

MODULAÇÃO DE EFEITOS E STF: COMO O ARGUMENTO PRAGMÁTICO OU CONSEQUENCIALISTA DE CUNHO ECONÔMICO ESTÁ SENDO INSERIDO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA

MODULATION OF EFFECTS AND STF: HOW THE PRAGMATIC OR ECONOMIC CONSEQUENTIALIST ARGUMENT IS BEING INSERTED IN THE CONSTITUTIONAL TAX JURISDICTION

Resumo: Com a edição do artigo 27 da Lei 9.868/99, ao STF foi conferida a faculdade de, por maioria de dois terços de seus membros e com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, atribuir efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Entretanto, o referido dispositivo legal passou a enfrentar inúmeras críticas da doutrina, uma vez que possibilitou que fossem modulados os efeitos com base nos conceitos jurídicos indeterminados de segurança jurídica e de excepcional interesse social, situação que permite ao intérprete construir o significado de tais conceitos de acordo com o caso concreto, visto que eles não apresentam uma solução pronta e prefixada em lei. Essa discussão ganhou especial destaque em matéria tributária, na medida em que a modulação de efeitos passou a ser utilizada como instrumento de proteção das finanças estatais em detrimento de direitos fundamentais asseguradas ao contribuinte na Constituição. O objetivo dessa pesquisa visa responder em que medida a argumentação pragmática ou consequentialista de cunho econômico pode influenciar as decisões declaratórias de inconstitucionalidade do STF. Em suas conclusões, a pesquisa respondeu se seria adequado ao STF realizar a modulação temporal de efeitos em favor do Estado fundamentando sua decisão nas consequências econômicas que poderiam ser provocadas à saúde financeira do Poder Público.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal; segurança jurídica; excepcional interesse social; matéria tributária; argumentação pragmática ou consequentialista; modulação temporal de efeitos.

Abstract: With the enactment of article 27 of Law number 9.868/99, the Federal Supreme Court was authorized to, by a majority of two-thirds of its members and on grounds of legal certainty or exceptional social interest, assign prospective effects to declarative decisions of unconstitutionality. However, this legal provision came to face a number of criticisms by the doctrine, since it allowed the effects to be modulated based on vague legal concepts like “legal certainty” and “exceptional social interest”, a situation that allows the interpreter to construct the meaning of such concepts according to the concrete case, since they do not present a ready abstract solution in the law. This discussion has gained special attention in the area of taxation, because the modulation of effects can be used as an instrument of protection of the state finances in disregard of the fundamental rights and protections to the taxpayer held in the Constitution. The goal of this paper is to answer to what extent the pragmatic or consequentialist argumentation of an economic nature can influence the declarative decisions of unconstitutionality of the STF. In its conclusions, the research will seek to answer whether it would be appropriate for the Federal Supreme Court to effect temporal modulation of effects in favor of the State, basing its decision on the economic consequences that could be caused to the financial health of the Public Power.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Federal Court of Justice; legal certainty; exceptional social interest; tax matters; argumentation pragmatic or consequentialist; temporal modulation of effects.

Sumário: Introdução. 1. O argumento consequencialista ou pragmático nas decisões judiciais. 2 Critérios de argumentação jurídica. 3. Segurança jurídica e excepcional interesse social na jurisdição constitucional tributária. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional é um tema que sempre guardou grande complexidade, especialmente porque pressupõe uma adequada e coerente ligação entre distintos institutos e o estudo de diversas matérias que permitirão a resolução do caso concreto trazido no processo judicial. Ao tratar do tema jurisdição constitucional tributária no Supremo Tribunal Federal constantemente ocorre a associação aos institutos da segurança jurídica e da modulação temporal de efeitos. Essa ligação estaria diretamente relacionada com o fato de que a modulação de efeitos poderia, sob o pretexto de preservar a segurança jurídica, ser utilizada como um instrumento de proteção das finanças estatais nas decisões tributárias em detrimento de direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição. Nesse sentido, o presente estudo visa analisar o tema da segurança jurídica na jurisdição constitucional do STF, focando especificamente no posicionamento da Corte a respeito da utilização de argumentos pragmáticos ou consequencialistas de cunho econômico para realizar a modulação temporal de efeitos de decisões tributárias.

O problema de pesquisa proposto consiste em saber se o Supremo Tribunal Federal poderia fundamentar a modulação temporal de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidades de leis tributárias com base nas consequências econômicas que poderiam decorrer dessas decisões. Assim sendo, este trabalho pretende analisar em que medida a argumentação consequencialista de cunho econômico vem sendo inserida na jurisdição constitucional da Suprema Corte e como pode influenciar as decisões judiciais, através da verificação da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis tributárias. Nesse contexto, a pesquisa relaciona o tema da jurisdição constitucional com a modulação temporal de efeitos de leis tributárias inconstitucionais fundamentada em argumentos pragmáticos ou consequencialistas de cunho econômico trazidos nos processos judiciais, constituindo-se como os dois “pilares” do estudo que levarão ao caminho da solução do problema proposto.

Nesse sentido, o problema de pesquisa proposto consiste em saber se o Supremo Tribunal Federal poderia fundamentar a modulação de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidades de leis tributárias com base nas consequências econômicas que poderiam decorrer dessas decisões. Assim sendo, este trabalho pretende analisar em que medida a argumentação consequencialista de cunho econômico pode influenciar as decisões judiciais, através da verificação da possibilidade de o STF modular os efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis tributárias. Nesse contexto, a pesquisa relaciona o tema da modulação temporal de efeitos de leis tributárias inconstitucionais com o uso de argumentos pragmáticos ou consequencialistas de cunho econômico, constituindo-se como os dois “pilares” do estudo que levarão ao caminho da solução do problema proposto.

Para alcançar o objetivo acima mencionado, foi adotada majoritariamente como metodologia de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial, que serve de base para às soluções propostas ao problema de pesquisa e à conclusão do presente estudo. Esse estudo se justifica no fato de que o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico tem cada vez mais integrado a realidade dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando se trata da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias. Essa situação expõe o importantíssimo papel que a jurisprudência do STF vem desempenhando nesses últimos anos na solução de grandes questões constitucionais, especialmente ao firmar orientações relacionadas à crise econômica e política que passa este país.

Isso acontece por que a orientação do STF não pode ser no sentido de privilegiar demasiadamente o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico (“rombo” nos cofres públicos), pois, assim, o Tribunal passará a funcionar a partir da conveniência e oportunidade em decidir, o que não deve acontecer no Poder Judiciário, porquanto o Judiciário deve ter um certo desassombro em tomar decisões impopulares, pois ele não pode julgar (ou deixar de julgar) conforme o momento político que o país vive. É nesse complexo contexto em que vive o Supremo Tribunal Federal que repousa a questão da decisão de modular (ou não) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias, despertando inúmeras críticas da doutrina no sentido de que a utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico para fundamentá-la se tornaria em um instrumento de proteção aos desvios de finalidade e aos abusos no exercício do poder estatal unicamente para evitar um eventual prejuízo financeiro ao Estado.

Dessa forma, tais premissas permitirão conclusões a respeito da modulação de efeitos no caso examinado, respondendo se seria permitido ao Poder Público apropriar-se da

propriedade privada à revelia das limitações constitucionais ao poder de tributar. Responde-se também se é adequado permitir a modulação temporal de efeitos em favor do Estado diante de uma ilicitude causada por ele mesmo, à luz do princípio da boa-fé objetiva. Com isso, pretende-se contribuir para o debate sobre os parâmetros de realização da modulação temporal de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e a utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico nessas decisões judiciais.

1. O ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA OU PRAGMÁTICO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Nos últimos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem decidindo importantes questões constitucionais utilizando um raciocínio pragmático ou argumentos consequencialistas de cunho econômico, o que acabou gerando uma grande discussão acerca da legitimidade no emprego desses argumentos para fundamentar uma decisão judicial, especialmente quando envolve modulação temporal de efeitos. Com efeito, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 utiliza conceitos jurídicos indeterminados como requisitos materiais para a modulação, o que pressupõe uma certa liberdade para o intérprete empregar esse raciocínio pragmático ou consequencialista, ganhando grande relevância quando envolve leis tributárias, pois, nestes casos, o principal argumento utilizado para a não-repetição do indébito envolve consequências econômicas.

Com efeito, o pragmatismo é uma corrente política filosófica que se desenvolveu na experiência norte-americana a partir do final do século XIX como reação alternativa ao racionalismo e as teorias normativas da ação, podendo-se destacar, atualmente, como principais expoentes do ramo jurídico, Oliver Wendel Holmes Jr., Stephen Breyer e Richard Allen Posner. Essa corrente filosófica é formada pela primordial preocupação com as consequências práticas das decisões, tendo como matriz principal as ideias de antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo⁵⁰².

Sobre essa corrente, Arthur Leff⁵⁰³, ao analisar a obra de Posner “Economic Analysis of Law”, alerta que a teoria pragmática se baseia em pressupostos hipotéticos, não sendo de

⁵⁰² ANDRADE, Fabio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 41

⁵⁰³ LEFF, Arthur. Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism. **Faculty Scholarship Series**, paper 2820, New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3816&context=fss_papers>. Acesso em: 13 de ago. 2024. p. 457-458.

modo algum empírica. Daí que o julgador pragmático deve fazer uma análise das hipóteses possíveis de decidir o caso concreto, avaliando e comparando todas as consequências que poderiam ser provocadas por sua decisão para, após, escolher a decisão que provoque consequências menos gravosas⁵⁰⁴. Deste modo, mesmo se as decisões legislativas ou jurisprudenciais que foram tomadas no passado reconheçam determinado direito às pessoas, esses direitos podem não ser reconhecidos caso a decisão de concedê-los gere uma situação de injustiça ou ineficiência em um caso específico⁵⁰⁵.

Outrossim, é inegável que essa análise das consequências provocadas pelas decisões judiciais faça parte do processo interpretativo, porquanto, por mais que não se queira ou não se possa identificar, toda decisão judicial provoca consequências⁵⁰⁶ extrajurídicas e intrajurídicas⁵⁰⁷ e, dessa forma, não poderia se separar totalmente o processo de interpretação e fundamentação da decisão judicial da análise de suas consequências. Como esclarece Luis Fernando Schuartz⁵⁰⁸, é improvável que em um Estado Democrático de Direito prevaleça a ideia de que o magistrado deve ser reduzido a um aplicador inflexível e intransigente de regras de conteúdo semântico prefixado, o que leva a concluir que não é realista, tampouco provável, a total abstenção dos magistrados de considerar em suas decisões as consequências provocadas por elas e suas alternativas. Além disso, uma questão de vagueza linguística da norma jurídica demandará que o intérprete procure elementos que vão além do próprio texto normativo⁵⁰⁹, entre os quais estão as suas consequências.

Não obstante tal constatação, observa-se que, na atual sistemática constitucional, há a necessidade de universalização das decisões judiciais, de modo a tratar casos semelhantes de

⁵⁰⁴ CEZAROTI, Guilherme. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações das Decisões do STF. **Revista Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. Valdir de Oliveira (coord.) 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152. p. 137.

⁵⁰⁵ GODOI, Marciano Seabra de. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações dos Efeitos das Decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 286-320. p. 289.

⁵⁰⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 19 de jul. 2024. p. 141.

⁵⁰⁷ As consequências intrajurídicas são aquelas que estão dentro do contexto jurídico, ou seja, essas consequências estão previstas dentro do direito; já as consequências extrajurídicas transcendem a esfera jurídica, possuindo uma outra natureza, como econômica, sociológica ou de qualquer outra matéria. (CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 6, n. 3, p. 04-27, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/1646>>. Acesso em: 06 de out. 2024. p. 21).

⁵⁰⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, 2008. p. 130-158. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 19 de jul. 2024. p. 141.

⁵⁰⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211. p. 204.

modo similar em respeito à segurança jurídica e à igualdade, visto que as decisões judiciais possuem como consequências lógicas não apenas a constituição de relações jurídicas, mas também a obrigatoriedade de todos observarem o padrão normativo criado por ela, impondo que somente sejam afastadas por boas razões⁵¹⁰, muito bem fundamentadas. Contudo, deve-se destacar que a consideração das consequências fáticas de uma decisão judicial pode ser influenciada pela educação, pelo ambiente familiar e pela visão de mundo, que, no caso da sociedade brasileira que possui múltiplas condições socioambientais, não é una, e isso com certeza interfere nos pronunciamentos judiciais⁵¹¹, caso as consequências sejam o único parâmetro de decisão. Aliás, diferentes juízes avaliam as consequências práticas de suas decisões de forma diferente⁵¹². Assim, no plano prático, a adoção do ponto de vista das consequências econômicas como parâmetro único de decisão provoca, sem sombra de dúvidas, uma maior imprevisibilidade nas decisões judiciais.

A despeito disso, observa-se que o argumento consequencialista de cunho econômico vem sendo utilizado em algumas decisões do STF como parâmetro principal de fundamentação de aplicação da modulação de efeitos, o que acarreta uma grande preocupação, na medida em que afasta a excepcionalidade da utilização do referido instituto, especialmente na área tributária, em que, muitas vezes, é utilizado de modo a proteger as finanças estatais em detrimento dos direitos fundamentais dos contribuintes. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento da ADI nº 2669/DF, ocorrido em 05 de fevereiro de 2014, que, embora vencido, defendeu a aplicação da modulação temporal de efeitos em virtude de que a reversão do longo tempo de cobrança do ICMS pelos Estados Federados colocaria em perigo as finanças públicas de diversos Estados, que se veriam obrigados a devolver tributos recolhidos por expressivo período de tempo, o que implicaria verdadeiro atentado à segurança jurídica⁵¹³.

Constata-se, dessa maneira, que o principal problema da utilização do consequencialismo jurídico nas decisões judiciais está relacionado à construção de sua fundamentação e ao critério de valoração perante outros argumentos, especialmente quando se

⁵¹⁰PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. P. 28.

⁵¹¹ CEZAROTI, Guilherme. O Consequencialismo jurídico e as modulações da decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152. p. 137.

⁵¹² POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Cambridge: Havard University Press, 2010. p. 249.

⁵¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2669/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630079> >. Acesso em 21 jul. 2024. p. 65.

fala em modulação de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade que, como já visto, necessitam de uma fundamentação consistente. Dessa forma, passe-se a analisar os critérios de análise acerca do uso do argumento consequencialista na interpretação jurídica.

2. CRITÉRIOS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A modulação de efeitos deve ser realizada através do método da ponderação, em que o aplicador sopesa os valores constitucionais que justificam a manutenção dos efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional e os valores constitucionais que fundamentam a exclusão do ato inconstitucional e seus efeitos. Ademais, o magistrado deve decidir sem arbitrariedade, sempre procurando fundamentar sua decisão, não se podendo deduzir que haja um campo livre para as convicções morais subjetivas dos aplicadores do direito⁵¹⁴. Nesse contexto, observa-se que é necessário definir critérios argumentativos que definam o peso de cada argumento, de forma a guiar o julgador na relação de prevalência entre os bens jurídicos em conflito no caso específico, para que, assim, ele possa encontrar a melhor solução do ponto de vista constitucional.

De qualquer forma, constata-se que é imprescindível que a fundamentação da modulação de efeitos seja baseada em valores constitucionais que se mostrem mais relevantes que a nulidade da norma declarada incompatível com a Constituição, não podendo o STF utilizar uma fundamentação exclusivamente política. Isso significa que o motivo de atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* seria unicamente o de preservar esses direitos constitucionais que seriam atingidos e que, assim, seria provocado um prejuízo maior do que atribuir efeitos retroativos a edição da norma inválida. Dessa forma, como se percebe, a modulação de efeitos somente pode ser operada em favor da proteção de direitos constitucionais e nunca de forma a prejudicá-los⁵¹⁵. Nesse sentido, a Professora Ana Paula Ávila assevera que:

Com isso, pretende-se afirmar que a manutenção dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional somente está autorizada quando esses efeitos se produzirem em benefício do indivíduo. O prejuízo – sob qualquer pretexto – da liberdade, da igualdade, da segurança, da propriedade ou de qualquer outro direito que a própria Constituição designe como fundamental, jamais encontrará abrigo legítimo na faculdade que o art. 27 da Lei 9.868/99, conferiu ao Supremo Tribunal Federal. Este, enquanto souber utilizá-lo apoiado na própria Constituição que lhe

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 40.

⁵¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 595.

incumbe guardar, usará deste poder que a lei lhe conferiu justamente para garantir a supremacia da Constituição em sua integridade⁵¹⁶.

Sendo assim, o STF deve expor exaustivamente os fundamentos que legitimam a modulação de efeitos, de modo a demonstrar que, com essa decisão, o Tribunal estará apenas preservando, com fundamento em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, direitos constitucionais que se concretizaram durante a vigência da norma inválida. Ocorre que, a despeito disso, verifica-se que o STF em muitos casos se furtou de expor de forma clara os motivos que levaram a concluir que os argumentos utilizados provocariam insegurança jurídica ou seria o caso de excepcional interesse social⁵¹⁷, limitando-se a indicar tais institutos jurídicos, visto que tais expressões são indeterminadas, não havendo qualquer referência que as consequências da decisão poderiam provocar qualquer insegurança jurídica ou que seria um caso de excepcional interesse social.

Isso aconteceu, por exemplo, no caso do julgamento da ADI nº 4628/DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Em seu voto, o Relator Ministro Luiz Fux se limitou a afirmar que votava por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressaltando as ações já ajuizadas⁵¹⁸. No referido caso, nota-se que, além da falta de fundamentação, a Constituição foi colocada em um segundo plano, o que, aliás, levou o Ministro Marco Aurélio se manifestar no seguinte sentido:

Por isso, entendo que o caso mostra-se emblemático quanto à impossibilidade de chegar-se à modulação. E, perdoem-me a expressão carioca, houve uma cara de pau incrível, no que se estabeleceu esse protocolo, colocando-se, em segundo plano, o documento básico da República, a Constituição Federal, que precisa ser mais amado, principalmente pelas unidades da Federação. Que se aguarde a reforma tributária, porque proceder-se a essa reforma mediante simples protocolo é passo demasiadamente largo⁵¹⁹.

⁵¹⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 71.

⁵¹⁷ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 159.

⁵¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046> >. Acesso em: 14 de jul. 2024. p. 29.

⁵¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <

Situação análoga ocorreu no RE nº 680.089/SE, em que o Estado do Sergipe interpôs Recurso Extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do respectivo Estado que entendeu por conceder segurança ao contribuinte em mandado de segurança preventivo. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sequer fez referência aos conceitos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, limitando-se a dizer que modulava os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tomando por base a concessão da liminar na ADI nº 4628/DF. Todavia, nos debates entre os Ministros, ficou claro que a principal preocupação deles, que os levou a decidir pela modulação de efeitos, seriam as consequências financeiras que os Estados poderiam sofrer⁵²⁰.

Ocorre que o argumento consequencialista de cunho econômico não pode ser o parâmetro de aplicação de modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, mas apenas pode ser utilizado de modo cumulativo ou como mero reforço dos princípios constitucionais envolvidos na questão, pois a Constituição Federal sempre deve ocupar o papel de parâmetro principal nessa decisão. Ademais, os magistrados devem ser muito cuidadosos ao construir uma fundamentação baseada nas consequências das decisões judiciais, de modo a sempre colocar a argumentação consequencialista em seu devido lugar na interpretação jurídica. Nesse sentido, Ronald Dworkin assevera que:

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais e políticas⁵²¹.

Entretanto, mesmo os Ministros do STF que sempre destacaram a necessidade de fundamentar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em outra norma constitucional, muitas vezes fundamentam seus motivos em consequências econômicas e financeiras para fundamentar aplicação do referido instituto⁵²². Esta situação ficou evidente no caso do AI nº 582.280/RJ, em que, mesmo após declarar em seu voto que o tribunal não pode

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046> >. Acesso em: 14 de jul. 2024. p. 36.

⁵²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 680.089/SE. Recorrente: Estado do Sergipe. Recorrido: B2W – Companhia Global do Varejo. Amicus Curiae: Estado de São Paulo Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393448> >. Acesso em: 14 de jul. 2024. p. 20-23.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 148.

⁵²² VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 158.

afastar a tradicional regra de atribuição de efeitos *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade com base em fundamento de política judiciária, o Ministro Gilmar Mendes baseou-se no motivo de que não há repercussão financeira para afastar a modulação de efeitos da decisão, conforme segue:

Não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 8 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

E o que é mais importante, as decisões do STF contrárias à forma como o Município do Rio de Janeiro lançava e cobrava o IPTU são de 31 de março e de 7 de dezembro de 2000 (RR EE 248.892 e 265.907).

Assim, declaro a não-recepção das normas de IPTU do Município do Rio de Janeiro, aqui questionadas, com base nos precedentes citados, e não outorgo efeitos meramente prospectivos à referida não recepção, porque não tenho como demonstrada a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso⁵²³.

Assim, *a contrario sensu*, segundo o Ministro Gilmar Mendes, caso houvesse repercussão econômica para o Poder Estatal neste caso analisado, estaria autorizada a aplicação do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, o que é contrário à natureza jurídica da modulação de efeitos, porquanto tal instituto visa evitar casos em que a retroatividade dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade geraria situações ainda mais inconstitucionais, dando, nesse sentido, efetividade à supremacia constitucional. Isso já não ocorreria com adoção do referido argumento, já que apenas as consequências econômicas não poderiam justificar a modulação de efeitos, “pois não há norma constitucional que veicule o direito do Estado de invocar motivos de ordem financeira para não devolver valores erroneamente arrecadados”⁵²⁴. Portanto, não haveria norma constitucional contrariada se o Município do Rio de Janeiro sofresse um grave impacto financeiro com a devolução dos tributos arrecadados de forma inconstitucional, motivo pelo qual o fundamento do Ministro Gilmar Mendes não poderia justificar a aplicação da modulação de efeitos, posto que se baseia exclusivamente em argumentos consequencialistas de cunho econômico. Dessa forma, essas situações corroboram com a conclusão da Professora Ana Paula Ávila no sentido de que:

⁵²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI n. 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216> >. Acesso em: 14 de jul. 2024. p. 27-28.

⁵²⁴VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 159.

Finalmente, é preciso perceber que, quando está em jogo a Constituição, um problema ainda mais grave se põe: admitir-se que ela seja atropelada pelo argumento meramente político, consequencialista ou pragmático, coloca em risco as próprias instituições, levando a uma ruptura estrutural que transcende à relação política e direito⁵²⁵.

Entretanto, como pode ser observado, o grande problema com que se depara o julgador para construir uma argumentação racional, indo além de sua simples opinião ou de razões meramente políticas, encontra-se na determinação de um procedimento de construção argumentativa. Nesse sentido, embasando tal constatação, Robert Alexy⁵²⁶ entende que a argumentação jurídica racional dá-se mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas.

Nesse sentido, apresentando uma proposta de solução ao referido problema, destaca-se que o Professor Humberto Ávila, analisando o uso da argumentação jurídica em estudo sobre a imunidade constitucional do livro eletrônico, apresentou a tese da prevalência do argumento institucional sobre o não-institucional, como forma de definir o peso de cada argumento na interpretação jurídica. Sendo assim, para fins deste estudo, ressalta-se que, entre os diversos argumentos levantados pelo referido autor em seu trabalho, a análise do argumento “prático da questão”⁵²⁷ que, diante da evidente proximidade com o conceito de argumento consequencialista ou pragmático, ambos serão tratados como equivalentes ou sinônimos neste trabalho.

Em seu estudo, o professor Humberto Ávila analisa diversos argumentos empregados pela doutrina para debater a imunidade tributária aos livros eletrônicos, estando de um lado parte da doutrina que defende o enquadramento do “livro eletrônico” na imunidade constitucional assegurada aos livros, jornais e periódicos, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal e, de outro lado, a parte da doutrina que defende que os “livros eletrônicos” não são livros, uma vez que não são organizados e encadernados em folhas de papel e, por isso, não gozam da referida imunidade tributária. Nesse contexto, Humberto Ávila divide os argumentos empregados na interpretação jurídica em argumentos institucionais e não-institucionais, sendo que os argumentos institucionais são definidos como

⁵²⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 122.

⁵²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 280.

⁵²⁷ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024. p. 18.

aqueles determinados por “atos institucionais — parlamentares, administrativos, judiciais —, [que] têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação”⁵²⁸. Enquanto que os argumentos não-institucionais são definidos como aqueles “decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação”⁵²⁹.

Sendo assim, analisando o estudo de Humberto Ávila, os argumentos práticos estariam classificados como argumentos não-institucionais e, dessa forma, “nunca serão conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo”⁵³⁰. No referido estudo, Humberto Ávila defende que a doutrina constrói etapas na argumentação jurídica, em que “só se recorre à próxima etapa se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação”⁵³¹. Em seguida, o autor formula um quadro explicativo das etapas sucessivas das possíveis argumentações, começando pelos argumentos linguísticos e sistemáticos (que, segundo o autor, estão unidos), seguidos, sucessivamente, pelos argumentos temáticos, históricos, genéricos e, por último, os práticos⁵³².

Verifica-se, assim, que o Professor Humberto Ávila coloca o argumento prático ou consequencialista (não institucional) em último lugar dentre os grupos de argumentação e, dessa forma, atribui-lhes o menor peso de valoração, devendo ser utilizado depois de percorridos todos os argumentos jurídicos (os institucionais) centrais; além disso, deve ser escolhido o argumento não-institucional mais coerente com os princípios constitucionais axilógicamente sobrejacentes à norma interpretada⁵³³. Essas exigências na construção da

⁵²⁸ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024. p. 07.

⁵²⁹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024, p. 07.

⁵³⁰ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024. p. 18.

⁵³¹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024. p. 21.

⁵³² ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024. p. 21.

⁵³³ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <

argumentação jurídica são justificadas no dever de obediência ao Estado Democrático de Direito que “exige do uso de argumentos a motivação expressa em fundamentos justificáveis frente ao ordenamento jurídico em favor de crescente intersubjetividade da interpretação”⁵³⁴. Em conclusão, para os fins que interessam ao presente estudo, os argumentos que podem ser utilizados na construção da interpretação jurídica de uma questão não possuem a mesma valoração.

Desse modo, percebe-se que não é vedado ao magistrado utilizar argumentos consequencialistas para fundamentar a aplicação da modulação de efeitos, mas esses argumentos apenas podem ser utilizados de modo cumulativo ou como reforço dos princípios constitucionais envolvidos, de modo a maximizar os valores em questão⁵³⁵. Nessa mesma linha de pensamento, em estudo acerca de modulação temporal de efeitos, Ana Paula Ávila refere que os argumentos consequencialistas “têm uma força meramente cumulativa, no sentido de que somente podem ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais, a título de reforço”⁵³⁶, porquanto eles são manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses na questão.

Isso se justifica no fato de que, muitas vezes, os argumentos consequencialistas possuem natureza política, possuindo, nesse sentido, uma relação muito próxima com o direito, devendo-se identificar e estabelecer o lugar de cada um, visto que uma fundamentação política estará bem situada em uma proposta de lei encaminhada ao Poder Legislativo ou em alguma discussão do Poder Executivo. Todavia, esta fundamentação política não encontrará espaço em um processo de justificação judicial, já que nesta fundamentação deve prevalecer a norma jurídica, ao menos em uma democracia que se pretenda ser constitucional, somente podendo abrir espaço para o argumento político na condição de secundário⁵³⁷. De fato, ao contrário dos demais Poderes, o Poder Judiciário não pode decidir de acordo com os ditames de conveniência e oportunidade, mas sempre de acordo os valores e as determinações

http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO.-AVILA.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2024. p. 29.

⁵³⁴ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.111.

⁵³⁵ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **University of Chicago Law Occasional Paper**, Chicago, N. 44, p. 03 – 22, jan. 2005. Disponível em: <
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers >. Acesso em: 17 de ago. 2024. p. 04.

⁵³⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 120.

⁵³⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 120-121.

constitucionais⁵³⁸. Contudo, se a orientação do Supremo Tribunal Federal for no sentido de privilegiar demasiadamente o argumento consequencialista de natureza política, ele passará a funcionar como uma espécie de “segunda instância do governo”⁵³⁹, o que provocará graves danos à Democracia e ao sistema constitucional como todo.

Portanto, não se está ignorando que o Supremo Tribunal Federal (ou todo o Judiciário) possui a função institucional de dialogar com os demais poderes (legislativo e executivo) e com a sociedade acerca das consequências práticas de suas decisões, mas deve-se deixar claro que o parâmetro principal das decisões do STF deve ser sempre a Constituição Federal e, por isso, é compreensível que o magistrado leve em consideração as consequências de suas decisões, mas, de maneira alguma, ele está livre para decidir, baseando-se tão somente na avaliação das melhores consequências, sem qualquer compromisso com os valores constitucionais – especialmente quando as consequências desconsideram os bens jurídicos neles tutelados, como são os direitos dos contribuintes em face da modulação em matéria tributária.

Contudo, no julgamento dos Embargos de Declaração da ADI nº 3106/MG, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, ocorrido em 20 de maio de 2015, oportunidade em que o embargante (Governador do Estado de Minas Gerais) requereu que fossem sanadas omissões e contradições do acórdão embargado, bem como fossem atribuídos efeitos *ex nunc* à decisão que julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, o referido Ministro fundamentou a aplicação da modulação de efeitos no fato de que a concessão de efeitos retroativos à decisão da Corte implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo, o que provocaria repercussão negativa na saúde financeira do Estado⁵⁴⁰.

Nota-se que os danos financeiros que o Estado poderia sofrer não foram apresentados como adicional a um argumento jurídico, mas como fundamento único para a modulação temporal de efeitos. Dessa forma, ao modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, sem qualquer razão jurídica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou demonstrando que é sensível ao argumento consequencialista de rombo aos cofres

⁵³⁸ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade:** a modulação dos efeitos temporais: teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 445.

⁵³⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em Matéria Tributária:** O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.178.

⁵⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3106 ED/MG. Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de maio de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116198>>. Acesso em: 15 de jul. 2024.

públicos em detrimento de argumentos jurídicos e da proteção dos direitos e garantias constitucionais.

Portanto, o argumento consequencialista de cunho econômico até poderia ser legitimamente utilizado para fundamentar a aplicação da modulação de efeitos, mas não da forma que o STF utilizou no julgamento dos Embargos de Declaração da ADI nº 3106/MG. O papel do consequencialismo é o de reforço de um argumento jurídico constitucional, porquanto consequências econômicas devem estar subordinadas a esses argumentos. Isso ocorre por que a utilização de argumentos econômicos de forma autônoma para modular os efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade não é compatível com a Constituição, pois ela não permite que direitos e garantias constitucionais sejam restringidos em virtude de consequências econômicas.

Além disso, a modulação temporal de efeitos só pode ser permitida se for embasada em normas constitucionais e, por isso, o argumento consequencialista de cunho econômico deve ser apenas seu reforço na fundamentação, porquanto somente a demonstração de que a atribuição de efeitos retroativos provocaria uma situação ainda mais inconstitucional do que manter os efeitos do ato inconstitucional permite a modulação de efeitos. Por outro lado, a modulação de efeitos de lei tributária inconstitucional em desfavor do contribuinte ainda apresenta alguns problemas que tocam a segurança jurídica e ao excepcional interesse social, os quais passam a ser analisados no próximo capítulo.

3. SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA

As expressões “razões de segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99 como requisitos materiais de aplicação da modulação de efeitos, são consideradas conceitos jurídicos indeterminados. Essa condição gera uma grande discussão se esses conceitos poderiam ser utilizados de forma ampla, desembocando, inclusive, na aceitação irrestrita das chamadas “razões de Estado” como fundamento para a aplicação da modulação de efeitos de leis tributárias declaradas inconstitucionais⁵⁴¹. Nesse sentido, passa-se a analisar a incidência de tais conceitos jurídicos indeterminados na seara tributária.

⁵⁴¹ CEZAROTI, Guilherme. O consequencialismo jurídico e as modulações das decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152. p. 145.

Assim, embora não haja uma definição clara e incontroversa acerca do conceito de segurança jurídica, esse é um princípio jurídico que está relacionado intimamente com a proteção da confiança do cidadão⁵⁴². Nesse sentido, destaca-se o julgamento dos embargos de declaração do RE nº 377.457/PR, em que, não obstante o STF tenha entendido por manter a decisão por não modular os efeitos, restou evidente no voto da Ministra Rosa Weber que a segurança jurídica em matéria tributária está relacionada com a confiança e com a previsibilidade do contribuinte na lei, nos atos administrativos e na jurisprudência⁵⁴³.

Dessa maneira, a origem da segurança jurídica está relacionada com os direitos fundamentais e, portanto, é um princípio protetivo dos direitos do cidadão contra o Estado, visto que é o contribuinte que deve confiar nas leis e na jurisprudência e, por este motivo, conclui-se que a segurança jurídica não pode ser aplicada em desfavor do cidadão, já que o Estado possui poder para criar e aplicar as leis e, assim, não há confiança depositada pelo Estado em determinada lei que foi frustrada⁵⁴⁴. Entretanto, essa proteção da confiança não pode ser confundida com a proteção da confiança orçamentária, porquanto, como já foi visto, a proteção da confiança do cidadão é fundamentada em direitos fundamentais, enquanto a proteção da confiança orçamentária do Estado pressupõe justamente o contrário, na medida em que corresponde a uma restrição a direitos fundamentais⁵⁴⁵. Nesse mesmo sentido, Misabel Derzi, concluindo sua obra sobre modificações da jurisprudência no direito tributário, afirma que a proteção da confiança só pode ser alegada pelo cidadão:

O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição a Administração Pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança⁵⁴⁶.

⁵⁴² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. **Revista Direito do Estado**, n. 164, 2016. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 377.457 ED/PR. Embargante: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados associados S/C e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Embargado: União. Relator: Ministro Rosa Weber. Relator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 19 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060803> >. Acesso em: 05 de ago. 2024.

⁵⁴⁴ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 157-158.

⁵⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 567. p. 569.

⁵⁴⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 604.

Contudo, em algumas decisões do STF a segurança jurídica não foi empregada nesse mesmo sentido, podendo-se destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento da ADI nº 2669/DF, ocorrido em 05 de fevereiro de 2014, ocasião em que deferiu a modulação de efeitos em virtude de que a reversão do longo tempo de cobrança do ICMS pelos Estados Federados colocaria em perigo as finanças públicas de diversos Estado que se veriam obrigados a repetir tributos recolhidos por expressivo período de tempo, o que implicaria verdadeiro atentado à segurança jurídica⁵⁴⁷. Nota-se que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes empregou o princípio da segurança jurídica em desfavor do cidadão, sendo, inclusive, utilizado para assegurar a não devolução dos valores cobrados indevidamente pelo Fisco por meio da modulação de efeitos, o que prejudicaria o contribuinte. Ocorre que o princípio da segurança jurídica não poderia ser utilizado para fundamentar uma proteção dirigida ao Estado, porquanto é o contribuinte que deve confiar nas leis criadas pelo Estado⁵⁴⁸ e, assim, a segurança jurídica, como direito fundamental, deve ser invocada somente em sua proteção e não da Administração Tributária, ao contrário do que ocorreu neste caso. A propósito, Humberto Ávila esclarece que:

Os fundamentos principais do princípio da proteção da confiança são os direitos fundamentais. Sendo assim, logo de saída existe um empecilho fundamental para identificação do mencionado princípio da proteção da confiança: o Estado não tem direitos fundamentais, antes possui o dever de concretizá-los; os direitos fundamentais pressupõem um “substrato pessoal”, vinculado à dignidade humana, inexistente no caso do Estado. Não por outro motivo que o princípio da proteção da confiança serve de limitação em favor do cidadão e contra o Estado, e não em favor do Estado e contra o cidadão. A essa constatação se chega pelo exame dos direitos fundamentais como sendo direitos “individuais” ou “do cidadão”. Vale dizer: os direitos fundamentais são instrumentos de defesa contra a atuação estatal criando deveres de proteção em favor do indivíduo, e não o contrário. Essa orientação protetiva é reforçada no âmbito do Direito Tributário, em que os direitos fundamentais de igualdade e de propriedade e as regras de irretroatividade e de anterioridade foram positivados como “limitações ao poder de tributar”⁵⁴⁹.

De outra banda, essa segurança jurídica, que está relacionada com a confiança e com a previsibilidade do contribuinte na lei, é normalmente ligada à noção de boa-fé objetiva, porquanto tais institutos jurídicos implicam em coerência com uma conduta precedente⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2669/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630079> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 65.

⁵⁴⁸ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 157.

⁵⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 567.

⁵⁵⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. **Revista Direito do Estado**, n. 164, 2016. Disponível em <

Assim, tendo em vista que o Estado é o responsável por instituir o tributo inconstitucional, verifica-se que não poderia, no futuro, beneficiar-se com esse tributo declarado inconstitucional, em virtude do simples motivo de que o Estado estaria se beneficiando de uma ilicitude causada por ele mesmo, enquadrando-se no instituto da *tu quoque*, ou seja: a cláusula da boa-fé que impede que alguém tire proveito da própria torpeza⁵⁵¹. Segundo Ana Paula Ávila⁵⁵², a cláusula da *tu quoque* é um importante aspecto do princípio da boa-fé, de modo que o artigo 27 da Lei 9868/99 não pode ser invocado para beneficiar o Estado, mas tão só ao indivíduo ou à sociedade, simplesmente por que foi o próprio Estado o criador da situação de inconstitucionalidade. Seguindo esta mesma linha de pensamento, a fundamentação do voto Ministro Luiz Fux, proferida no julgamento da ADI nº 4425 QO/DF, foi no sentido de que:

[...] 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 inválido⁵⁵³.

Não obstante as bem lançadas razões de decidir do Ministro Luiz Fux neste caso, a análise da fundamentação do voto acima mencionado também demonstra que um dos grandes problemas da utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico para modular os efeitos de decisão é a falta de critérios de interpretação do artigo 27 da lei 9.868/99, justamente por que permite que os ministros do Supremo Tribunal Federal acabem proferindo decisões sem uma linha de coerência com suas próprias condutas precedentes, o que afasta qualquer segurança jurídica na utilização do referido argumento. Nesse contexto,

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 568.

⁵⁵² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. **Revista Direito do Estado**, n. 164, 2016. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁵⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4425 QO/DF. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. Amicus Curiae: Estado do Pará. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259> >. Acesso em 21 jul. 2024. p. 12-13.

observa-se que o Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI nº 3106, antes analisado neste trabalho, votou por modular os efeitos da decisão em razão dos prejuízos financeiros que o Estado poderia sofrer com atribuição de efeitos *ex tunc* na decisão declaratória de inconstitucionalidade. Contudo, o próprio Fux votou por não modular a decisão no ponto que se tratava da compensação de precatórios unilateralmente (em benefício da Fazenda) sob o fundamento de que o Estado estaria se beneficiando de uma ilicitude provocada por ele mesmo. Ocorre que ambas as leis declaradas inconstitucionais foram editadas pelo Estado e aplicadas por ele e, em ambos os casos, alegou-se prejuízos financeiros para o Poder Público, esperando-se, desse modo, que o Ministro fundamentasse as duas decisões no mesmo sentido.

Além disso, se o STF simplesmente adotar o argumento consequencialista de cunho econômico para modular os efeitos de suas decisões, os Ministros estariam consolidando uma situação inconstitucional provocada pelo Estado, pois eles passariam a admitir que quanto maior for a arrecadação, ou seja, maior a inconstitucionalidade (seja em virtude do tempo em que a legislação inconstitucional foi aplicada, seja em razão do valor efetivamente cobrado), e, conseqüentemente, maior será o prejuízo estatal, maior será a chance do STF modular os efeitos dessa decisão⁵⁵⁴, provocando, assim, um desvirtuamento nas funções institucionais do Supremo. Assim, a modulação de efeitos se transformaria em um prêmio ao Estado por ter conseguido exigir um tributo inconstitucional por um determinado período, tornando-se um estímulo a descumprir a Constituição⁵⁵⁵. Nesse sentido, destaca-se a advertência do Ministro Marco Aurélio, proferida no julgamento da ADI nº 3660/MS:

[...] tenho revelado preocupação com o fato de se modular as decisões judiciais, levando mesmo a um quase estímulo a descumprir-se o ordenamento jurídico, a descumprir-se a Constituição Federal, apostando-se na morosidade da Justiça e na circunstância de, somente tempos após – e a lei em exame é de 2005, mas há leis anteriores -, vir o Supremo a pronunciar-se a respeito. Entendo que, principalmente em casos flagrantes, como é o presente, de conflito da norma com a Constituição Federal, não cabe modulação. Deve ela ser reservada a situações especiais, situações de repercussão maior no campo social⁵⁵⁶.

Dessa maneira, o Estado, aquele que instituiu o tributo inconstitucional, não poderia futuramente se beneficiar com os resultados daquele tributo inválido, por ter sido ele próprio o responsável pela situação de inconstitucionalidade. Do contrário, estaria se beneficiando de

⁵⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 577.

⁵⁵⁵ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 156.

⁵⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3660/MS. Requerente: Procurador-Geral da República.

Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de março de 2008. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829> >. Acesso em 21 jul. 2024. p. 30.

uma ilicitude causada por ele mesmo, o que é inadmissível sob o ponto de vista da boa-fé objetiva, pois permitiria que o causador da ilicitude pudesse se beneficiar de sua própria torpeza. Sendo assim, a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional, especialmente quando esses efeitos são valores financeiros expressivos, funciona como uma espécie de encorajamento à edição de novas normas inconstitucionais⁵⁵⁷, tornando a modulação de efeitos de leis tributárias inconstitucionais uma nova e promissora fonte de receitas, muito mais cômoda que qualquer outro tributo, já que estes não precisam respeitar qualquer regra de limitação constitucional ao poder de tributar⁵⁵⁸.

Ademais, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias tornará a edição de leis inconstitucionais muito mais vantajosa para o Estado do que seguir as regras estabelecidas pela Constituição ao poder de tributar. Nesse sentido, observando que nos mercados financeiros os indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios, Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama⁵⁵⁹ elaboraram um estudo relacionando o consequencialismo jurídico ao raciocínio econômico e, assim, concluíram que raciocínio consequencialista nas decisões judiciais é muitas vezes econômico no sentido de que esses precedentes criam incentivos a realizar uma determinada prática.

Entretanto, mesmo nos estudos de direito e economia, constata-se que a maximização da riqueza não pode ser o único objetivo a ser alcançado na formulação de políticas econômicas, embora se admita que este objetivo ocupe um papel importante nesta área. Porém, em determinadas situações, deve-se escolher outros valores, como a moral, os direitos fundamentais, a justiça processual e a cultura, devendo-se adotar escolhas adequadas aos casos concretos⁵⁶⁰. Assim, no caso da modulação de efeitos de leis tributárias inconstitucionais, essa análise precisa ser cautelosa, porquanto o custo da aplicação do referido instituto jurídico seria a violação de direitos fundamentais do cidadão e falta de incerteza se o Estado estaria respeitando os limites impostos pela Constituição ao poder de tributar. Nesse sentido, observa-se que a adoção de uma teoria decisional consequencialista

⁵⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 577.

⁵⁵⁸ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 13.

⁵⁵⁹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, 2013. p. 95-144. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em: 19 de jul. 2024.

⁵⁶⁰ OGUS, Anthony. **Law and Economics in the Legal Academy or What I Should Have Said to Discipulus**. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528998 >. Acesso em: 20 de ago. 2024. p. 07-08.

para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias, desprovida de uma rigorosa limitação, é incompatível com o princípio da segurança jurídica, em virtude do custo causado pela falta de certeza que tais decisões proporcionam⁵⁶¹ e pela violação a direitos fundamentais do cidadão.

Por outro lado, assim como a segurança jurídica, o artigo 27 da Lei 9.868/99 traz o termo “excepcional interesse social” como outro requisito material para a modulação de efeitos, possuindo também um conceito abstratamente indeterminado. Trata-se de conceito ambíguo e que desperta grande preocupação entre aqueles que enfrentaram o tema, pois deve-se fixar a ideia de que tal conceito jurídico não se confunde com o interesse da Administração Pública ou do Estado, mas sim dos administrados e da sociedade⁵⁶². Não obstante essas preocupações, Emília Maria Velano⁵⁶³ afirma que, quando se trata de matéria tributária, normalmente o conceito de interesse social é confundido com interesses de arrecadação do Fisco.

De fato, é através da tributação que o Estado adquire meios para executar as políticas públicas, mas não se pode confundir excepcional interesse social com interesse de arrecadação estatal, pois, em um Estado Democrático de Direito, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em virtude de excepcional interesse social deve ser justificada por normas constitucionais⁵⁶⁴. Dessa maneira, o Tribunal somente poderia fundamentar a aplicação da modulação de efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social se este interesse estiver relacionado com os direitos fundamentais, estando incluído nestes os direitos sociais⁵⁶⁵ e, assim, a mera ameaça de insolvência da Fazenda Pública não é suficiente para configurar um excepcional interesse social. Nesse sentido, destaca-se o julgamento dos embargos de declaração do RE nº 595.838/SP, oportunidade em que a União requereu a modulação de efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 22, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.876/99. Nesse julgamento, o voto do Ministro Dias Toffoli por indeferir o pedido de modulação temporal de efeitos foi elucidativo:

⁵⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 584.

⁵⁶² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 164.

⁵⁶³ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 132.

⁵⁶⁴ VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 133.

⁵⁶⁵ PEREIRA NETTO, Antônio Alves. **Modulação de efeitos em matéria tributária**: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 201.

A pretendida modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é, no entanto, medida extrema, que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm qualquer indicação concreta, nem específica, desse risco. A mera alegação de perda de arrecadação não é suficiente para comprovar a presença do excepcional interesse social a justificar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na forma pretendida. Note-se que modular os efeitos, no caso dos autos, importaria em negar o próprio direito ao contribuinte de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos⁵⁶⁶.

Portanto, o excepcional interesse social deve ser caracterizado como um conteúdo previsto em normas constitucionais que favorece o interesse coletivo de determinado grupo em situação de vulnerabilidade, sendo necessário e suficiente para resguardar direitos fundamentais, o que deve ser indiscutivelmente demonstrado, e jamais em um interesse estatal, porquanto na Constituição Federal não há dispositivos que assegurem a proteção financeira do Estado em contrariedade aos direitos e garantias constitucionais do contribuinte. Assim, esses interesses fazendários não podem justificar lesões a Constituição Federal, mesmo que mascarados de interesses econômicos e sociais⁵⁶⁷.

Além disso, especificamente em matéria tributária, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba gerando a impressão de que o referido instituto jurídico estaria sendo utilizado, pura e simplesmente, como instrumento para suprimir o direito à repetição de indébito tributário, o qual está diretamente relacionado com a preservação do direito fundamental à propriedade.

4. CONCLUSÃO

Considerando-se todo o estudo apresentado na presente pesquisa, verifica-se que, em regra, o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico vem sendo inserido na jurisdição constitucional tributária do Supremo Tribunal Federal através da modulação temporal de efeitos, sob o fundamento de estar resguardando a segurança jurídica. Todavia, ao

⁵⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 595.838 ED/SP. Embargante: União. Embargado: Etel Estudos Técnicos Ltda. Amicus Curiae: Associação Nacional das Administrativas de Benefícios (ANAB). Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7850623> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 05.

⁵⁶⁷ VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 12.

utilizar tal argumentação para justificar a modulação de feitos de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal acaba por desvirtuar totalmente o instituto jurídico.

Isso porque a modulação temporal de efeitos somente pode ser utilizada de forma excepcional pelos julgadores nas hipóteses em que a retroação dos efeitos possa provocar uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional do que o reconhecimento dos efeitos do ato inválido, caso contrário a realização da modulação padeceria de inconstitucionalidades. Nesse sentido, constata-se que é imprescindível que a fundamentação do referido instituto jurídico seja baseada em valores constitucionais que se mostrem mais relevantes que a nulidade da norma declarada incompatível com a Constituição Federal, não podendo o STF utilizar uma fundamentação exclusivamente política.

Logo, o motivo que autorizaria o Tribunal a atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* seria unicamente o de preservar esses direitos constitucionais que seriam atingidos e que, assim, seria provocado um prejuízo maior aos valores constitucionais do que atribuir efeitos retroativos a edição da norma inválida. Como se percebe, a modulação de efeitos somente pode ser operada em favor da proteção de direitos constitucionais e nunca de forma a prejudicá-los. Assim, a tradicional regra de atribuir efeitos retrospectivos a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser afastada após um severo juízo de ponderação em que fique constatada que a segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de excepcional interesse social deva prevalecer sobre o princípio da nulidade.

Nesse sentido, chegou-se a conclusão de que é justamente por este motivo que o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico não pode, por si só, fundamentar uma modulação temporal de efeitos, porquanto não existem normas constitucionais que garantam que o Estado possa invocar motivos de ordem econômica para não devolver valores indevidamente arrecadados. Dessa forma, observa-se que não é vedado ao intérprete utilizar o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico nas decisões judiciais, mas tal fundamento não pode ser seu parâmetro principal de decisão, mas apenas pode ser utilizado como mero reforço do argumento constitucional envolvido na questão, já que a Constituição Federal sempre deve ocupar o papel de parâmetro principal nessa decisão.

Não obstante tais considerações, observou-se, também, que a exigência de respeito ao postulado da supremacia constitucional, que protege os direitos e as garantias fundamentais dos contribuintes, deveria inviabilizar que seja realizada a modulação dos

efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade de leis tributárias em desfavor do contribuinte, na medida em que iria provocar a supressão do direito do cidadão à repetição de indébito. Isso acontece porque essa situação permitiria que o Poder Público se aproprie da propriedade privada sem que, para isso, tenha de respeitar as limitações constitucionais ao poder de tributar, o que significaria um atentado à supremacia constitucional.

Portanto, é inegável que o Estado necessita de meios para executar políticas públicas através da tributação, que deixa de ser uma mera atividade de angariar recursos para financiar o aparelho estatal para se tornar um mecanismo de realização e concretização de direitos fundamentais. Entretanto, o Estado não pode se utilizar de tais motivos para “confiscar” o patrimônio do particular, desrespeitando direitos fundamentais. Nesse contexto, quando o STF é chamado a decidir sobre a modulação de efeitos de atos inconstitucionais que promoveram o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, ele possui um importante papel a ser desempenhado, na medida em que pode passar a promover inconstitucionalidades e, como consequência, provocar a perda da confiança do cidadão de ver assegurados seus direitos e garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANDRADE, Fabio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **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 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. **Revista Direito do Estado**, n. 164, 2016. Disponível em <
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em:
<http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 595.838 ED/SP. Embargante: União. Embargado: Etel Estudos Técnicos Ltda. Amicus Curiae: Associação Nacional das Administrativas de Benefícios (ANAB). Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7850623> >. Acesso em 21 jul. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2669/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630079> >. Acesso em 21 jul. 2024. p. 65.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4425 QO/DF. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. Amicus Curiae: Estado do Pará. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em 21 jul. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3660/MS. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de março de 2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>>. Acesso em 21 jul. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 377.457 ED/PR. Embargante: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados associados S/C e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Embargado: União. Relator: Ministro Rosa Weber. Relator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 19 de outubro de 2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060803>>. Acesso em: 05 de ago. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3106 ED/MG. Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de maio de 2015. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116198>>. Acesso em: 15 de jul. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI n. 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216>>. Acesso em: 14 de jul. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046>>. Acesso em: 14 de jul. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 680.089/SE. Recorrente: Estado do Sergipe. Recorrido: B2W – Companhia Global do Varejo. Amicus Curiae: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393448>>. Acesso em: 14 de jul. 2024.

CEZAROTI, Guilherme. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações das Decisões do STF. **Revista Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. Valdir de Oliveira (coord.) 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 6, n. 3, p. 04-27, 2015.

Disponível em: < <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/1646>>. Acesso em: 06 de out. 2024.

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

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GODOI, Marciano Seabra de. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações dos Efeitos das Decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 286-320.

LEFF, Arthur. Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism. **Faculty Scholarship Series**, paper 2820, New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974. Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3816&context=fss_papers >. Acesso em: 13 de ago. 2024.

OGUS, Anthony. **Law and Economics in the Legal Academy or What I Should Have Said to Discipulus**. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528998 >. Acesso em: 20 de ago. 2024.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, 2013. p. 95-144. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em: 19 de jul. 2024.

PEREIRA NETTO, Antônio Alves. **Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais: teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Cambridge: Havard University Press, 2010.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 19 de jul. 2024.

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

VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **University of Chicago Law Occasional Paper**, Chicago, N. 44, p. 03 – 22, jan. 2005. Disponível em: <
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers>. Acesso em: 17 de ago. 2024.