

Critérios utilizados em decisões com modulações no STJ e no STF

07/06/2024

Os critérios utilizados em relação à modulação aplicada em recentes decisões proferidas pelos tribunais superiores, em matérias tributárias, têm gerado críticas sob a perspectiva jurídica, em vista da possibilidade de um cenário de insegurança jurídica e judicialização de questões por força da adoção de marcos temporais contraditórios e em desacordo com a legislação processual correlata a esse tipo de delimitação temporal de decisões judiciais.

Para fins de definição dos efeitos da modulação das decisões proferidas, seja em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de repercussão geral ou recurso repetitivo de controvérsia, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, necessitam verificar, não só o cenário jurídico que até então prevalecia em relação ao tema julgado, como também os desdobramentos econômicos e sociais que serão causados, a partir da repercussão da decisão proferida.

Marcello Casal Jr/Agência Brasil



Desde 1999, a Lei nº 9.868, dispõe sobre o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e, em seu artigo 27, definiu os requisitos para a aplicação da modulação:

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.

A modulação, nada mais é, do que a possibilidade dos tribunais superiores restringirem os efeitos da decisão proferida, com base em critérios temporais, podendo atribuir-lhes os efeitos *ex tunc*, que irão retroagir, ou *ex nunc*, quando os efeitos não retroagem.

Conforme previsto no dispositivo acima transcrito, para a sua implementação, são necessários um quórum qualificado e ainda a demonstração de que tal modulação trará segurança jurídica ou atende **excepcional** interesse social

Também o Código de Processo Civil de 2015, passou a dispor de forma expressa, em seu §3º, artigo 927, sobre a possibilidade de modular os efeitos das decisões, nos casos decorrentes de alterações de teses jurídicas com base em requisitos similares àqueles previstos na Lei nº 9.868/99:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§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.”

Mudanças

Contudo, ao longo dos anos, os critérios adotados pelos tribunais superiores para definir os marcos temporais no tocante à modulação de suas decisões têm sofrido mudanças, criando um cenário de incertezas.

Tais incertezas ficam evidentes à medida que se analisa alguns exemplos de casos emblemáticos decididos pelos tribunais superiores e a ausência de coesão entre os critérios definidos para a modulação em cada caso.

Analisemos as modulações definidas nos casos de inconstitucionalidade do diferencial de alíquota do ICMS e na cobrança do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, em paralelo ao caso dos limites da coisa julgada.

Em 2021, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 1.093 – ADI 5.646, 5.469 e RE 1.287.019 declarou, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS por meio do Convênio Confaz nº 93/2015 por invasão de competência privativa da Lei Complementar, sendo a tese assim definida:

Tema n. 1.093: [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.

Nesse julgado, o relator ministro Dias Toffoli entendeu ser necessária a modulação dos efeitos da decisão. Segundo o seu entendimento, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS por ausência de lei complementar, os Estados continuaram a poder cobrar o ICMS com base nas cláusulas do convênio em razão do vácuo normativo à época.

A ausência da modulação, portanto, faria com que os estados e o Distrito Federal se submetessem a situação pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional.

Assim, em conjunto com a análise de mérito proferida em 2021, definiu-se que, embora inconstitucionais as leis dos estados e do Distrito Federal sobre o tema, a decisão do Supremo

deveria produzir efeitos apenas a partir do exercício financeiro seguinte, ou seja, a inconstitucionalidade declarada passou a valer apenas a partir de 2022.

No julgamento da ADC 49, sobre a possibilidade de cobrança do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o mérito foi julgado em abril de 2021, com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II; 12, I no trecho *“ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”*, e 13, §4º, da Lei Kandir (Lei Complementar 87/1996).

Entendendo pela necessidade de modulação dos efeitos da decisão, foram opostos embargos de declaração, tendo o relator ministro Edson Fachin, em setembro de 2021, votado pelo parcial provimento dos embargos de declaração, *“tão apenas para modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do próximo exercício financeiro”*, acompanhado pelos ministros Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

Após sucessivos pedidos de vista dos ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli, Nunes Marques e Alexandre de Moraes, os embargos de declaração foram julgados definitivamente em abril de 2023, com a proclamação do resultado em sessão presencial em abril de 2024.

Dada a delonga no julgamento dos embargos de declaração, o ministro relator Edson Fachin ajustou o seu voto, julgando procedentes os embargos de declaração, para modular os efeitos da decisão, *“a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, e, exaurido o prazo sem que os Estados disciplinem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, fica reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos”*.

Restaram vencidos, em parte, os ministros Dias Toffoli em voto divergente, que foi acompanhado pelos ministros Luiz Fux, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e André Mendonça.

O ministro Dias Toffoli, ainda em 2022, pautando o seu voto na segurança jurídica na tributação, equilíbrio do federalismo fiscal e o interesse social, julgou ser o caso de se conferir prazo razoável para que advenha a nova legislação, propondo que a decisão de mérito tivesse eficácia após o prazo de 18 meses, contados da data de publicação da ata de julgamento dos embargos de declaração.

Ou seja, não bastando a declaração de inconstitucionalidade em 2021, ainda assim, seria concedido mais 18 meses para que fosse elaborada nova legislação, contados a partir da ata de julgamento, o que, corresponde, na prática, a muito mais que 18 meses.

Questionamento

Entendemos que em ambos os casos acima analisados, bastou a compreensão de que ausência da modulação submeteria os estados e Distrito Federal a uma situação pior do que a anterior, com a necessidade de concessão de prazos razoáveis para edição de leis, que se permitiu que leis sabidamente inconstitucionais concretizassem seus efeitos, ainda que em por determinado

período.

Questiona-se, qual a segurança jurídica ou interesse social que se garante, ao perpetuar a inconstitucionalidade de leis para além do tempo?

Em paralelo a este caso, com posicionamento destoante, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar em conjunto dos Recursos Extraordinários nº 955.227 e nº 949.297, vinculados aos Temas de Repercussão Geral 881 e 885, que discutem, respectivamente, os limites da coisa julgada individual tributária em face de decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, rejeitou a possibilidade de modulação dos efeitos.

Nesses casos, firmou-se o entendimento de que a decisão, seja em controle concentrado ou difuso, contrária à coisa julgada do contribuinte, em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, corresponde à alteração de estado de Direito, e, portanto, norma jurídica nova ao contribuinte, devendo ser observado a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena, e, no caso das contribuições para a seguridade social, a anterioridade nonagesimal.

Em relação ao pedido de modulação, os contribuintes tinham a esperança de que fosse privilegiada a jurisprudência pacífica e consolidada sobre a coisa julgada favoravelmente aos contribuintes.

O Supremo Tribunal Federal, rejeitou a modulação, amparado pelo raciocínio de que o contribuinte já detinha prévio conhecimento do seu posicionamento, reconhecendo a possibilidade da cessação dos efeitos da coisa julgada. Deixou claro, ainda, que a segurança jurídica afeta à coisa julgada não é valor absoluto, desde que ocorra em detrimento de princípio “mais fiel” à vontade constitucional.

Dois pesos, duas medidas

Não se deve desconsiderar, inclusive, que para esta discussão o debate também se arrastou por anos e, até então, os contribuintes possuíam decisões transitadas em julgados favoráveis, gozando de seus efeitos.

Ignorar o cenário jurídico, sem que seja observado no momento da modulação, é criar um cenário de insegurança jurídica, o que vai de encontro com o próprio objetivo da modulação.

Há um nítido descompasso entre os critérios eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, para aplicação dos efeitos da modulação, em casos tributários.

Se, sob a justificativa dos princípios da segurança jurídica, equilíbrio do federalismo fiscal e interesse social, entende-se pela eficácia pró-futura de decisões que reconhecem a inconstitucionalidade das leis aplicadas pelos Estados e Distrito Federal, estes mesmos princípios não foram respeitados ao se julgar os limites da coisa julgada individual tributária, prevalecendo mitigação do princípio da coisa julgada contrária ao contribuinte.

Entendemos que o instituto da segurança jurídica vem sendo analisado sobre prismas inteiramente distintos a depender de quem interessa a modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal tem como função a preservação da segurança jurídica, princípio estabilizador das relações socioeconômicas no país, porém, o critério eleito que tem sido adotado para modular as decisões, tem demonstrado viés distinto por força dos efeitos da decisão em relação à parte atingida, se aos contribuintes e/ou ao erário.

O Superior Tribunal de Justiça também não se distância em relação à inovação quanto à definição dos critérios para se determinar a modulação dos efeitos de suas decisões, causando insegurança e desequilíbrio no tratamento igualitário e paritário entre contribuintes.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.898.532, Tema Repetitivo 1.079, que discutia a limitação de 20 (vinte) salários mínimos da base de cálculo de contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros, essa corte entendeu que os artigos 1º e 3º do Decreto Lei nº 2.318/86, ao revogarem o *caput* e o parágrafo único do artigo 4 da Lei nº 6.950/81, extinguíram, independentemente da base de cálculo eleita, o limite máximo para o recolhimento destas contribuições.

No que diz respeito à modulação dos efeitos, a decisão proferida pelo STJ determinou a sua aplicação *ex nunc* somente para aqueles contribuintes que previamente ao julgamento, possuíam ações judiciais e ou protocolaram pedidos administrativos até a data do início do presente julgamento. Além disso, é necessário que fossem concedidos pronunciamento judicial ou administrativo favorável, restringindo-se a limitação da base de cálculo, porém, até a publicação do acórdão.

A eleição deste critério evidencia um tratamento desigual aos contribuintes, na medida que vincula os efeitos da modulação à um pronunciamento judicial ou administrativo favorável, condição esta que foge aos limites de agir do próprio contribuinte.

Não basta o contribuinte agir em prol de seus interesses, naquilo que lhe compete, através do ajuizamento da ação sobre o tema ou requerer a compensação administrativamente. O contribuinte ainda fica submetido à “sorte”, por assim dizer, em obter um provimento favorável, considerando que o processo, seja administrativo ou judicial, é regido pelo princípio do livre convencimento motivado, no qual os julgadores têm ampla liberdade para decidir, desde que fundamentem sua decisão.

Claramente o critério eleito pelo Superior Tribunal de Justiça é de natureza subjetiva, que foge ao controle de atos que podem vir a ser praticados pelos contribuintes. Estes critérios se distanciam do razoável, do interesse social e da segurança jurídica.

Escolha aleatória de critérios

No cenário atual, não se discute que o interesse social e a segurança jurídica devem ser considerados caso a caso, com base no contexto fato-normativo da tese que se analisa. Porém, na evolução da aplicação dos efeitos de modulação, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se uma escolha aleatória de critérios, que se distanciam da essência da segurança jurídica que se busca assegurar.



Assim, o instituto da modulação, que fora criado para garantir a aplicação do princípio da segurança jurídica, tem criado efeitos contrários, traçando cenários de incertezas e insegurança jurídica no ordenamento.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jun-07/os-criterios-utilizados-em-decisoes-com-modulacoes-no-stj-e-stf/>