



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTEÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

RELATOR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRG EM AI 597.906

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público independente dotado de personalidade jurídica, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, com sede no SAUS, Quadra 5, Lote 1, Bloco M, Edifício do Conselho Federal da OAB, Brasília/DF, CEP 70070-939, endereço eletrônico aju@oab.org.br, neste ato representado por seu Presidente, Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky, na qualidade de representante máximo da entidade (art. 55, § L, da Lei nº 8.096/94), conforme ata de posse anexa, vem perante V.Exa., com fundamento no artigo 121 do Código de Processo Civil, requerer sua admissão como

ASSISTENTE SIMPLES

da parte embargante **ARNS DE OLIVEIRA & ANDREAZZA ADVOGADOS ASSOCIADOS**, pelas razões a seguir expostas:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I – DO ÂMBITO TEMÁTICO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA NECESSIDADE DE ADMISSÃO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL COMO ASSISTENTE SIMPLES

O caso em análise versa sobre a possibilidade de incidir COFINS sobre as receitas das sociedades de advogados, mais especificamente, a constitucionalidade da revogação do artigo 6º, inciso II da Lei Complementar 70/91 pelo artigo 56 da Lei 9.430/96.

O Tribunal Pleno, em sessão virtual, acolheu os embargos de divergência opostos pela Fazenda Nacional, reformando o acórdão recorrido e, desde logo, dando provimento ao recurso extraordinário, conforme a seguinte ementa:

Embargos de divergência em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Acórdão recorrido que destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Revogação, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, de isenção da COFINS concedida às sociedades civis de profissão legalmente regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade 4. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 5. A Lei Complementar 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 6. Embargos de divergência aos quais se dá provimento.

A sociedade de advogados Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados embargou de declaração, suscitando (I) obscuridade e contradição quanto à (in)exigibilidade da multa prevista no § 2º do artigo 557 do CPC/73, (II) omissão com relação à aplicação das regras do CPC/2015 em período anterior à sua vigência, (III) ausência de fundamentação e, **no que toca especificamente ao presente pedido de assistência**, (IV) “possibilidade de modulação dos efeitos da decisão – necessidade de não frustrar a justa expectativa da parte – segurança jurídica e previsibilidade”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Conforme amplamente sabido, o artigo 119 do CPC determina que somente poderá intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico que uma das partes vença a ação.

Interesse jurídico, no rigor da lei, ocorre quando a relação jurídica da qual o assistente seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e a parte contrária.

Ocorre que, em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua função é a de proteção dos interesses de todos os advogados¹, de forma que o interesse jurídico que autoriza seu ingresso, como assistente simples, em causas nas quais figurem interesses de advogados e das respectivas sociedades, é muito mais fluido do que aquele em que se controvertem direitos meramente individuais.

A Ordem dos Advogados do Brasil não defende interesses individuais, mas a própria Constituição e a ordem jurídica do Estado democrático de direito, como assim determina o artigo 44, inciso I da Lei 8.906/94.

No caso dos autos, a discussão travada pela parte embargante (modulação dos efeitos da decisão, à vista da segurança jurídica e previsibilidade) é daquelas em que o interesse da Ordem dos Advogados do Brasil se potencializa. Mais do que direito de intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, o que há é um **déver institucional** de ingresso.

¹ “Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

I - dar cumprimento efetivo às finalidades da OAB;

II - representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados;

(...)"



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

**II – DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO QUE, CONHECENDO
DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, DEU PROVIMENTO AO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO DA FAZENDA NACIONAL -
DA RELEITURA DO FENÔMENO DA MODULAÇÃO À VISTA DE RECENTES
JULGADOS DA CORTE**

Tecidas essas considerações, o que almeja o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB trazer a este Colendo Supremo Tribunal Federal é a necessidade de a Corte, afastando a omissão existente, revisitar a conclusão acerca do *quorum* necessário para modulação dos efeitos da decisão que, revertendo anterior julgado pela isenção da COFINS, passa a entendê-la devida, ante a compreensão de que a revogação do artigo 6º, inciso II da Lei Complementar 70/91 poderia ter ocorrido pelo artigo 56 da Lei 9.430/96.

Rememorando os fatos, é verdade que a Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário 381.964/MG, relator para acórdão o saudoso Ministro Teori Zavascki, em sessão plenária de 17 de setembro de 2008, rejeitou, ante a literalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, o pedido de modulação de efeitos, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

Ocorreu, naquela oportunidade - é importante que se diga desde logo - uma clara divisão do Tribunal – 5x5 - pela modulação (ausente a Ministra Ellen Gracie).

Necessário aqui fazer um parênteses: ausente a Ministra Ellen Gracie naquela sessão, **mas caso tivesse prevalecido o entendimento sobre modulação que, ao final, se alcançou na recente Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 638.115/CE** (maioria absoluta, ou seja, seis votos na hipótese de ausência de declaração de inconstitucionalidade), aguardando-se o voto da Ministra Rosa Weber para conclusão do julgamento (que sucedeu a Ministra Ellen), ter-se-iam os seis votos necessários à modulação.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Em embargos de declaração, a parte recorrente (Savoi e Cabral Advogados Associados) ponderou que, não tendo ocorrido declaração de inconstitucionalidade de lei, não se haveria de cogitar da aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 e, via de consequência, do *quorum* qualificado de dois terços.

Tais embargos, vencidos os Senhores Ministros Rosa Weber (relatora), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, foram rejeitados em sessão plenária do dia 19 de outubro de 2016, à vista de que a Corte, certo ou errado, havia plasmado a compreensão, no julgamento do recurso extraordinário, de que se faria necessário o *quorum* de dois terços, ou seja, oito votos, o que, de fato, não ocorreu naquela assentada.

Ocorre que, desde aquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo na aferição do *quorum* necessário para modulação, questão que, para os presentes embargos, se revela de extrema importância.

Com efeito, no julgamento da acima mencionada Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 638.115/CE, o Tribunal “*por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), deliberou que, para a modulação dos efeitos de decisão em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, com repercussão geral, nos quais não tenha havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, é suficiente o quórum de maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que diverge quanto à formulação da questão de ordem e quanto ao seu mérito*” (extrato de julgamento da sessão do dia 18/12/2019, acórdão ainda não disponibilizado).

Por certo que, se em um recurso extraordinário com repercussão geral, o Tribunal compreendeu que, não sendo caso de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, o *quorum* para modulação é tão somente o de maioria absoluta, com maior razão esse entendimento deve ser aplicado em casos como o que se apresenta nestes autos. Aqui, tal como lá, não houve declaração alguma de inconstitucionalidade; na verdade, ao revés, já



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

que a revogação da “isenção” da COFINS prevista no artigo 6º, inciso II da Lei Complementar 70/91 foi declarada plenamente válida.

Se assim o é, não tendo o acórdão ora embargado enfrentado o problema específico da modulação, urge sejam os presentes embargos acolhidos, na esteira do quanto decidido no Recurso Extraordinário 500.171-ED - Lewandowski, para o fim de que a Corte, debruçando-se sobre o tema, esclareça a possibilidade de modulação e, sendo ela cabível, qual o *quorum* possível em situações tais.

Essa questão, consoante foi acima apontado, tem absoluta relevância. Isso porque, no julgamento do RE 381.964/MG, o Tribunal literalmente dividiu-se pela modulação. Como, naquela oportunidade, a Corte entendia que o *quorum* seria de 8 (oito) votos para implementar-se a modulação, realmente não fazia sentido aguardar-se o pronunciamento da Ministra Ellen Gracie (ou do ministro que a sucedesse), já que, mesmo com seis votos a favor da modulação, não se alcançaria o *quorum*.

Em que pese assim tenha sido, a jurisprudência do Tribunal evoluiu, pelo que o *quorum* de 6 (seis) votos seria o suficiente para modular os efeitos da decisão do RE 391.864/MG. O tema ganha ainda mais importância, quando se verifica que a Ministra Rosa Weber – que sucedeu a Ministra Ellen, que não votou no RE 391.864/MG – posicionou-se, em sede de embargos de declaração, pela modulação.

É dizer, tudo justifica que o Supremo Tribunal Federal afaste, nestes autos, a omissão apontada e reavale o *quorum* da modulação.

Aliás, sobre este tema da modulação e sua relevantíssima importância para o caso em julgamento, também merece ser salientado o recentíssimo julgamento dos Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 870.947/SE (sessão de 3 de outubro de 2019), em que o CFOAB, aliás, figurava como *amicus curiae*, relator para acórdão o Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Neste julgamento, em que pese se tenha rechaçado, por



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

maioria de votos, a modulação, preciosos fundamentos sobre o instituto foram aduzidos pelos Senhores Ministros. Lê-se, por exemplo, da ementa:

“(…)

3. A respeito do requerimento de modulação de efeitos do acórdão, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite a estabilização de relações sociais surgidas sob a vigência da norma inconstitucional, com o propósito de prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima depositada na validade de ato normativo emanado do próprio Estado.

4. Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da CORTE.

5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados.

6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma.

7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Neste julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes fez ver que, em situações tais quais se apresentam nestes autos, a modulação pode e deve ser aplicada na esteira de precedentes da Corte. Está no voto de Sua Excelência:

“Não dissinto dos precedentes que firmaram a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade com eficácia pro futuro, ou mesmo dos julgados em que se declarou inconstitucionalidade de norma sem pronúncia de nulidade. Em casos de virada de jurisprudência, por exemplo, ou na hipótese de normas que vigoraram por longo período de tempo sem questionamento judicial, cabe a modulação dos efeitos como forma de tutelar a boa-fé objetiva como um mecanismo de não surpresa daqueles que se fiaram na presunção de validade de normas editadas pelo Estado.”

Em boa verdade, o Tribunal, por diversas vezes, fez ver que a modulação, como corolário da segurança jurídica, é inafastável. Um dos exemplos, entre tantos, é a conclusão a que chegou a Corte no julgamento da ADI 2.797-ED, relator para acórdão o Senhor Ministro Ayres Britto:

“(...) esta nossa Casa de Justiça, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua decisão), de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição. Unidade que, no caso, reclama a salvaguarda de protoprincípios constitucionais, como o da segurança jurídica. Segurança jurídica, pontual, que opera como elemento conceitual do próprio Estado de Direito e direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. Donde figurar, desde o preâmbulo da Constituição Federal até à cabeça do seu art. 5º, na altaneira posição de valor objetivo e direito subjetivo a um só tempo”. (ADI 2.797-ED, Plenário, Rel. Min. Menezes Direito, redator p/ o acórdão Min. Ayres Britto, DJe de 28/2/2013).

Portanto, procedem inteiramente as razões de embargos quando enfatizam que **“caso venha a prevalecer o teor da fundamentação proferida no voto vencedor, no sentido de que é possível conhecer recurso da FAZENDA NACIONAL, isso implicará numa**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

reviravolta do cenário jurisprudencial pacificado no STF acerca do tema, configurando circunstância totalmente inesperada e nova, que autoriza a utilização de mecanismos de mitigação dos riscos e prejuízos das partes diretamente afetadas. Em respeito aos princípios da segurança jurídica, e tendo como base a aplicação do artigo 927, §3º do CPC vigente, é possível postular-se por uma modulação dos efeitos, a fim de que se autorize apenas efeitos prospectivos à eventual manutenção da decisão desfavorável à contribuinte.”.

III – DO PEDIDO DO CFOAB

Por tudo o quanto exposto, especialmente em face da nova compreensão do Tribunal sobre modulação e o *quorum* necessário nas hipóteses em que não há declaração de inconstitucionalidade, é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pede a esta Corte que acolha os embargos de declaração, de tal forma a que se reconheçam efeitos prospectivos à decisão que, acolhendo os embargos de divergência, deu provimento ao recurso extraordinário da Fazenda Nacional.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília - DF, 2 de março de 2020

Felipe Santa Cruz
Presidente do Conselho Federal da OAB

Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara
Procurador Tributário Especial do Conselho Federal da OAB
OAB/DF 21.445