Abhner Arabi: Modulação de efeitos pode ser medida arriscada

Não é fato novo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, diante das (subjetivas) “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, conforme expresso no artigo 27 da Lei 9.868/99, modular os efeitos materiais de suas decisões, quando declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, desde que assim se manifestem pelo menos 8 de seus ministros. Tal instituto jurídico, de utilização relativamente frequente, representa uma importante técnica de decisão à disposição da Corte, pela qual se torna possível afastar a regra dos efeitos *ex tunc*. Até aí, nada novo.

A novidade, porém, – a qual motiva o presente artigo – sobreveio no julgamento da ADI 4.481, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, quando se julgava a alegação de inconstitucionalidade da Lei 14.985/2006 do estado do Paraná. Por tal diploma legal, instituía-se, para os estabelecimentos industriais daquele estado que realizassem a importação de bens ou mercadorias através dos aeroportos ou portos de Paranaguá e Antonina, a possibilidade de parcelamento do ICMS devido em tal operação, sem a incidência de atualização monetária ou juros, o que acabava por criar um tipo de crédito fictício relativo ao imposto. Tal instituição legislativa, configurando-se como uma modalidade de benefício fiscal relativo ao ICMS, se opõe ao procedimento específico previsto no artigo 155, parágrafo 2º, XII, g, do texto constitucional, o qual, em combinação com a Lei Complementar 24/75, dispõe que os benefícios fiscais relativos ao ICMS apenas podem ser concedidos ou revogados por meio de convênios específicos celebrados unanimemente pelos estados e Distrito Federal, mediante deliberação no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. A ação, portanto, foi julgada parcialmente procedente, apenas não alcançando o inciso I do artigo 1º da lei, sob a fundamentação de que tal dispositivo apenas estabelecia o diferimento no pagamento do tributo, o que, nos termos da jurisprudência do STF, não exige a celebração de convênio junto ao CONFAZ[1].?

Como se sabe, a exigência desse procedimento específico para que se conceda ou revogue benefício fiscal relativo ao ICMS – lembro que para os outros impostos basta, em regra, a edição de lei específica criada pelo ente federado responsável por sua instituição[2] – é garantir a manutenção do equilíbrio do pacto federativo, bem como da tributação entre os estados-membros da federação. Busca-se, assim, evitar o fenômeno denominado guerra fiscal, pelo qual se procederia a uma busca quase que irrefreável de instituição de benefícios fiscais e de redução da carga tributária, aumentando a visibilidade daquele estado para os empreendedores e investidores. No caso específico, aliás, envolvia-se não só uma hipótese de guerra fiscal, mas um exemplo do subfenômeno da guerra dos portos, já que os benefícios fiscais instituídos alcançariam apenas as importações realizadas via os portos/aeroportos especificados na Lei, criando uma disputa tributária entre os estados por onde entram os produtos importados, concedendo estímulos para as importações que se derem por seus respectivos terminais portuários.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Diante disso, são constantes as ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a validade de atos normativos estaduais instituidores de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a observância de seu procedimento específico. Nessas ações, é também constante o pedido de que, em caso de procedência, decida-se por modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, atribuindo-lhes caráter ex nunc. Usualmente, até o julgamento, da ADI acima referenciada, esses pedidos de modulação eram sempre rejeitados, já que sua aprovação representaria em verdadeiro estímulo à produção dessas normas inconstitucionais.

No julgamento da ADI 4.481, entretanto, ministro Roberto Barroso, invocando o princípio da segurança jurídica aplicado aos contribuintes, propôs que, diante do lapso temporal existente desde a edição da Lei e a data de julgamento da ação, fossem modulados os efeitos da decisão para dotá-la de eficácia a partir da data da sessão em que se concluiu o julgamento. Vencido o ministro Marco Aurélio, a proposta de modulação foi aprovada. Eis a – perigosa – novidade do julgado.

A modulação de efeitos em decisões que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos que unilateralmente instituem benefícios fiscais de ICMS, mesmo não se negando a importância do princípio da segurança jurídica na ordem constitucional brasileira, é medida bastante arriscada. Não há como negar: tendo em vista os antigos e há muito consolidados entendimentos jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, e dada a manifesta e explícita ofensa ao texto constitucional, tais normas estaduais que instituem os referidos benefícios são feitas já se sabendo serem inconstitucionais. Não se pode privilegiar tal cenário.

É certo que as normas jurídicas nascem com presunção de constitucionalidade, pelo que se consideram constitucionais até que sejam declaradas inconstitucionais. No entanto, tal presunção, que é relativa, não pode prevalecer em casos de flagrante inconstitucionalidade, tal qual o que se apreciava na ocasião do indicado julgamento. Veja-se que a norma impugnada chegava a delegar ao governador do estado a possibilidade de, por meio de decreto – ato singular e próprio –, conceder outros benefícios fiscais relativos ao ICMS, como "forma de compensar as empresas estabelecidas no Estado pela concorrência desleal provocada por favores concedidos à importação de importação de mercadorias e bens por outras Unidades da Federação". Haja inconstitucionalidade para uma lei só! Se existissem graus de inconstitucionalidade, esta norma certamente estaria bem ranqueada.

É certo que os interesses do contribuinte devem ser preservados em um Estado Democrático de Direito, mas não se pode falar que de tal norma tão manifestamente inconstitucional nasça qualquer expectativa de direito. Era de se afastar, no caso, a presunção de constitucionalidade das leis, pois o ato normativo era impugnado sabidamente inconstitucional. Há de se preservar o império da lei, a supremacia da Constituição.

Em casos como esse, uma solução mediana, e de importantes resultados práticos, seria a concessão da medida liminar pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade (que, aliás, pode, em casos excepcionais, ser concedida com efeitos *ex tunc*[3]) tão logo lhe seja distribuído o feito. Preserva-se, assim, tanto o princípio da segurança jurídica –, mesmo não se cabendo falar em legítima expectativa de direito nesse caso –, quanto a supremacia da Constituição, evitando-se a chancela de uma inconstitucionalidade útil e proposital, já que, seguindo-se o entendimento firmado pelo Supremo nesse caso, até que se julgue inconstitucional, a inconstitucionalidade manifesta produzirá os efeitos para os

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

quais foi criada.

A técnica da modulação de efeitos é de evada importância, mas não pode se prestar a tornar útil uma situação de inconstitucionalidade escancarada.

[1] Nesse sentido, afirma-se que “a tradicional jurisprudência da Corte encara a figura do diferimento do ICMS como mero adiamento no recolhimento do valor devido, não implicando qualquer dispensa do pagamento do tributo ou outra forma de benefício fiscal (ADI nº 2.056/MS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 17/8/07)”, conforme trecho da ementa do acórdão proferido na ADI 3.702, rel. Min. Dias Toffoli.

[2] Veja-se, a propósito, a disposição do art. 150, § 6º, da Constituição de 19888, segundo o qual “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g”.

[3] Veja-se, a propósito, os seguintes casos em que, diante da manifesta inconstitucionalidade, a medida cautelar de suspensão de aplicação das normas impugnadas foi deferida com efeito *ex tunc*: ADI-MC 4.696, rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI-MC 4.698, rel. Min. Joaquim Barbosa.

Date Created
27/04/2015

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.