

# Modulação de Efeitos nas Decisões do STF em Matéria Tributária

Análise dos critérios temporais



21  
ANOS



ADVOCACIA  
LUNARDELLI

---

Introdução	03
A previsão normativa da modulação de efeitos	04
O aumento do número de decisões adotando a modulação em casos tributários	06
A escolha de marcos temporais	09
O risco de prejuízo para o contribuinte no aumento da modulação em casos tributários	11
As recentes modulações de efeitos pelo STF e o aumento de risco ao contribuinte	15
Conclusões	19

---

Como se sabe, a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade de uma lei inicialmente gera efeitos desde a aprovação dessa (o chamado efeito “ex tunc”), de tal modo que é como se a lei nunca tivesse existido. É certo que esse sistema pode gerar efeitos negativos muito relevantes. Daí a necessidade de, eventualmente, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Trata-se da chamada modulação de efeitos da decisão do STF.

Nos últimos anos tornou-se perceptível que a modulação de efeitos tem sido utilizada com frequência cada vez maior. Não só. Várias decisões que a adotam têm alcançado um nível de complexidade inexistente até pouco tempo atrás.

As decisões de questões tributárias, que durante muito tempo não foram submetidas à modulação de efeitos, não só começaram a sê-lo como isso se tornou frequente. Há a percepção de que a modulação, que deveria ser uma exceção, começou a se tornar a regra.

Este breve estudo pretende demonstrar, em primeiro lugar e com base em dados, que essa percepção é correta. Em segundo lugar, alertar que esse quadro tem efeitos relevantes, que não devem ser ignorados pelos contribuintes, sob pena de serem prejudicados.

## A previsão normativa da modulação de efeitos

A modulação de efeitos foi prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e para o controle concentrado de constitucionalidade (ou seja, em ADIs, ADCs e ADPFs):

*“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.”*

Portanto, os requisitos para a modulação (para restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) eram: **(i)** quórum qualificado; e **(ii)** constatação de razões “de segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”.

Perceba-se que a modulação não deve ser o padrão, mas a exceção, daí estar submetida a quórum qualificado de dois terços dos membros do STF e a requisitos específicos (uma delas, a de interesse social, qualificado como “excepcional”).

O Código de Processo Civil – CPC também tratou do tema, em seu artigo 927:

*“§ 3º - Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”*

Bem se vê que os requisitos para essa hipótese são um pouco distintos. Não há exigência de quórum qualificado, basta o interesse social (sem precisar ser qualificado como excepcional), mas desde que presente a alteração da jurisprudência dominante. Logo, antes da decisão do STF, que leve à modulação, deve existir uma jurisprudência dominante, com a nova decisão em sentido oposto.

Independentemente da regra do CPC e mesmo antes dele, o STF já havia admitido que a modulação de efeitos também poderia ser aplicada a julgamentos de recursos extraordinários, com controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917, sessão de 06/06/2002). Em outro caso (RE 638.115) o STF fixou ser suficiente o quórum de maioria absoluta (e não o de dois terços) para a modulação de efeitos de decisão em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, com repercussão geral.

Esse breve histórico das normas já dá mostra que a adoção da modulação de efeitos pelo STF aos poucos foi se tornando menos exigente.

## O aumento do número de decisões adotando a modulação em casos tributários



Inicialmente, a modulação de efeitos não foi aplicada aos julgamentos envolvendo questões tributárias. O primeiro caso de natureza tributária ao qual foi aplicada a modulação ocorreu somente em 2008. O entendimento que parecia ser acolhido era de que os requisitos de razões de segurança jurídica e de interesse social (ainda que não excepcional) não estariam normalmente presentes nesse tipo de processo.

É algo compreensível: as disputas envolvendo questões tributárias são dotadas de certas peculiaridades que tornam particularmente delicada a decisão pela modulação.

Os interesses contrapostos dos contribuintes e da Administração Fiscal podem dificultar a identificação dos interesses da sociedade como um todo. De um lado, a decisão pela inconstitucionalidade de uma exigência tributária pode reduzir os recursos públicos disponíveis para as despesas públicas. Todavia, de outro lado a aplicação da modulação leva à exigência de tributo em desacordo com a Constituição e pode estimular exigências tributárias inconstitucionais, com base na expectativa de garantir arrecadação até que o STF venha a declará-las desconformes com a Constituição.

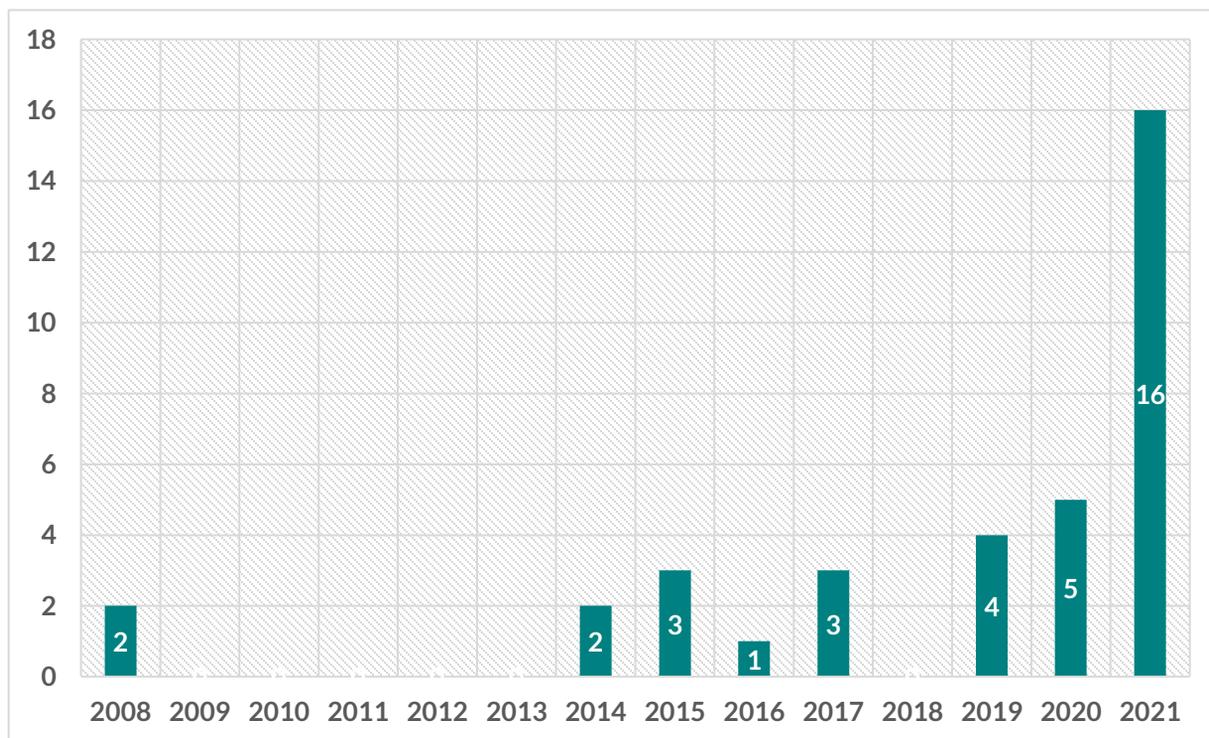
O STF, durante um bom tempo, tendeu para a segunda compreensão: o interesse arrecadatário não se sobrepunha ao objetivo de manter a integridade dos valores constitucionais e da proteção dos contribuintes garantida na Lei Máxima.

Todavia, pouco a pouco o Supremo Tribunal começou a dar maior valor aos interesses imediatos de garantir a arrecadação decorrente de exigência tributária aplicada ao longo dos anos, mesmo que em contrariedade à Constituição. Isso se deveu, possivelmente, ao quadro de agravamento das contas públicas (a permanente situação de crise fiscal).

Os julgamentos com adoção da modulação confirmam essa percepção. Em 2008 foram dois julgamentos de questões tributárias com acolhimento da modulação. Passaram-se alguns anos sem que essa sistemática voltasse a ser utilizada. Em 2014 novamente foram dois casos tributários com modulação.

Os anos seguintes foram variando, com pequeno aumento ou redução. Até que a partir de 2019 verifica-se claramente o aumento do uso da modulação de efeitos em decisões pela inconstitucionalidade de exigências tributárias. O ápice foi justamente o ano passado, 2021, com 16 processos.

Confira-se a tabela nesse sentido:



*\*Observamos que há diferentes critérios para cômputo desse fenômeno de aumento de casos com modulação (p. ex., agrupar processos diferentes que tratam do mesmo tema, escolher o ano do julgamento do mérito ou o ano em que a modulação foi decidida etc.). Por isso, outros levantamentos podem apontar números um pouco distintos. É inegável, porém, o aumento relevante da quantidade de processos tributários com modulação nos últimos três.*

Pode ser observado que em 2021 ocorreram julgamentos de muitos casos de matéria tributária, que estavam represados há algum tempo no STF. Ainda assim, porém, o aumento dos casos com modulação a partir de 2019, com grande salto em 2021, é surpreendente

## A escolha de marcos temporais

O uso da modulação de efeitos torna necessário escolher o momento a partir do qual a decisão pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo gera efeitos. Como visto, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 estabelece que os efeitos poderiam ocorrer a partir do trânsito em julgado da decisão do STF ou de outro momento que venha a ser fixado.

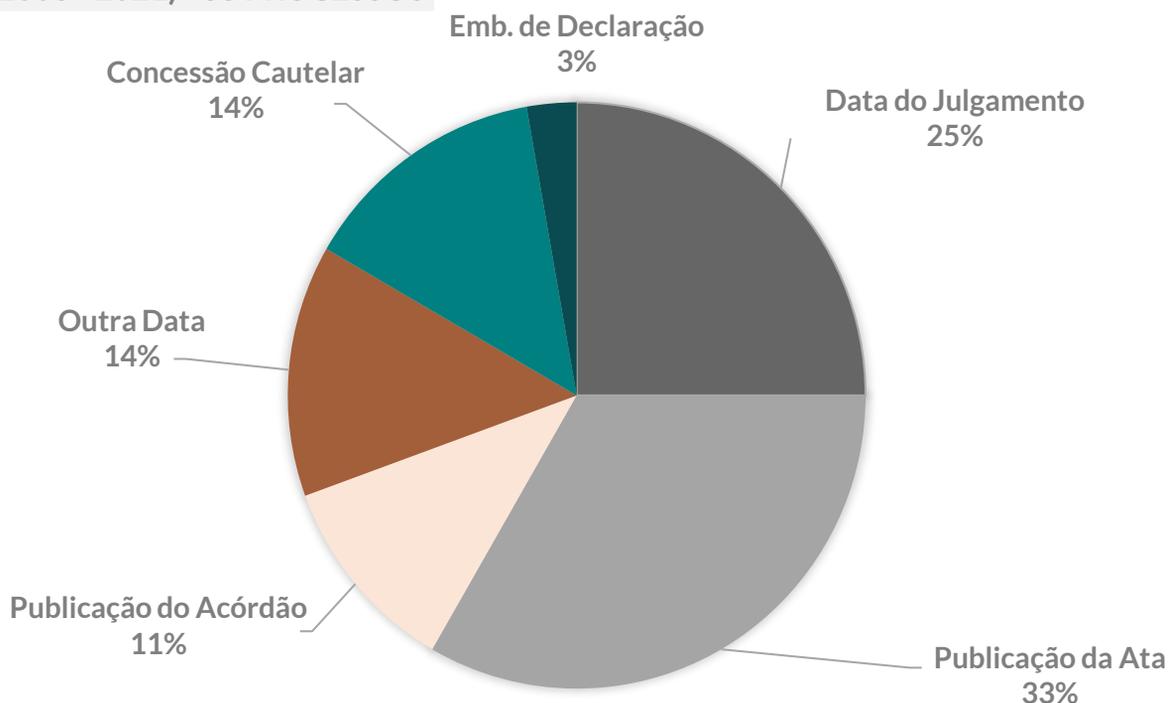
O Supremo não tem adotado o marco temporal do trânsito em julgado de sua decisão, sugerido pela norma. Diferentemente, tem escolhido outros marcos temporais, a depender do caso em julgamento. Podem ser mencionados:

- Momento da concessão de medida cautelar;
- Data do início do julgamento (de mérito);
- Data do julgamento (de mérito);
- Publicação da ata de julgamento;
- Publicação do acórdão;
- Análise de embargos de declaração;

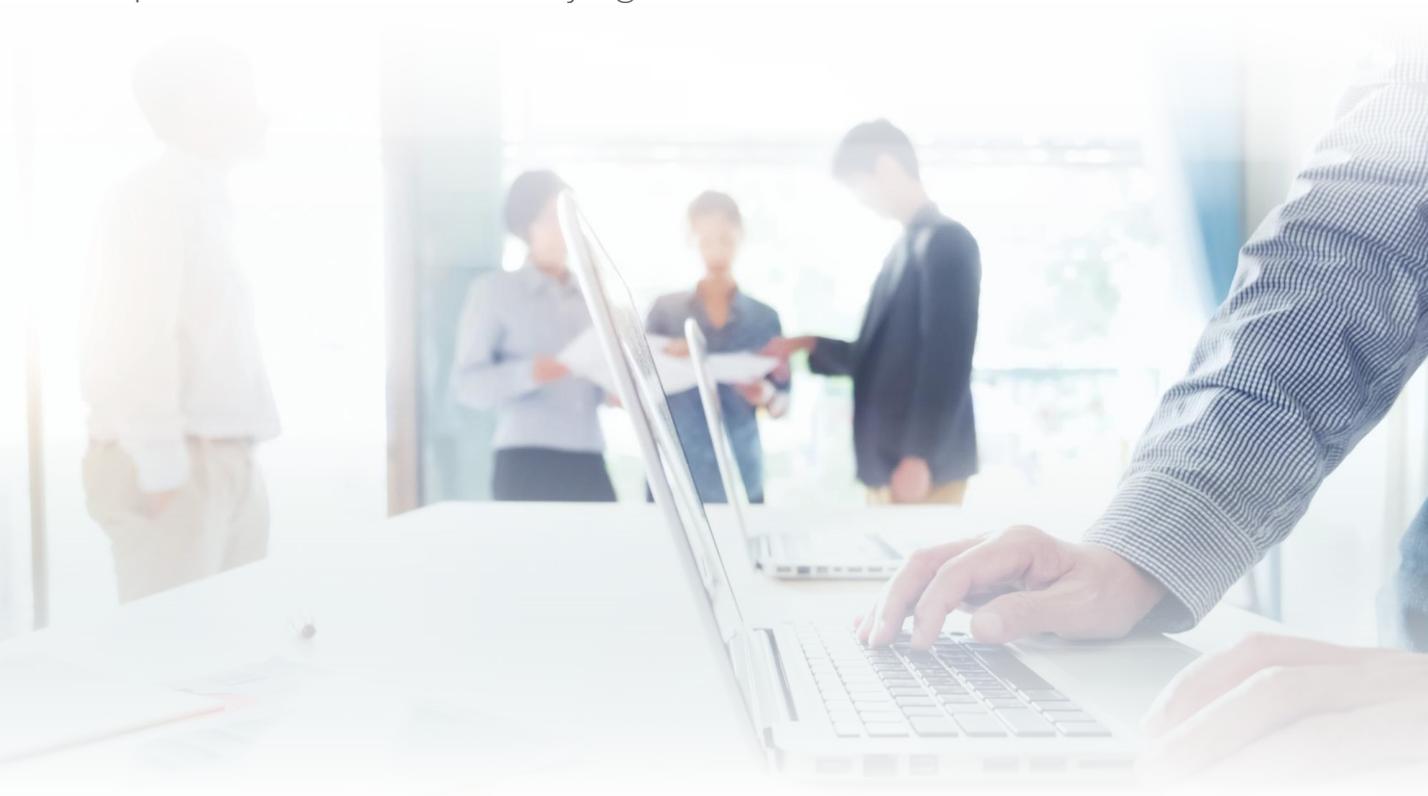
Por exemplo, no famoso caso da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS (RE nº 574.706) foi escolhida como marco temporal para a modulação a data de 15/03/2017, quando foi concluído o julgamento do mérito. Dessa maneira, a decisão judicial pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS só passou a ser aplicável a partir dessa data. A exceção foram os contribuintes que tinham ingressado com ações judiciais antes dessa data.

Confira-se na imagem abaixo que realmente a Suprema Corte não é consistente na adoção de um critério como marco temporal para a modulação de efeitos para declaração de inconstitucionalidade.

(2008 - 2021) - 36 PROCESSOS



Na maior parte dos casos, não é explicitada a razão pela escolha de um marco temporal ou de outro. A escolha parece depender mais da preferência subjetiva de cada Ministro, quando relator do caso julgado.



## **O risco de prejuízo para o contribuinte no aumento da modulação em casos tributários**

O resultado do cenário visto, de aumento do uso da modulação de efeitos em casos tributários, instalou um risco inusitado para contribuintes: é possível que a decisão final, em tema tributário em discussão no Judiciário, seja favorável aos contribuintes, mas muitos não sejam beneficiados ou tenham benefícios muito restringidos.



Realmente, isso ocorre quando o STF declara inconstitucional certa exigência tributária, mas modula essa decisão para o futuro, de modo que a exigência seja afastada somente para frente, mas permaneça íntegra para o passado, mesmo sendo inconstitucional.

Além do caso da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, podem ser mencionadas ainda as discussões quanto à tributação de softwares pelo ICMS ou pelo ISS (ADIs nºs 1.945, 5.959 e 5.576), ao ICMS na operação com bem a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado (ADI nº 5.469 e RE 1.287.019), ao ICMS em operações com energia elétrica e telecomunicações (RE nº 714.139).

Em todos esses (e em outros casos), o STF proferiu decisão favorável aos contribuintes, mas restringiu seus efeitos, de modo desfavorável aos mesmos contribuintes. Entretanto, como apontado, a modulação de efeitos, que restringe a decisão favorável aos contribuintes, normalmente é excepcionada para aqueles que já tinham ações judiciais em trâmite. Esses ficam a salvo da restrição de efeitos à decisão favorável, de modo que esta será íntegra para eles.

Daí que, por exemplo, o ICMS só é excluído da base de cálculo do PIS/COFINS a partir de 15/03/2017, com exceção dos contribuintes que já discutiam esse tema no Judiciário nessa data. Estes serão amplamente beneficiados.

O STF, então, ao aprovar a modulação de efeitos a partir de certa data, com exceção dos contribuintes que já tinham ação judicial em trâmite, estabelece um tratamento diferenciado, (a) em favor desses contribuintes, precavidos e/ou mais combativos, e (b) em detrimento daqueles contribuintes desatentos ou que preferiram aguardar o veredicto do Judiciário a propósito do tema tributário em debate.

A adoção da modulação de efeitos para o futuro, que restringe a decisão favorável, com exceção dos contribuintes com ações judiciais, gera custo imenso aqueles que escolhem aguardar a decisão final do STF para adotar medidas judiciais. O tributo inconstitucional recolhido por estes não pode ser recuperado.

Há, portanto, inegável risco aos contribuintes, quando está em trâmite discussão judicial a respeito da constitucionalidade de exigência tributária, a ser dirimida pelo Supremo Tribunal, e esses contribuintes ainda não ingressaram com ação judicial. O ganho com eventual decisão favorável tende a ser restringido.

A solução para isso é ingressar com decisão judicial. A questão passa a ser até qual momento o contribuinte pode ingressar com ação para não ser prejudicado com a decisão favorável do STF.



## As recentes modulações de efeitos pelo STF e o aumento de risco ao contribuinte

Muitas vezes passa despercebido, mas nas decisões do STF favoráveis aos contribuintes com uso da modulação há dois marcos temporais: a) Marco temporal para definir a partir de quando a decisão do STF é aplicável de forma geral. b) Marco temporal para definir os casos de exceção, para os quais a modulação de efeitos para o futuro não será aplicável.

Esses dois marcos temporais podem ser o mesmo.

Por exemplo, no famoso e já mencionado RE nº 574.706, a propósito da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, foi fixado (a) que a decisão favorável aos contribuintes seria aplicável de forma geral a partir da data do término do julgamento de mérito, em 15/03/2017, (b) ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa mesma data.

Contudo, nada impede que esses dois marcos temporais não sejam coincidentes. Por exemplo, a decisão pode produzir efeitos a partir da data do término do julgamento, ressalvadas as ações judiciais e/ou administrativas protocoladas até a data do início do julgamento. Ou estabelecer que a decisão produzirá efeitos somente um ano após a data do término do julgamento, ressalvadas as ações judiciais e/ou administrativas protocoladas até a data do julgamento.

Dois casos decididos recentemente pelo Supremo Tribunal Federal são exemplos concretos da adoção de marcos temporais distintos: o RE nº 714.139 e a ADC nº 49 (esta última com julgamento ainda não finalizado).



No primeiro caso foi debatida a exigência do ICMS sobre operações com energia elétrica e telecomunicações, tendo em vista a seletividade em função da essencialidade.

A decisão proferida, favorável aos contribuintes, no sentido da inconstitucionalidade da tributação mais gravosa sobre bens essenciais como a energia elétrica e as telecomunicações, só será aplicável de forma geral a partir do exercício financeiro de 2024. Já o marco temporal para definir os casos de exceção, para os quais a modulação de efeitos não será aplicável, foi definido como as ações ajuizadas até a data do início do julgamento de mérito (05/02/2021).

A justificativa para escolher uma data anterior ao término do julgamento foi o aumento do ajuizamento de ações sobre o tema após o STF ter iniciado a análise do tema.

O segundo caso trata da inconstitucionalidade da incidência do ICMS nas remessas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte e ainda não foi finalizado, estando pendente justamente a decisão sobre eventual modulação de seus efeitos.

Destaca-se a proposta do Min. Dias Toffoli, novamente com separação entre os marcos temporais da modulação e da exceção a esta para ações em trâmite: (a) o marco temporal para definir o momento a partir do qual a decisão do STF seria aplicável de forma geral seria após 18 meses, contados a partir da data da publicação da ata de julgamento dos embargos de declaração, e (b) o marco para definir casos de exceção, para os quais a modulação de efeitos não seria aplicável, foi sugerido como as ações judiciais propostas até a data de publicação da ata de julgamento de mérito.

A primeira constatação que se faz é que a fixação de marcos temporais pelo STF não se ampara em critérios claros, racionais e previsíveis. A escolha desses marcos ampara-se mais na avaliação subjetiva de cada ministro em função das mais diversas circunstâncias e sem fundamentação cuidadosa. Seria conveniente que ela estivesse amparada em dados de fatos pesquisados com cuidado e que a decisão por um marco e não por outro fosse debatida e passasse a ser adotada de forma consistente pelo Tribunal.

A segunda constatação é que o uso da modulação com marcos temporais distintos tem por consequência o aumento de custo, de desvantagem para contribuintes que demoram a ingressar com ações no Judiciário: (i) são diferidos para o futuro os efeitos gerais da decisão favorável aos contribuintes e (ii) são dados efeitos “ex tunc”/retroativos apenas aos contribuintes que tiverem ingressado com ações judiciais em momento que pode ser anterior ao término da discussão no STF.

A mensagem do Tribunal, subliminar mas clara, é que os contribuintes não devem relutar em ingressar com ações judiciais em relação aos temas tributários. Deixar de fazê-lo ou demorar pode ter um custo alto, o de recolher tributos inconstitucionais e não conseguir reavê-los.

Em outras palavras, o aumento da frequência no uso da modulação de efeitos para o futuro em decisões favoráveis aos contribuintes é um forte estímulo à judicialização de temas tributários, aumentando a quantidade de casos no já congestionado Poder Judiciário.



## Conclusões

- ✓ Os dados demonstram o grande aumento no uso da modulação de efeitos para o futuro em decisões favoráveis aos contribuintes em questões tributárias. Com isso, a modulação de efeitos para o futuro é desfavorável aos contribuintes.
- ✓ Esse tratamento parece se dever a diversos fatores, como a complexidade das questões discutidas no Judiciário, o maior ativismo do STF e a sensibilidade dos Ministros com as finanças públicas.
- ✓ Percebe-se a tendência de adoção de dois marcos temporais distintos: (1) protraindo para o futuro os efeitos em geral da decisão favorável aos contribuintes e (2) escolhendo uma data mais antiga para excepcionar da modulação os processos em trâmite, de modo a restringir os contribuintes beneficiados com a decisão favorável.
- ✓ O resultado desse tratamento é o maior custo/desvantagem para os contribuintes que demoram para ingressar no Judiciário com discussão sobre o tema.

## Conclusões

- ✓ O efeito deverá ser o aumento de medidas judiciais.
- ✓ A recomendação prática é que os contribuintes ingressem com ações judiciais mais cedo, tão logo o STF indique que poderá julgar uma questão tributária de impacto, para evitar que a modulação desfavorável os prejudique.



**Autores**  
Jimir Doniak Junior  
Sâmia Ali Salman  
Kauê di Mori Luciano da Silva



**+55 (11) 4095-4700**

**adv@advocacialunardelli.com.br**  
**www.advocacialunardelli.com.br**

**Rua Samuel Morse, 134 - Cj 172 - Brooklin Novo**  
**São Paulo - SP - CEP 04576-060**



**Produzido por:**  
www.alicecastanheira.com.br  
(11) 4964-5859  
contato@alicecastanheira.com.br

**Alice Castanheira**  
*Diretora*  
(11) 9.9935-4203  
alice@alicecastanheira.com.br

**Rodrigo Sanchez**  
*Gerente de Criação e Marketing*  
(11) 9.8614-9344  
criacao@alicecastanheira.com.br