



Modulação dos efeitos das decisões do STF

José Péricles Pereira de Sousa

Procurador da Fazenda Nacional – CASTF

Doutorando em Direito e Sociologia, pela Universidade de Coimbra

Mestre em Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Ceará

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade de Lisboa



Contexto

Modular: criar uma forma diferenciada ou específica de levar a efeito uma decisão. Esse fenômeno de dispor – ao passado ou ao futuro – sobre as consequências, não se mostra tão raro nem tão estranho quanto parece.

O debate também não se restringe, necessariamente, ao Poder Judiciário. O Executivo, muitas vezes, modula decisões (MP n. 805/17 postergou reajustes salariais de servidores). O Legislativo, quando estabelece uma *vacatio legis* (Lei 13.105/15) ou quando cria uma lei “interpretativa” (LC 118/05), por exemplo, também modula decisões.

Há uma lógica (até bastante forte) nesta circunstância: quem decide sobre algo, por via de consequência, como um *poder implícito ou decorrente*, diz como ou quando a decisão se efetivará.

Quanto ao Judiciário

- Em abril de 2014, bem antes do nCPC, tivemos a chance de debater essa temática com a Professora Tathiane Piscitelli, em Belo Horizonte, e, naquele contexto, já prenunciávamos que **a técnica de modulação de efeitos seria espalhada aos vários Tribunais.**
- E, realmente, por conta dos arts. **927, § 3º c/c 928**, nCPC, o STF perdeu a exclusividade que os arts. 27 da Lei 9.868/99 (ADI e ADC) e 11 da Lei 9.882/99 (ADPF) um dia lhe conferiram.
- STJ, TRFs e TJs, por julgarem Recursos Especiais *repetitivos* e Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, poderão modular os efeitos de suas decisões, **quando houver alteração jurisprudencial.**



- Art. 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.
 - Art. 928. Para os fins deste Código, **considera-se julgamento de casos repetitivos** a decisão proferida em:
 - I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
 - II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
- Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.



Em que contexto se aplica a modulação indicada no nCPC (controle difuso)?

- Inaplicabilidade às decisões que reconhecem a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, sob pena de uma *cultura constitucional* inversa ou uma má lição na *pedagogia constitucional* (Peter Häberle): quem aposta na inconstitucionalidade da norma vence ou, ainda, tratar-se-ia como “surpresa” a constitucionalidade da norma.
- Dois pilares do Direito, para Gustav Radbruch: segurança e justiça. Leis da ADI, ADC e ADPF, além do nCPC, tratam, noutras palavras, dessas substâncias: *segurança jurídica* e [*excepcional*] *interesse social*.
- Se “segurança jurídica” traduzir certeza quanto à norma aplicável a dada relação social (**estabilidade**) e confiança quanto à situação de cada um nas relações sociais (**expectativas normativas**), é dizer, **previsibilidade** quanto ao que tenho de fazer e quanto ao que os outros têm de fazer, não é possível afirmar uma justa expectativa de que a lei fosse inconstitucional...
- Se “interesse social” quer significar, num Estado Constitucional, a proteção dos direitos fundamentais e o reforço dos próprios valores da Carta Magna, a tutela da boa-fé objetiva ou da confiança legítima deve se inclinar aos cidadãos que confiaram no produto do Parlamento democraticamente eleito...



Qual o quórum da modulação indicada no nCPC (controle difuso)?

- É importante que o Judiciário atente à *dignidade da legislação* (Jeremy Waldron), que preste alguma *reverência* (James Bradley Thayer) à lei, enquanto informação primária do sistema jurídico.
- Uma maioria simples ou, que seja, absoluta, dos Ministros ou dos Desembargadores da Corte para modular os efeitos no “controle difuso” desrespeitaria o Legislativo.
- Na hipótese de inconstitucionalidade, porque a declaração desse vício deveria ser a exceção e a manipulação de efeitos da decisão deveria ser a exceção da exceção;
- Na hipótese de constitucionalidade, porque um baixo quórum manteria jurisprudência que se mostrou contrária à Constituição, em vez de homenagear a lei que, ao final, provou-se, desde sempre, constitucional. A jurisprudência é produzida por técnicos, num código científico específico, enquanto a lei é debatida por representantes, em linguagem tendencialmente acessível. Ainda que nenhuma fonte valha mais que outra, importa prestigiar a lei com uma maioria qualificada, que é, por decorrência lógica, mais cautelosa.



- Na ADI e na ADPF, somente se pode manter a produção de efeitos de lei pelo voto de dois terços dos Ministros do STF. Por que, num controle difuso (menos ritualístico, por vezes), seria possível a uma maioria menos abrangente e de vários tribunais de menor relevo sistêmico que o Supremo, proteger uma jurisprudência ou outro ato normativo? Os controles de constitucionalidade não se mostram, ontologicamente, distintos.
- Pelas mesmas razões, parece consistente não haver modulações no âmbito das ADCs, porque não houve alteração na validade dos elementos do sistema jurídico vigente: as jurisprudências *contra legem* deveriam ser encaradas como apostas.
- Além disso, os efeitos do controle difuso de massa (casos repetitivos) são equiparáveis aos do controle concentrado. Portanto, a abstratividade das decisões estão bastante próximas, senão iguais (como na *repercussão geral*).
- Questão de ordem no **RE n. 586.453/SE (2013): maioria qualificada**. Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada [complementação de aposentadoria]. Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).



Dois outros dispositivos no nCPC

- Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:
- (...) III - **inexequibilidade** do título ou **inexigibilidade** da obrigação;
- § 5º Para efeito do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se também **inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.**
- § 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal **poderão ser modulados no tempo**, de modo *a favorecer a segurança jurídica.*



- Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que **o executado**, independentemente de penhora ou nova intimação, **apresente**, nos próprios autos, **sua impugnação**.
- § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:
- (...) III - **inexequibilidade** do título ou **inexigibilidade** da obrigação;
- § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também **inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em *controle de constitucionalidade concentrado ou difuso*.
- § 13. No caso do § 12, os **efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo**, em atenção à segurança jurídica.



STF

- Logicamente, quando essa técnica é utilizada pelo Supremo há mais **gravidade** em jogo, desde logo porque os casos são nacionais e, quase sempre, envolvem **questões fraturantes**, de um ponto de vista social ou político ou econômico-financeiro ou ético ou religioso...
- Seria necessário um estudo mais detalhado de casos tributários em que houve (ou não) a modulação, para estabelecer algum **padrão**. *Lei, jurisprudência ou situação muito antiga a ser declarada inconstitucional* parece ser o caso mais típico.



Noutros países

- **Portugal:** Rui Medeiros, J.J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda explicam o art. 282, n. 4, da Constituição de 1976: “quando a **segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado**, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 (*ex tunc*) e n. 2 (inconstitucionalidade a partir de norma superveniente)”.
- **Espanha:** Eduardo García de Enterría indica a Sentencia n. 45, prolatada em 20 de fevereiro e publicada em 02 de março de 1989, a respeito de Imposto de Renda da unidade familiar matrimonial, como o grande marco da eficácia *pro futuro* naquele país.
- **Áustria:** O art. 140, n. 5, da Constituição de 1920 (bastante revisada), indica que a rescisão, pelo Tribunal Constitucional, de uma lei inconstitucional entra em vigor no dia da publicação da decisão, **se o Tribunal não fixar um prazo específico, nunca excedente a dezoito meses**. Oportunidade ao Chanceler Federal ou aos Governadores de tentar publicar novas leis.
- **Polônia:** O art. 190, n. 3, da Constituição de 1997 tem fórmula parecida com a da Áustria. 18 meses para diplomas legais ou 12 meses para outros atos normativos. E ainda: “sempre que uma decisão tiver consequências financeiras não previstas no Orçamento, o Tribunal Constitucional deve especificar a data para o fim do efeito vinculativo do ato normativo em causa, depois de solicitar o parecer do Conselho de Ministros”.
- **Turquia:** O art. 153 da Constituição de 1982 diz “sempre que necessário, o Tribunal Constitucional pode também decidir sobre a data em que a decisão de anulação (da norma considerada inconstitucional) deve entrar em vigor. Essa data não deve ser superior a um ano, a contar da publicação da decisão no Diário Oficial”.
- **Peru:** o art. 204 da Constituição de 1993 excluiu, taxativamente, o efeito retroativo. “**Não tem efeito retroativo a sentença do Tribunal que declara inconstitucional**, em todo ou em parte, uma norma legal”.



Poder discricionário?

- Ricardo Lodi Ribeiro, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e outros indicam que não. Discricionariedade é opção entre muitos panoramas de atuação, igualmente viáveis, legais ou constitucionais. **As Cortes não podem optar: o único panorama é o respeito a princípios constitucionais.**

- Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - EMPREGAR CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, SEM EXPLICAR O MOTIVO CONCRETO DE SUA INCIDÊNCIA NO CASO;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.



Tempos de “Katchanga”

- Febre *panprincipalista* (duramente criticada, no Brasil, por Virgílio Afonso da Silva, Humberto Ávila, Lenio Luiz Streck, Marcelo Neves e outros).
- O “princípio da proporcionalidade”, a técnica da *ponderação* ou do *balanceamento de interesses* toma conta de todas as decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal.
- Até o tal *interesse público* (antes “indisponível”, consubstanciado nas políticas do Estado e com “supremacia”) passa a ser *ponderado* frente aos *interesses privados*, num novo paradigma administrativo-constitucional (ver, no Brasil, Paulo Ricardo Schier e Gustavo Binenbojm).
- “Repercussão geral”, no STF; “Recursos Repetitivos”, no STJ. Mescla dos efeitos clássicos das decisões entre as partes (*inter partes*) e para todos (*erga omnes*): **brazilian law**. O controle de constitucionalidade difuso é *objetivado*, de uma vez por todas.
- E como os outros Tribunais vão inovar?



RE n. 574.706/PR (tema n. 69)

- Na famigerada inclusão ou, agora, exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, existe um **risco sistêmico** inerente às conclusões do STF, que ultrapassa, inclusive, as cifras multibilionárias indicadas pela RFB.
- É o risco de contágio daquilo que foi "dito de passagem" nos votos ou, mesmo, de "razões de decidir" menos debatidas, **a novas hipóteses de aplicação, a novos casos de incidência de tributos sobre tributos.**
- O STF, a partir de uma petição de sobrestamento nacional de processos e de Embargos de Declaração elaborados pela Fazenda Nacional ainda está por responder quais os fundamentos que guiaram aquele tema, **dada a abrangência e a diferença dos votos que formaram a corrente majoritária.**



- Mas casos que envolvam IR, II, IPI, ISS, já estão na corda bamba.
- Isso porque **a inclusão de tributos na base de cálculo de outros tributos**, independente da acesa e relevante discussão sobre prós e contras dessa metodologia, é, sem dúvida, **uma das matrizes do sistema tributário nacional.**
- E, neste momento, há obscuridade quanto ao destino desse método, **se houve uma aferição direta da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade ou não.**



- Outro risco sistêmico: “transferência aleatória de riqueza social” ou, trocando em miúdos, uma análise consequencialista do julgado que evidencie quem se beneficia e quem se prejudica com essa decisão, no final das contas.
- A depender do tipo de produto e, em geral, as empresas maiores não modificarão seus preços, ainda que haja essa desoneração da produção e da comercialização. O chamado “preço do bem aceito pelo mercado” desestimula isso. As margens de lucro é que potencialmente aumentam.
- Em duas oportunidades em que estive pela Fazenda nos processos, esse resultado se verificou: IPI na saída do importador e imunidade do livro e do leitor eletrônicos.
- As empresas, sobretudo as maiores de cada ramo, anunciaram que não mudariam uma vírgula nos seus preços, por conta das decisões que diminuiriam ou zeraram os tributos.



- As empresas de produtos supérfluos ou prejudiciais à saúde terminarão por terem as maiores restituições ou compensações, ou seja, mais créditos, já que, antes, pagavam alíquotas maiores de ICMS.
- Há mais três cenários possíveis que, igualmente, não se mostram muito auspiciosos.
- Um **aumento de tributos**, para compensar as perdas de arrecadação. Um **aumento no endividamento do Estado**, para que não mexa nos tributos, mas, assim mesmo, possa se manter (o que repercute nas futuras gerações). Ou, enfim, **deixar que a inflação e outros fatores econômicos ou financeiros resolvam** por si sós, se ajustem à nova cena.
- O problema é que todos esses panoramas, como grita a FIESP, fazem com que o pato seja difícil de pagar, mas, praticamente, inevitável.



Emenda Constitucional e a última palavra

- Uma última conjuntura, muito comentada em Brasília: uma Emenda Constitucional a ser votada incluindo o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
- Essa possibilidade, com a força que o governo tem demonstrado no Congresso (ninguém calcula se para o bem ou para o mal!), não parece mero blefe do Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, que ainda falou de votar a matéria antes do fim do ano...
- De qualquer forma, uma outra luz amarela surge nesse horizonte. Nosso sistema passará a ser, como dizem no mundo anglo-saxão, de "**penultimacia judicial**" ou de *weak-form judicial review*.
- O que a Suprema Corte diz terá uma validade provisória, até que os juízos ou os motivos políticos sobreponham nova norma.
- Foi assim com a inconstitucionalidade da vaquejada. Foi assim com a constitucionalidade da contribuição previdenciária do empregador rural (vulgo FUNRURAL). Foi assim com as medidas penais na sequência de denúncias contra políticos. Pode ser assim com o ICMS.



Aguardemos os próximos capítulos

Seria melhor que estivéssemos a assistir um "**Você Decide**", em vez de uma novela tão cheia de vilões, porque, pelo menos, teríamos uma impressão -- ainda que lá no fundo -- de que o desfecho da história teve a ver com os votos e com a vontade de alguma maioria.



Muito obrigado!

- Telefone: (61) 2025.5034
- jose.pereira-sousa@pgfn.gov.br
- pericles.sousa@gmail.com



Debates atuais

- **A modulação vale em prol da Fazenda Pública e do contribuinte?**
 - Corporatocracia (empresas determinando o rumo do sistema político);
 - Estado não é *Leviatã*, mas um complexo de respostas heterogêneas (que surpreendem até seus advogados!);
 - Argumento *ad terrorem* invertido (milhões ou bilhões, hoje, trazidos mais pelas empresas);
 - Narrativas que influenciam as decisões construídas a partir de “matrizes comunicativas anônimas” (Gunther Teubner) e não apenas pela legislação ou outros mecanismos estatais.
 - Thomas Bustamante, Heleno Torres, Fernando Facury Scaff (*pró-contribuinte*) x Daniel Sarmento, Fábio Martins de Andrade, Ana Paula Oliveira Ávila (*pró-Fisco*).



Debates atuais

- Qualquer juízo pode modular os efeitos de suas decisões?
 - *Poder geral de cautela?*
 - Prerrogativa consequente do poder de decretar a inconstitucionalidade incidental? (*quem pode o mais, pode o menos*)
 - Mesmo que o nCPC tenha apontado somente as demandas repetitivas?