdade de expressão. In: **DOSSIE ELLWANGER**, 2019, FGV Direito SP, Sao Paulo/SP. Disponível em: <https://portal.fgv.br/eventos/dossie-ellwanger>. Acesso em: 22 de maio de 2021.

POSNER, Richard A. Judicial behavior and performance an economic approach. **Fla. St. UL Rev.**, v. 32, 2004.

\_\_\_\_\_. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. **The Journal of Legal Studies**, v. 8, n. 1, 1979

POSTEMA, Gerald J. Bentham on the public character of law. **Utilitas**, v. 1, n. 1, 1989.

PUGLIESI, Márcio; LÓPEZ, Nuria. Teoria da Decisão: Um paradigma hermenêutico pós-reviravolta linguística-pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 2, n.1, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 1a ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. **DÍALOGO INSTITUCIONAL: um estudo comparado**. **REVISTA DA AGU**, v. 17, n. 2, 2018.

RAWLS, John. *A Theory of justice*. 1a ed. Cambridge: Belknap Press, 1971.

REALE, Miguel. Problemática da justiça. **Revista CEJ**, Brasília, v. 5, n. 14, 2008, p. 121. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/918>. Acesso em: 9 de junho de 2020.

RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e jurisprudência do STF. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 178/25, 2010.

RIBEIRO, Diego Diniz; CANCIAN, Vinícius Marin; AMARAL, Sergio Tibiriçá. O controle de constitucionalidade na modulação dos efeitos intertemporais do controle concentrado em matéria tributária e a (in) segurança jurídica do contribuinte. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, 2017.

ROBERTS, Caprice L. In search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, 2007.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo.

ROSEN, F. Jeremy Bentham: Recent Interpretations. **Political Studies**, v. 30, n. 4, 1982.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSS, Alf. **On law and justice**. 1ª ed. Berkeley: University of California Press, 1959.

ROTHMANN, Gerd W. O princípio da legalidade tributária. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 67, 1972.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, 2013.

SANDEL, Michael J. (Ed.). **Justice: A reader**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2007.

SANTOS, Cairon Ribeiro dos. Repetição do indébito, compensação e ação declaratória. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Repetição do indébito e compensação no Direito Tributário**. 1ª ed, Cap. 4. Fortaleza e São Paulo: Instituto Cearense de Direito Tributário (ICET) e Editora Dialética, 2001.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47163>.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e política**. Gen, Editora Forense, 2015.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Universidade de São Paulo, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. A modulação das decisões do STF, as razões do Fisco e a irresponsabilidade fiscal. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-19/justica-tributaria-modulacao-stf-razoas-fisco-irresponsabilidade-fiscal>. Acesso em 29 de junho de 2021.

SCAPIN, Romano. Do Princípio Da Legalidade Ao Da Juridicidade Administrativa: A Apreciação De Constitucionalidade Pela Administração Pública. **Revista da ESDM**, v. 5, n. 9, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: Princípios e limites da tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130-158, 2008.

SEABRA, Fausto José. A lei nova e os processos em andamento. **Revista do Curso de Direito**, v. 1, n. 1, 2004.

SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SEN, Amartya et al. (Ed.). **Utilitarianism and beyond**. 1a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.



SENADO FEDERAL. Aloysio Nunes – SP Biografia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/846>. Acesso em 7 de junho de 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara n. 10, de 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/891>. Acesso em: 29 setembro 2020.

SHAPIRO, Martin M. **Who guards the guardians?: judicial control of administration**. Athens: University of Georgia Press, 1988.

\_\_\_\_\_. Stability and change in judicial decision-making: Incrementalism or stare decisis?. In: **The Rule of Law and the Separation of Powers**. Routledge, 2017.

SILVA, Guilherme Villas Bôas. **O impacto do argumento financeiro na modulação de efeitos do Supremo Tribunal Federal**. 2019. Tese de Doutorado. FGV – Escola de Direito de São Paulo.

STRECK, Lênio Luiz. RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol.262, ano 41, dez.2016.

\_\_\_\_\_. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao stare decisis como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte**, v. 25, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vocabulo Jurídico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=LEI%20EM%20SENTIDO%20ESTRITO>. Acesso em 28 setembro 2020.

TIMMERMANN, Jens. Why Kant could not have been a Utilitarian. **Utilitas**, v. 17, n. 3, 2005.

TISCHLER, Rachel J. The Power to Tax Involves the Power to Destroy: How Avant-Garde Art Outstrips the Imagination of Regulators, and Why A Judicial Rubric Can Save It. **Brook. L. Rev.**, v. 77, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. “Modulação de efeitos da Decisão e Ativismo Judicial.” **Conjur**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental#:~:text=Modula%C3%A7%C3%A3o%20de%20efeitos%20da%20decis%C3%A3o%20e%20o%20ativismo%20judicial,-18%20de%20julho&text=Tencionam%2Dse%20com%20frequ%C3%Aancia%20as,normas%20constitucionais%20em%20mat%C3%A9ria%20tribut%C3%A1ria>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. **Conjur**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>. Acesso em 28 de junho de 2021.

TRIBE, Lawrence H. **American Constitutional Law**. 3a ed., v. 1, Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, "positivação" do direito natural e história. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

VINOGRADOFF, Paul. **Common-Sense in Law**. Londres: T. Butterworth, 1a ed., 1913.

WALDRON, Jeremy. John Locke: social contract versus political anthropology. **The Review of politics**, v. 51, n. 1, p. 3-28, 1989.

\_\_\_\_\_. Safety and security. **Neb. L. Rev.**, v. 85, 2005.

\_\_\_\_\_. The core of the case against judicial review. **Yale Ij**, v. 115, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 1a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, 2007.

## APÊNDICE I – TABELA DE CASOS ANALISADOS

	n.			
1.	ADI 875	Min. GILMAR MENDES	24/02/2010	Cálculo, entrega e liberação dos recursos dos Fundos de Participação
2.	ADI 4628	Min. LUIZ FUX	17/09/2014	ICMS
3.	ADI 429	Min. LUIZ FUX	30/10/2014	ICMS
4.	ADI 4481	Min. LUÍS ROBERTO BARROSO	11/03/2015	ICMS
5.	ADI 4425 QO e ADI 4357 QO (julgamento em conjunto)	Min. LUIZ FUX	25/03/2015	Regime de execução da Fazenda Pública mediante Precatório
6.	ADI 4171	Min. ELLEN GRACIE	20/05/2015	ICMS
7.	ADPF 190	Min. EDSON FACHIN	29/10/2016	ISSQN
8.	ADI 3796	Min. GILMAR MENDES	08/03/2017	Benefícios fiscais no âmbito dos programas Bom Emprego, Paraná Mais Emprego e Desenvolvimento Econômico, Tecnológico e

				Social do Paraná (PRODEPAR)
9.	ADI 4596	Min. DIAS TOFFOLI	06/06/2018	ICMS
10.	ADI 5467	Min. LUIZ FUX	30/08/2019	ICMS
11.	ADI 3984	Min. LUIZ FUX	30/08/2019	ICMS
12.	ADI 3550	Min. DIAS TOFFOLI	18/12/2019	ICMS
13.	ADI 6074	Min. ROSA WEBER	21/12/2020	IPVA
14.	ADI 5469	Min. DIAS TOFFOLI	24/02/2021	ICMS
15.	ADI 5659 e ADI 1945 (julgamento em conjunto)	Min. DIAS TOFFOLI	24/02/2021	ICMS/ISS
16.	ADI 5481	Min. DIAS TOFFOLI	29/03/2021	ICMS

**APÊNDICE II – MODULAÇÃO DE EFEITOS EM FAVOR DO FISCO OU  
CONTRIBUINTE NOS CASOS ANALISADOS**

	n.	Efeitos <i>pro futuro</i>	Modulação em favor do
1.	ADI 875	Julgadas procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 1.987, ADI 857, ADI 2727 e ADI 3243), para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99, <b>declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade,</b> do art. 2º, incisos I e II, SS 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.	Estado
2.	ADI 4628	Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.	Estado
3.	ADI 429	Pedido de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente para declarar: (i) inconstitucional o	Contribuinte

		<p>parágrafo 2º do art. 192, <b>sem a pronúncia de nulidade, por um prazo de doze meses,</b></p> <p>(ii) parcialmente inconstitucional o caput do art. 193, dando-lhe interpretação conforme para excluir de seu âmbito de incidência o ICMS;</p> <p>(iii) inconstitucional o parágrafo único do artigo 193;</p> <p>(iv) inconstitucional o artigo 201, caput, e seu parágrafo único;</p> <p>(v) inconstitucional o parágrafo único do artigo 273;</p> <p>(vi) inconstitucional o inciso III do artigo 283;</p> <p>julgar improcedente o pedido quanto ao caput e §1º do artigo 192, todos os artigos da Constituição cearense.</p>	
4.	ADI 4481	Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.	Contribuinte

5.	ADI 4425 QO e ADI 4357 QO (julgamento em conjunto)	Modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração	Estado
----	--	--	--------

		<p>básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.</p> <p>4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i)</p>	
--	--	---	--



		<p>consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97,</p>	
--	--	--	--

		<p>§ 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de</p>	
--	--	---	--

		Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.	
6.	ADI 4171	Modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão.	Estado
7.	ADPF 190	Modulação prospectiva dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, a contar da data do deferimento da medida cautelar em 15.12.2015.	Contribuinte
8.	ADI 3796	Modulação para que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento.	Contribuinte
9.	ADI 4596	Modulação dos efeitos para o mês seguinte ao	Estado

		do julgamento da ação direta, ressalvadas as ações judiciais em curso.	
10.	ADI 5467	Decisão com efeitos <i>ex nunc</i> , a partir da data do deferimento da medida cautelar confirmada.	Contribuinte
11.	ADI 3984	Decisão com efeitos <i>ex nunc</i> , a partir da publicação da ata do julgamento (artigo 27 da Lei 9.868/99).	Contribuinte
12.	ADI 3550	Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que a decisão somente produza efeitos <i>ex nunc</i> a partir da data desta sessão de julgamento.	Contribuinte
13.	ADI 6074	Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.293, de 29 de novembro de 2018, do Estado de Roraima, com efeitos <i>ex nunc</i> a contar da data da publicação da ata do julgamento.	Contribuinte

14.	ADI 5469	<p>Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, <b>desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF</b> e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, <b>a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste presente julgamento (2022)</b>, aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá <b>produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022)</b>, exceto no que diz</p>	Estado
-----	----------	---	--------

		<p><b>respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso.</b></p>	
15.	<p>ADI 5659 e ADI 1945 (julgamento em conjunto)</p>	<p><b>O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão, atribuindo eficácia <i>ex nunc</i>, a contar da publicação da ata de julgamento do mérito em questão para: a) impossibilitar a repetição de indébito do ICMS incidente sobre operações com softwares em favor de quem recolheu esse imposto, até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, vedando, nesse caso, que os municípios cobrem o</b></p>	Estado

		<p><b>ISS em relação aos mesmos fatos geradores; b) impedir que os estados cobrem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito. Ficam ressalvadas (i) as ações judiciais em curso, inclusive de repetição de indébito e execuções fiscais em que se discutam a incidência do ICMS e (ii) as hipóteses de comprovada bitributação, caso em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ICMS. Por sua vez, incide o ISS no caso de não recolhimento do ICMS ou do ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até a véspera da data da publicação da ata de julgamento do mérito, nos termos do</b></p>	
--	--	---	--

		voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão.	
16.	ADI 5481	<p>Modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo-se que ela produza efeitos <i>ex nunc</i> a partir da publicação da ata de julgamento do mérito.</p> <p>Acolhendo proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, ficam ressaltadas: “(i) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS; (ii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) as ações judiciais atinentes à controvérsia e</p>	Estado



		<p><b>pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; Em todos esses casos, dever-se-á observar o entendimento desta Corte e o prazos decadenciais e prescricionais.</b></p>	
--	--	--	--

**APÊNDICE III – DEFINIÇÃO DE “SEGURANÇA JURÍDICA” E “INTERESSE SOCIAL” NOS CASOS ANALISADOS**

	n.	“Segurança jurídica”	“Interesse social”
1.	ADI 875	Min. Gilmar (pp. 175-176): “Nesses termos, fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - revestem-se de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que ela encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito, consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.”	Min. Gilmar (p. 272): “Por fim, é preciso reconhecer que, apesar de a Lei Complementar n. 62, de 28 de dezembro de 1989, não satisfazer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da Constituição, sua imediata supressão da ordem jurídica representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos.
2.	ADI 4628	Min. Fux (p. 35): “Mas as ações em curso são respeitadas, quer dizer, posso aniquilar quem promoveu a ação na ciência de que era inconstitucional isso.”	Não há.
3.	ADI 429	Não há.	Não há.
4.	ADI 4481	Min. Barroso (p. 15):	Não há.

		<p>É certo que a jurisprudência do STF sobre o procedimento a ser observado para o deferimento de benefícios em matéria de ICMS é mais do que conhecida. Não gera grande surpresa a decisão ora proferida, no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual. Por outro lado, a norma em exame vigorou por oito anos, com presunção de constitucionalidade, de modo que a atribuição efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes.</p> <p>(...)</p> <p>Min. Barroso (p. 16-17):</p> <p>Observo, por fim, que a modulação, no presente caso, decorre de um juízo de ponderação que não envolve o assim chamado princípio da supremacia da Constituição. A supremacia da Constituição é pressuposto do sistema de controle da</p>	
--	--	---	--

		<p>constitucionalidade e, por consequência, é imponderável. A ponderação ocorre entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica 5 . Pelas razões já expostas, entendo que devem prevalecer os últimos princípios, atribuindo-se eficácia a esta decisão a partir da data desta sessão.”</p> <p>(...)</p> <p>Min. Barroso (p. 18):</p> <p>E, nestas circunstâncias, eu estarei privilegiando, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, a meu ver, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei.</p>	
5.	ADI 4425 QO e ADI 4357 QO (julgamento em conjunto)	Min. Fux (p. 9): “Embora a decisão da Corte reconheça a nulidade dos referidos dispositivos da EC nº 62/09, é inegável que durante quase quatro anos (i.e., ao longo dos exercícios financeiros de 2010, 2011, 2012 e do corrente ano	Min Gilmar (p. 23): “Tenho em mãos um estudo - é claro que haverá vários estudos a propósito do assunto - fazendo esse acompanhamento. E, de fato, o estudo não é tão otimista, embora não seja também catastrófico. É de uma pessoa

		<p>de 2013), a sistemática juridicamente inválida entrou em vigor e surtiu efeitos, sendo aplicada por diversas unidades federativas brasileiras. Esse quadro fático denota, em primeiro lugar, a existência de situações concretas de certo modo consolidadas com o decurso do tempo. Em segundo lugar, indica que a atual programação orçamentário financeira dos Estados e dos Municípios foi realizada em um cenário jurídico distinto, em que ainda vigorava integralmente a Emenda Constitucional nº 62/09. Em consequência, torna-se imperioso que esta Corte defina o alcance temporal de seu pronunciamento, razão pela qual suscito a presente questão de ordem.”</p> <p>Min. Fux (p. 12):</p> <p>“Quanto ao regime de compensação unilateral dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, criado pelos §§ 9º e 10 do art.</p>	<p>muito conhecida e que trabalha com dívida pública, professor José Roberto Afonso, do Rio de Janeiro, responsável, elaborador da Lei de Responsabilidade Fiscal, juntamente com Gabriel Leal de Barros. E eles estimam que 62% dos estados terão condições de se ajustar a esse regime estabelecido e, portanto, quitar os débitos no prazo de quinze anos, mas que alguns nem sequer cumprirão esse modelo. <b>E sabemos que há uma série de problemas, a despeito aí dos anúncios otimistas de alívio na dívida pública, no contexto federativo. Por exemplo, a redução da receita do Fundo de Participação dos Estados em razão da própria política fiscal que afeta o imposto de produtos industrializados, que é uma das fontes do FPE, como é uma das fontes do FPM.</b> Tanto é que, a toda hora, estamos lendo nos jornais que está havendo uma redução de até 10% nesse repasse, o que significa que as finanças estaduais estão passando por momentos complicados.”</p>
--	--	--	---

		<p>100 da Constituição da República (bem como o inciso II do § 9º do art. 97 do ADCT), introduzidos pela EC nº 62/2009, também entendo a decisão deva possuir efeitos retrospectivos, inquinando toda e qualquer compensação unilateral que tenha sido realizada pelos Estados e Municípios. A razão disso é simples: tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança legítima – dois dos vetores axiológicos que justificam a modulação das decisões judiciais – não protegem quem age de má-fé ou se beneficia da própria torpeza. Na espécie, foi a própria Fazenda Pública quem criou para si um regime jurídico desproporcionalmente vantajoso. Nesse sentido, inexistente qualquer ameaça à segurança jurídica quando se declara, retroativamente, a invalidade de uma prática institucional reprovável. Definitivamente não se pode tutelar a “confiança” de quem, no exercício do poder estatal, agracia a si com privilégios</p>	<p>Min. Lewandowski (p. 28):  <b>“(…) tendo em conta que a própria Constituição já vincula a receita dos Estados e dos Municípios, e da própria União, à educação e à saúde com uma parcela significativa. Então, nós vamos onerá-los também, e temos de onerá-los, porque a Constituição assim o determina, com mais uma vinculação, mas é preciso sempre ter em conta aquele brocardo romano ad impossibilia nemo tenetur, porque nós não podemos obrigar alguém ao impossível, sobretudo, tendo em conta que o administrador público precisa prestar os serviços públicos essenciais, sob pena de criar-se um caos social irreversível, e não é isso que o Supremo Tribunal Federal, evidentemente, deseja. Temos que atender aos interesses dos credores da Fazenda Pública, que são importantes, são relevantes, mas não podemos também, de</b></p>
--	--	---	--

		<p>nitidamente discriminatórios. Seria um equívoco usar o argumento de segurança e estabilidade social para resguardar a situação de quem foi o próprio responsável pela edição do ato juridicamente inválido.”</p> <p>Min. Fux (p. 55):  “Entretanto, há algumas ponderações de graves prejuízos ao erário que, numa ponderação de interesse, não me causariam a menor dificuldade de, digamos assim, abrir mão desse tópico do voto porque, por exemplo, a Advocacia da União mencionou, com a lealdade que lhe é peculiar, que, não adotado esse entendimento, haveria um prejuízo de bilhões para o Tesouro. Então, evidentemente, nós temos também que garantir a governabilidade política e econômica do País. Não é só uma divagação acadêmica sobre a inconstitucionalidade.”</p>	<p><b>outro lado, deixar que o Estado não preste os serviços públicos essenciais.”</b></p> <p>Min. Barroso (p. 35):  “Eu esclareço aos eminentes Colegas que, ao longo do período em que tive vista, recebi todas as partes interessadas. Recebi estados, recebi procuradores do estado, recebi prefeitos, recebi procuradores municipais, recebi a Ordem dos Advogados mais de uma vez, recebi entidades de credores, e, evidentemente, ouvindo as razões de cada um e tentando pensar <b>uma solução que fosse a mais efetiva possível para a satisfação dos direitos dos credores, que é evidentemente o interesse principal.</b>”</p> <p>Min. Barroso (p. 40):  “O encaminhamento que estou propondo tem do ponto de vista jurídico três fundamentos de legitimidade. O primeiro é o de que a simples declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 62, que ninguém duvida que o Supremo possa</p>
--	--	---	---

			<p>fazer, faria com que os devedores tivessem de cumprir o artigo 100 da Constituição e, portanto, incluir no orçamento todo o estoque da sua dívida de precatórios – que é uma situação muito mais gravosa do que o modelo de transição que eu vou propor. Ademais, o não pagamento em cinco anos geraria, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, a intervenção federal, providência igualmente muito mais drástica do que as sugestões que vou fazer. Em terceiro lugar – e considero muito importante –, a proposta que estou fazendo é de um diálogo institucional, porque o Congresso tem oito meses para, em não concordando, editar uma emenda constitucional com outro regime diverso desse. O fundamento moral relevante, que eu considero para nós avançarmos no modelo de transição, é: o Supremo não tem o direito de devolver à sociedade uma situação pior do que aquela que recebeu com a Emenda Constitucional nº 62.”</p>
--	--	--	--



			<p>Min. Fux (p. 79): “ O que o Ministro Barroso fez foi exatamente aquilo que uma Corte tem de fazer para poder construir uma solução judicial. Eu até me recordo que o <b>professor Fábio Konder Comparato, no prefácio à obra de Friedrich Müller "Quem é o povo?", faz uma indagação: Quem mais contribuiu para a ciência jurídica? A Suprema Corte americana com a sua criação judicial ou a escola exegetica francesa que dizia que o Direito estava todo posto na lei? Efetivamente a resposta indica que foi a Suprema Corte americana. Então a criação judicial é imanente à própria modulação, e as sentenças aditivas, o Supremo Tribunal Federal está, digamos assim, recorrente em prendê-la, essa criação judicial. Então, eu queria aqui, apenas testemunhando esse voto do Ministro Roberto Barroso, assentar que efetivamente essa é uma postura exigível de uma Corte Suprema, porque, se nós ficarmos com deferências</b></p>
--	--	--	---

			<p>legislativas, nós não poderemos nunca mais declarar a inconstitucionalidade de lei, porque teremos que manter sempre, na tripartição, a deferência ao Poder Legislativo. Isso não está valendo mais nem na Inglaterra, onde não se previa o controle de constitucionalidade.”</p> <p>(grifos nossos)</p>
6.	ADI 4171	<p>Min. Ellen Gracie (p. 26-27):  ‘Todavia, é preciso considerar que o reconhecimento da invalidade do “estorno mediante recolhimento”, no bojo da sistemática de tributação adotada para os combustíveis, implicará prejuízo aos estados sedes das distribuidoras que não sejam ao mesmo tempo sede das usinas e local de consumo do combustível final. Estes estados sede de distribuidoras não conseguirão mais se ressarcir do ônus suportado. De um lado, sofrerão dedução do valor correspondente ao ICMS-diferido relativo ao álcool (AEAC) e ao biodiesel</p>	<p>Min. Ricardo Lewandowski (p. 37):  “Considerando, destarte, a segurança jurídica e o <b>excepcional interesse econômico</b> envolvidos na questão, entendo ser cabível a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade a ser eventualmente declarada por esta Corte, a fim de que esta decisão tenha eficácia após seis meses da publicação do acórdão.” (grifo nosso)</p>

		(B5) e, de outro, não receberão o repasse do ICMS sobre a gasolina C e sobre o óleo diesel B5. Por isso, proponho a modulação temporal dos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade a fim de que a presente decisão tenha eficácia a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, tempo em que poderão os estados adotar modelo diverso e que não gere a distorção demonstrada.”	
7.	ADPF 190	Min. Fachin (p. 61): “Senhora Presidente, essa é uma preocupação que assentei ao concluir o voto. <b>Temos aqui não apenas uma questão de uma certa consideração, de relevo, a própria higidez financeira e orçamentária do município, bem como questões atinentes às empresas, aos contribuintes. A demanda é de 2009, e, portanto, a Lei é anterior, e um lapso temporal expressivo. Entendo que há que se ter em conta esse lapso transcorrido, quando menos até o momento em que a</b>	Não há.

		<p><b>liminar foi deferida em dezembro do ano passado. De modo que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, estou propondo uma eficácia prospectiva, ou seja, proponho a fixação de uma eficácia ex nunc a essa declaração de inconstitucionalidade, delimitando, como termo inicial, a data da concessão da liminar.</b> A outra maneira de formular isso é fixar o termo inicial o exercício fiscal do ano em curso, porque a liminar foi concedida em 2015, os seus efeitos já se projetaram para 2016. Também estou de acordo e estou propondo que encontremos juntos a melhor formulação.” (grifos nossos)</p>	
8.	ADI 3796	<p>Min Gilmar (p. 34): “Tem-se lei que está em vigor há mais de dez anos, impugnada desde 12.9.2006 e com inclusão em pauta desde 2008. Há, portanto, razões de segurança jurídica e de interesse social a justificar a modulação dos efeitos no caso em exame para que a declaração de</p>	Não há.

		inconstitucionalidade produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento.”	
9.	ADI 4596	Não há.	Min. Barroso (p. 20): “Mas, de qualquer forma, neste momento, quer dizer, uma perda de receita com risco de repetições, nesse momento, eu acho que seria uma questão complicada” (p. 20)
10.	ADI 5467	Min. Fux (p. 19): “Nesse sentido, mercê das <b>razões de segurança jurídica dos contribuintes alcançados pelas normas ora analisadas</b> , proponho sejam modulados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, conferindo-lhes efeitos <i>ex nunc</i> , nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, a contar da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (29/3/2017), quando restou suspensa a aplicação dos dispositivos aqui declarados inconstitucionais.”	Não há.
11.	ADI 3984	Min. Fux (p. 27): “Entretanto, mercê das razões de segurança jurídica dos contribuintes alcançados pelas normas ora analisadas, proponho sejam	Não há.

		<p>modulados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do artigo 3º da norma impugnada, conferindo-lhes efeitos ex nunc, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, a contar da publicação da ata do presente julgamento. Destaco que nesse sentido tem se posicionado o Plenário desta Corte em casos similares, v.g.: ADI 2.663, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 29/05/2017; ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 11/3/2015, DJe de 19/5/2015.”</p>	
12.	ADI 3550	<p>Min Toffoli (p. 12): “Observo, contudo, estar o art. 12 da Lei estadual nº 4.546 em vigência desde 2005, de modo que, nesse período, foram efetivadas contribuições ao FAES, bem como processadas as respectivas compensações. Dessa forma, por razões de segurança jurídica, proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para que a decisão</p>	Não há.

		somente produza efeitos a partir desta sessão de julgamento.”	
13.	ADI 6074	Min. Rosa Weber (p. 15): “Configuradas as estritas condições materiais previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho do seu papel de Corte Constitucional, lançar mão do poder-dever de harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva, expressões que são do devido processo legal e do Estado de Direito. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que as decisões	Não há.

		<p>proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade têm natureza declaratória, e, portanto, resultam na pronúncia da nulidade ab initio da lei ou do ato normativo atacado. Eventuais efeitos prospectivos atribuídos à decisão, na esteira do que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99, devem derivar de manifestação expressa do Tribunal, por maioria de dois terços de seus membros, de modo que a ausência de pronunciamento categórico nesse sentido só pode ser interpretada no sentido de considerar como ex tunc os efeitos imprimidos à respectiva decisão. In casu, verifica-se que o ato normativo declarado inconstitucional no julgamento do presente feito – Lei nº 1.293, de 29 de novembro de 2018, do Estado de Roraima – não obstante viciado na sua origem, possibilitou a isenção do PVA a diversos beneficiários proprietários de veículos portadores de doenças graves,</p>	
--	--	--	--



		<p>de modo a inviabilizar o ressarcimento dos valores. Com efeito, a intangibilidade dos montantes integrados ao patrimônio deve ser resguardada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de se configurar situação de insegurança jurídica. A modulação dos efeitos da decisão, no caso, apresenta-se como necessária para proteger a confiança legítima que resultou na aplicação da lei e observa a boa-fé objetiva.”</p>	
14.	ADI 5469	<p>Min. Lewandowski (p. 174): “Penso, com a devida vênia, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal tem responsabilidade muito grande, como cabeça do Poder Judiciário brasileiro, de manter a hígidez e o equilíbrio das instituições. O instituto da modulação, a meu ver, prestigia não só este aspecto, mas sobretudo a segurança jurídica e a confiança legítima do cidadão.”</p>	<p>Min. Toffoli (p. 19): “Além do mais, é imprescindível recordar que a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, decorrem do objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais. Nesse sentido, a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam</p>

			antes da emenda constitucional.”
15.	ADI 5659 e ADI 1945 (julgamento em conjunto)	<p>Min. Toffoli (p. 159):  “ No voto que proferi anteriormente, havia proposto a modulação dos efeitos da decisão simplesmente para dotá-la de eficácia a partir da data da publicação da ata de julgamento, em prol da segurança jurídica, da boa-fé e da estabilidade das relações constituídas.”</p> <p>Min. Toffoli (p. 159):  “Esclareço que a modulação tem por objetivo considerar como bons os recolhimentos do ISS ou ICMS já realizados pelos sujeitos passivos em relação às operações com programas de computador. Com isso, proteger-se-iam os preceitos da Lei Complementar nº 116/2003 e das leis estaduais questionadas em ambas as ações diretas”.</p> <p>Min. Toffoli (p 160):  “Ou seja, a proposta de modulação aqui, em outras palavras, é para evitar que se abra uma discussão jurídica,</p>	<p>Min. Marco Aurélio – <b>voto divergente</b> (p. 186): “É possível, nesses processos objetivos, julgar-se, inclusive sem ouvir as partes, inúmeras ações em andamento? É possível, em penada única, liquidar-se as múltiplas, centenas, milhares de ações em curso e talvez já julgadas em primeira instância? A meu ver, não. A meu ver, há de observar-se a organicidade dinâmica do Direito, sem se pretender solucionar esses litígios, que são litígios subjetivos. O devido processo legal é medula do Estado Democrático de Direito e direciona no sentido de não se poder julgar uma ação sem ouvir os interessados. No bojo das duas ações diretas de inconstitucionalidade, estar-se-á julgando as múltiplas ações em curso, no território nacional, sem ouvir as partes interessadas e extinguindo os processos.”</p>

		<p>que será enorme, sobre repetição de indébito de ICMS para aqueles que recolheram esse imposto nos cinco anos anteriores. A propósito, nós não havíamos suspenso essa possibilidade em sede de cautelar. Então, penso que essa proposta é mais consentânea com a segurança jurídica, traz mais previsibilidade e evita discussões sobre a cobrança de tributos nos cinco anos anteriores.”</p> <p>Min. Toffoli (p. 163): “Modular os efeitos para se manterem hígidos os recolhimentos de ICMS já ocorridos até a véspera da data de publicação do julgamento, evitando-se, assim, as ações de repetição de indébito. O mesmo se daria em relação ao ISS; mantendo-se hígidos os pagamentos já efetuados até a véspera da publicação da ata de julgamento, até para evitarmos a discussão de repetição de indébito, que criaria milhares e milhares de ações na justiça.”</p>	
--	--	---	--

16.	ADI 5481	Min. Toffoli (p. 16): “Ponderando os interesses em conflito e prestigiando a segurança jurídica, bem como o interesse social, julgo que a ausência de modulação dos efeitos da decisão resultará em mais efeitos negativos nas já combatidas economia e finanças do Estado do Rio de Janeiro, os quais devem, a meu ver, ser evitados.”	Min. Toffoli (p. 16): “Ponderando os interesses em conflito e prestigiando a segurança jurídica, bem como o interesse social, julgo que a ausência de modulação dos efeitos da decisão resultará em mais efeitos negativos nas já combatidas economia e finanças do Estado do Rio de Janeiro, os quais devem, a meu ver, ser evitados.”
-----	----------	--	--