

Moraes Luiz: A modulação dos efeitos das decisões judiciais

De modo semelhante ao *caput* da prescrição contida no artigo 282 da Constituição portuguesa, o senador Maurício Corrêa propôs, quando da Assembleia Constituinte de 1988, a introdução de um dispositivo que determinava que, quando o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade de uma norma, ela perderia sua eficácia desde sua entrada em vigor no sistema jurídico ou a partir da publicação



rejeitado.

A Lei nº 9.868/99, mais especificamente por meio da

prescrição contida no artigo 27, contudo, *facultou* ao STF, *por razões de segurança jurídica ou interesse social excepcional*, restringir os efeitos da declaração da inconstitucionalidade de determinada norma ou estabelecer que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão ou, ainda, de outro momento que venha a ser fixado.

Trata-se, pois, da chamada modulação dos efeitos da decisão que declara determinada lei ou ato normativo inconstitucional, ou seja, incompatível com a Constituição Federal, lei de ordem maior que, sem dúvida, se sobrepõe a toda e qualquer norma inferior que com ela não guarde consonância.

Notamos, inicialmente, que o artigo nº 27 da Lei nº 9.868/99, ao fazer alusão aos termos *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, deu margem a uma interpretação extremamente extensiva e, ousamos dizer, até subjetiva, com relação a tais conceitos.

Com efeito, com relação ao Direito Tributário (que é do que aqui tratamos), o que é (ou pode ser considerado) segurança jurídica ou excepcional interesse social?

De modo exemplificativo, nos autos do RE nº 1.287.019 (Tema nº 1.093), em que foi fixada a tese de que *"a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais"*, houve modulação dos efeitos da decisão em questão para 2022, tempo hábil para os estados editarem leis complementares, sendo que, nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade não terá qualquer efeito prático.

Sem prejuízo, é de se destacar que, no voto condutor do ministro Dias Toffoli, que consubstanciou a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, restou consignado, de modo expresso, que, "*nesse sentido, a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional*".

Nesse toar, reproduziu, na sequência, as considerações prestadas pelo secretário da Fazenda do Distrito Federal no sentido de que "*trata-se de uma situação que gera, obviamente, uma enorme insegurança jurídica, dada a ausência de tratamento normativo adequado a uma infinidade de operações. Como se não bastasse essa circunstância, haverá uma enorme perda de receita para os Estados, que não terão como exigir o ICMS nessas situações. Somente no Distrito Federal, estima-se uma perda da ordem de R\$ 375 milhões para o ano de 2016*".

Noutras palavras, não nos restam dúvidas de que os argumentos utilizados para a modulação dos efeitos da decisão pautou-se no prejuízo do erário público, em razão da inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, por meio de lei ordinária.

Ultrapassadas essas considerações, passemos aos aspectos constitucionais da modulação dos efeitos da decisão pelo STF que, há muito, é objeto de enorme celeuma dos mais renomados juristas.

A Constituição Federal, como já exposto, é a regra maior do nosso sistema jurídico positivo, possuindo inquestionável hierarquia normativa sobre toda e qualquer norma, de natureza infraconstitucional, que venha a destoar ou contrariar seus comandos normativos.

O STF conhecido pelos jurisconsultos como "guardião da Constituição", é o órgão máximo da Constituição brasileira, portanto deve resguardá-la integralmente, fazendo com que as prescrições nela contidas sejam integralmente preservadas.

O Legislativo, sabemos, é o responsável pela elaboração das leis e, em um Estado democrático de Direito, como o nosso, pressupõe-se que haja independência e harmonia entre os poderes, de modo que ao declarar uma determinada norma inconstitucional, o STF atua de modo compatível com suas obrigações funcionais e como um verdadeiro "legislador negativo", ao extirpar determinada lei ou ato do sistema, que não guarde coerência com a Constituição.

Contudo, e sob nosso entendimento, ao modular os efeitos de suas decisões, sobretudo, mas não só, com argumentos fiscalistas e consequencialistas, acaba por invadir, de modo positivo, a esfera do Poder Legislativo, posto que, em vez de retirar uma determinada lei do sistema vigente, acaba por fixar os termos de vigência e eficácia, de acordo com o extensivo rol hermenêutico, dos critérios previstos na Lei nº 9.868/99.

Pensar ao contrário, aventuramo-nos a dizer, resultaria em uma construção de natureza política e fiscal, à medida que as consequências financeiras da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma, sobrepor-se-iam aos seus próprios critérios jurídicos de sua validade.

A uma porque, se a lei é nula ou inválida por contrariar a norma maior, ela, naturalmente, jamais poderia ter eficácia, devendo, tão somente, ser retirada do ordenamento, desde sua vigência.

Por outro lado, o artigo nº 27 da Lei nº 9.868/99 é claro ao dispor que a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas pode ser efetivada em caso de segurança jurídica ou excepcional interesse social, de tal sorte que a motivação da restrição, por expressa previsão legal, não pode se pautar em argumentos financeiros ou fiscais, sob pena de construtivismo judicial de natureza política.

Não fosse o bastante, a interpretação simples e gramatical da terminologia "*excepcional interesse social*" já diz tudo: restrição da norma inconstitucional, em nome de sociedade, *com natureza de exceção*, o que, a nosso ver, não se confunde com a perda de arrecadação.

Nesse toar, o próprio STF, em contradição com as recentes decisões, já se manifestou, mais especificamente nos autos do AI 531125, que "*a fixação de efeito prospectivo a decisão no sentido da glosa de tributo disciplinado em norma não compatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República, visando à feitura de caixa, com o enriquecimento ilícito por parte do Estado — gênero —, em detrimento dos contribuintes no que já arcam com grande carga tributária*".

De fato, a utilização recorrente e regrada da modulação dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade, não obstante ser um estímulo à tributação ilegal, faz com que os contribuintes antecipem-se ao próprio julgamento, por meio de propositura de ações judiciais, visando, justamente, a prevenir a modulação prospectiva dos efeitos, em total dissonância com o sistema de precedentes, previsto pelo atual Código de Processo Civil, inflando, por consequência, a própria máquina judiciária, já significativamente sobrecarregada.

Não negamos, por oportuno, que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 é plenamente vigente em nosso sistema jurídico, porém sua utilização pelo STF é *uma faculdade, de caráter excepcional*, de forma que deve prevalecer, *única e puramente*, a segurança jurídica e o interesse social excepcional, como intenção do próprio legislador.

Portanto, muito embora o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 preveja a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de uma norma, há de ser considerado *seu caráter de exceção e facultatividade*, não podendo, de modo algum, tratar-se de regra a ser subjetiva e indevidamente aplicada, sob pena de construtivismo judicial, com finalidades mera e unicamente arrecadatórias e políticas.

Date Created

08/04/2021