

Modulação de efeitos que bate em Chico deveria bater em Francisco

Tem sido objeto de controvérsia, e geradora de insegurança jurídica, a maneira como um instituto — criado para dar segurança — vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal: a modulação dos efeitos, em outros termos, a limitação temporal de sua eficácia.



Hugo Segundo
professor e doutor em Direito

Um aspecto que pode ser destacado é a atenção aos requisitos que

deveriam ser observados, a fim de se fazer uma modulação desse tipo, independentemente da lide subjacente ou das partes que nela litigam. Trata-se de algo excepcional, destinado, nas palavras de Paulo Bonavides, a evitar que se crie, com a declaração de inconstitucionalidade, uma situação "ainda mais inconstitucional".

Precisamente por isso, a modulação exige, primeiro, que se esteja diante de situação na qual a declaração de inconstitucionalidade criará efeitos negativos excepcionais e expressivos.

Mas não só. É preciso, ainda, que, além do efeito negativo excepcional, se esteja diante de situação em que a pessoa que sofre tais efeitos, ou ônus, agia de boa fé e não poderia antevê-los, não sendo razoável exigir dela que os tivesse previsto.

Esses são, por exemplo, os requisitos exigidos pela Corte Europeia de Justiça (ECJ) para proceder a essa limitação temporal, não se permitindo que a mera necessidade de restituir tributos indevidos — consequência lógica, e nada excepcional, de toda decisão que afirma inválida a norma que os cria — seja motivo para modulações. Também não se modula quando a invalidade decorre da aplicação de entendimento jurisprudencial que era, ou deveria ser, conhecido por parte de quem editou a norma em sentido contrário, criando o tributo mesmo assim.



O Supremo Tribunal Federal talvez não esteja sendo tão atento a tais premissas, notadamente quando se trata de lei instituidora de tributo depois declarada inconstitucional. A modulação tem sido a regra, como se nota em casos como o da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, da invalidade das alíquotas excessivas do ICMS incidente sobre energia elétrica, das normas que ampliavam os prazos decadenciais e prescricionais para lançamento e cobrança de contribuições previdenciárias, ou do diferencial de alíquota do ICMS nas operações destinadas a não contribuintes do imposto, apenas para citar alguns exemplos. Levantada a questão apenas da tribuna, pela Fazenda que se percebe perdedora durante a sessão, ou mesmo só depois, em declaratórios, a modulação foi concedida em todos esses casos, porque a mera necessidade de restituição seria um "prejuízo".

Sem entrar no mérito, aqui, da questão de saber se havia alguma dúvida sobre a essencialidade da energia elétrica, ou da necessidade de lei complementar para traçar prazos de decadência tributária, por exemplo, o fato é que igual complacência não se tem visto, em situações nas quais o novo entendimento, de cuja limitação temporal se cogita, prejudica o contribuinte que se pautava por critérios anteriores e pela decisão substituídos. Nesses casos, aliás, há um agravante: o contribuinte não raro confia em jurisprudência que já existe, pacífica, afirmando a invalidade do tributo, e quando a questão chega ao STF, este altera esse entendimento, passando a afirmar devida a exação. A mudança, que por vezes se dá na jurisprudência da própria Corte Maior, pega contribuintes de surpresa, e pune aqueles que inclusive haviam há muito deixado de recolher a exação. Foi o que se deu, por exemplo, no que tange à revogação da isenção de Cofins das sociedades de profissionais, cuja invalidade havia sido reconhecida pelo STJ (Súmula 276/STJ), tendo o STF reiteradas vezes afirmado que a questão não lhe competia examinar, por ser meramente infraconstitucional. Com a alteração do entendimento, afirmou-se válida a revogação, e devida a contribuição por todos aqueles que vinham há anos sem a recolher, por confiarem na jurisprudência.

Atualmente, coloca-se na corte a questão de saber se deve ser modulada a decisão que afirmou válida a incidência de contribuição patronal sobre o terço de férias (RE 1.072.485). Muitos contribuintes vinham, há anos, sem recolher a exação, confiando em uma jurisprudência pacífica formada a respeito. Até que a Corte Maior afirma a validade da cobrança, sem qualquer ressalva ou observação excepcional quanto àqueles que, amparados no entendimento anterior, não a vinham recolhendo. Suscitada então a necessidade de modulação, diante da surpresa da reviravolta jurisprudencial, a questão está pendente, interrompida por pedido de destaque do ministro Fux.



Caso não haja a modulação, neste caso, haverá mais do que um prejuízo expressivo — pois às exações não computadas como custo, que as empresas agora terão de pagar, ainda se acrescentarão multas e juros —; haverá um golpe na confiança de quem assim agia por levar a sério as orientações do Poder Judiciário. E, se a modulação ressaltar apenas aqueles que já entraram com ações até alguma data a ser estabelecida no passado, o que às vezes ocorre, ter-se-á mais uma sinalização para que, na dúvida, se judicialize o quanto antes toda e qualquer questão, incentivo nada bom diante do atual cenário de congestionamento desnecessário do Poder Judiciário. Mas o pior, se não houver modulação, será a mensagem de que só tem direito à segurança o poder público, que edita normas inconstitucionais para se beneficiar, não raro em desrespeito à jurisprudência já firmada; já o cidadão, em nome do qual historicamente se criaram Constituições e catálogos de direitos fundamentais, destinatário último destes, quando segue os pronunciamentos judiciais e com base neles se organiza, não tem.

Meta Fields