

Fernando Mourão: STF presta desserviço ao modular efeito de decisão

01/01/2015

Como já era esperado, o Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.628 e 4.713 e do Recurso Especial 680.089, ocorrida em 17 de setembro de 2014, confirmou que são inconstitucionais as determinações do Protocolo ICMS 21/01, do Conselho de Política Fazendária (Confaz).

Em síntese, esse protocolo impunha que, nas operações interestaduais de aquisições de mercadorias por meios não presenciais (vendas pela internet), houvesse o recolhimento de ICMS complementar em favor dos estados de destino¹ dessas mercadorias – e não apenas o recolhimento no estado de origem das mercadorias.

Ou seja, em linha com pronunciamentos anteriores e premissas estabelecidas por praticamente toda a doutrina que enfrentou o tema, afastou-se a aplicabilidade do principal ato normativo que fundamentava a cobrança de ICMS na entrada de mercadorias pelos estados onde se encontram os consumidores finais (consumidores não contribuintes desse tributo).

Entretanto, o que gerou grande surpresa nesse julgamento foi que o Supremo, aplicando a modulação dos efeitos da decisão, fixou o entendimento de que a inconstitucionalidade seja aplicada parcialmente.

Assim, segundo o STF, as determinações do Protocolo 21 seriam inconstitucionais apenas após 19 de fevereiro de 2014, quando foi deferida a medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.628.

Anteriormente a essa data, os efeitos da determinação de inconstitucionalidade pelo STF não seriam aplicados, com exceção a apenas:

- a) as ações já ajuizadas anteriormente a essa data, que terão o mesmo entendimento de inconstitucionalidade julgado pelo STF;
- b) os contribuintes que deixaram de pagar o ICMS não devem cobrados.

Com exceção ao voto proferido pelo ministro Marco Aurélio², crítico da solução de modulação posta pelo STF, sustentamos que, pelas razões que seguem abaixo, ao se afirmar a aplicação da inconstitucionalidade apenas a um determinado período de tempo, o plenário do STF prestou um desserviço à Justiça.

Com efeito, apostando em uma mudança de orientação, entendo que o procedimento adotado pelo STF incentiva o Poder Executivo a emitir novos comandos inconstitucionais e a não se responsabilizar pelos respectivos prejuízos causados à sociedade e permite a leniência do Poder Legislativo sobre assuntos de “guerra fiscal”. Por fim, esse procedimento acarretará novas demandas para o Judiciário, contrariamente ao que se alegou como fundamento para assim



decidir.

Nesse sentido, cumpre lembrar que, desde a edição da Lei 9.868/99³, foi concedida ao STF a faculdade de modular os efeitos de decisões que afastam atos normativos do nosso sistema, sendo necessário para essa modulação que haja evidência de dois requisitos: o excepcional interesse social e a segurança jurídica.

A decisão, que aqui é objeto de crítica, justifica a exceção para considerar constitucionais as relações passadas, fundamentando que o excepcional interesse social é representado pelos problemas orçamentários dos governos estaduais e do Distrito Federal, que deveriam devolver os valores cobrados de forma inconstitucional.

Estranhamente, o STF, mesmo não confirmando os números citados pelos representantes do Pará, se sensibilizou em favor dos Estados que praticaram atos inconstitucionais⁴.

Também nessa mesma linha, o Supremo utilizou como argumento que o Poder Judiciário não teria novas demandas sobre esse assunto, o que permitiria uma melhor prestação jurisdicional.

Essas justificativas não se sustentam, dado que o interesse social não deve ser restrito ao interesse do Poder Público (no caso, o Estado/Distrito Federal), com seus governantes e agentes conhecedores da Constituição e que perpetuaram uma cobrança que, no entender do próprio Supremo, foi flagrantemente inconstitucional.

Quando a lei determina “excepcional interesse social”, é claro que o faz em razão da própria sociedade, que, de boa-fé, pagou aos cofres públicos mais do que devia e, ainda, se vê mal representada pelo poder político, na medida em que o ciclo vicioso das ilegalidades é mantido: “Ninguém pratica mais ilegalidades do que seu governo legitimamente constituído”⁵.

Além de contrariar o interesse social, a decisão também não confere segurança jurídica à sociedade, uma vez que gera incerteza sobre as regras constitucionais vigentes e permite que todo e qualquer ente público possa perpetrar cobranças inconstitucionais, arbitrariedades e outros atos, em desacordo com o sistema.

Portanto, caso o Supremo adote o mesmo procedimento daqui para a frente, homologando os atos notoriamente inconstitucionais de um determinado período, acabará influenciando na esfera de outros Poderes, perpetrando o vício de edição de atos normativos inconstitucionais, ou seja, incentivando inconstitucionalidades vantajosas para o Poder Público em detrimento do cidadão contribuinte.

Além disso, ao manter esse critério, mesmo em respeito aos constitucionalistas presentes na Corte Suprema, o STF adotou fórmula⁶ de julgamento que não está presente na lei e que, no mérito, contradiz a Carta pela qual deve zelar. Assim, o STF atua como verdadeiro Poder Legislativo e Constituinte, na medida em que cria “nova fórmula” e altera a Constituição para aqueles que não ingressaram com ação antes do julgamento.

Ademais, além desses argumentos, esse julgamento não provocará a diminuição das ações no Poder Judiciário.

Ao contrário, fomentará novas ações judiciais, uma vez que, ao se manter essa nova orientação, todos os contribuintes demandarão em juízo para evitar o risco de o STF considerar inconstitucionais apenas os atos futuros ao julgamento e aplicar o entendimento de inconstitucionalidade apenas àqueles que ajuizaram ação, como foi o caso.

Assim, mesmo aqueles atos com defeitos, casos flagrantemente inconstitucionais do Poder Público, serão remediados pelo STF mediante a modulação dos efeitos da decisão. Isso se equipararia a uma droga que vicia o doente e permite que ele continue no seu vício. O problema é quem paga a conta!

1 - Com o aumento da atividade de e-commerce, as empresas deixaram de manter lojas físicas no Estado de destino dos produtos, onde se localizam os consumidores finais. Nessa hipótese, o ICMS é devido apenas nos Estados que remetem as mercadorias, o que gera perda de arrecadação, por exemplo, para Estados que não possuem centros de distribuição de produtos.

2 - Trecho do voto proferido na ADI nº 4.628/DF: “Por isso, entendo que o caso mostra-se emblemático quanto à impossibilidade de chegar-se à modulação. E, perdoem-me a expressão carioca, houve uma cara de pau incrível, no que se estabeleceu esse protocolo, colocando-se, em segundo plano, o documento básico da República, a Constituição Federal, que precisa ser mais amado, principalmente pelas unidades da Federação. Que se aguarde a reforma tributária, porque proceder-se a essa reforma mediante simples protocolo é passo demasiadamente largo”.

3 - Lei 9.868/99 - Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

4 - Sobre a rigidez e relativa autonomia das regras constitucionais sobre a tributação do ICMS, Roque A. Carrazza, em ICMS, 16ª Edição, Malheiros, pág. 31 assevera: “(...) Em matéria tributária, o legislador constituinte pátrio adotou técnica de prescrever, de modo exaustivo, as áreas dentro das quais as pessoas políticas podem exercer a tributação. Forjou, portanto, um sistema rígido de distribuição de competências. Desse modo, os entes políticos só podem atuar dentro dos estritos termos da competência tributária que lhes foi outorgada pela Constituição Federal, uma vez que dela recebem não o poder tributário, mas sim uma parcela desse poder, bastante limitada pelas normas que disciplinam seu exercício. (...)”.

5 - Pág. 70, Vasconcelos, Arnaldo. Direito e Força: Uma Visão Pluridimensional da Coação Jurídica. São Paulo: Dialética, 2001.

6 - Trecho do voto reproduzido (...). O sr. ministro Luiz Fux - “Eu propus uma fórmula intermediária submetida ao Tribunal, que seria a seguinte: a declaração de inconstitucionalidade vale a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, ou seja, as ações em curso têm que ser julgadas de acordo com o que se decidiu na ADI e no recurso extraordinário. Agora, se nós dermos efeito ex tunc, vai ser um caos”.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jan-01/fernando-mourao-modulacao-efeitos-icms-stf-provoca-judicializacao/>