

Modulação de efeitos de decisões tributárias e mutação da jurisprudência

02.12.2021 6 minutos de leitura

Autores

Lígia Regini

Áreas relacionadas

Tributário

Assuntos

Tributário ICMS Lígia Regini

A modulação de efeitos das decisões tributárias proferidas pelas Cortes Superiores é tema de que nos ocupamos em outras oportunidades, focados, num primeiro momento, nos pressupostos regentes do instituto – competência, procedimento, legitimidade, quórum e momento para a emissão da decisão moduladora –, para avançar, na sequência, sobre o fenômeno da mutação jurisprudencial em confronto com a assim chamada jurisprudência dominante – ponto complementar da lista de requisitos que vimos construindo.

A escassez normativa sobre o tema nos instiga a buscar na interpretação sistemática da legislação processual civil os elementos identificadores dos pressupostos a que nos referimentos – esse é o método que adotamos e que assenta suas bases na maximização da segurança pretendida pela modulação.

Como já tivemos oportunidade de expor, a superação para frente de um precedente busca resguardar os efeitos dos atos e fatos praticados em conformidade com a orientação jurisprudencial até então prevalente.

O respeito à jurisprudência dominante e ao respectivo Tribunal Superior é o bem jurídico que a eficácia prospectiva da modulação tende a proteger – essa a ideiabase, em suma.

Mas afinal, o que seria jurisprudência dominante? Sua fonte, origem e rito determinariam tal dominância, a justificar os limites da decisão moduladora?

Ao disciplinar as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADC e ADI), a Lei nº 9.868/1999 previu a adequação, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dos efeitos de decisões proferidas mediante votos da maioria qualificada (2/3), “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Nenhuma menção legal à jurisprudência até então formada.

Já o Código de Processo Civil (CPC), ao consagrar a autoridade dos precedentes, elevou a alteração da jurisprudência à condição de causa de modulação “no interesse social e no da segurança jurídica”, assim qualificada a “jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos” e “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos” (§§3º e 4º do artigo 927).

A literalidade do dispositivo – considerada a generalidade da expressão jurisprudência dominante – encampa, a nosso sentir, tanto a posição eventualmente firmada em sede de controle concentrado de constitucionalidade quanto a posição dada em precedente, seja ele (ou não) repetitivo ou mera súmula.

Em outras palavras, a modulação estaria legalmente autorizada diante da existência de jurisprudência dominante sobre a mesma matéria jurídica de mérito, entendida, nesse contexto, anterior decisão:

- do STF e Tribunais Superiores (STJ, TST), respectivas Turmas e Plenário;
- em controle concentrado ou controle difuso, com repercussão geral;
- em posição pacificada;
- em precedente sob o rito repetitivo;
- em enunciado de súmulas.

No atual contexto normativo, parece-nos mandatário que o tribunal modulador considere a pré-existência de jurisprudência dominante ao deliberar os efeitos de decisão de mérito que a supera ou modifica.

No âmbito tributário, marcado pela estrita legalidade e máxima proteção da confiança e boa-fé do contribuinte, essa constatação implica dizer que matéria já tratada em jurisprudência dominante de algum Tribunal Superior deve necessariamente passar pela modulação de efeitos quando a decisão de mérito superveniente é modificativa e desfavorável ao contribuinte [1]. Nessa hipótese, o instituto da modulação servirá à preservação do tratamento tributário dado a fatos geradores anteriores em conformidade com a então dominante orientação jurisprudencial, ratificando o basilar respeito ao Poder Judiciário no sistema de formação de jurisprudência.

Na hipótese inversa, ou seja, de decisão modificativa favorável ao contribuinte, os efeitos pretéritos poderão ser adequados conforme o contexto jurisprudencial anteriormente formado nos Tribunais Superiores, se presentes os demais pressupostos legais da modulação, como o interesse social e o potencial prejuízo com eventual ressalva do acesso à Justiça.

Dado o poder-dever atribuído por lei ao Julgador, ministros do STF discordam sobre a suficiência da jurisprudência dominante como requisito para o corte temporal da eficácia de decisão modificativa. Para o ministro Fachin, por exemplo, “se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (prospective overruling). Artigo 927, § 3º, do CPC” (RE 593.849). Para a ministra Rosa Weber, noutro giro, “a modulação dos efeitos das decisões judiciais modificadoras de jurisprudência traduz corolário da exigência de previsibilidade que, por sua vez, decorre diretamente dos postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima” (RE 377.457) e, “em casos tais, a modulação não é uma escolha do juiz, é uma imposição da própria força normativa da Constituição” (ministro Gilmar Mendes, RE 574.706).

Impositivo ou não, suficiente ou não, fato é que o pressuposto da jurisprudência dominante se faz presente no histórico das deliberações colegiadas do STF sobre modulação de efeitos. É o que ilustram votos proferidos em emblemáticas teses tributárias, como:

- a da exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo do Programa de Integração Social/

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS/Cofins, tema 69), com decisão de mérito favorável aos contribuintes em contraposição à jurisprudência então desfavorável (STJ, tema 313) formada antes de março de 2017, definindo o corte temporal da inconstitucionalidade da cobrança conjuntamente com o critério do prejuízo aos cofres públicos e ressalva das ações em curso;

- a da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB – RE 1.187.264 – tema 994) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente na saída subsequente à importação, cujos precedentes do STJ favoráveis ao contribuinte (REsp 1.624.29; tema 912) não foram suficientes para motivar o acolhimento do pedido de modulação; e
- a da constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias (RE 1.072.485; tema 985), objeto de flagrante “virada” jurisprudencial em desfavor dos contribuintes antes pautados pelo STJ (Repetitivo REsp 1.230.957) e próprio STF (tema 908).

Por força dos primados da segurança jurídica, da confiança, da estabilidade e da previsibilidade das relações, além do desejável respeito à autoridade dos precedentes, o pressuposto da jurisprudência dominante deve legitimar o excepcional corte temporal da decisão modificadora superveniente, sobretudo quando desfavorável à pretensão do contribuinte – em conjugação com os requisitos de interesse social, como impõe o legislador.

*Este artigo foi escrito por nossa sócia Lígia Regini, da área Tributária, e por Carlos Eduardo Makoul Gasperin e Fernanda Donnabella Camano de Souza. A publicação foi veiculada pelo Jota em 30/11/2021. Clique aqui e confira o artigo na íntegra.

[1] “O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração Pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança. Essa a razão de sua invocação apenas em presença de modificação jurisprudencial em detrimento do contribuinte.” (DERZI, Mizabel Abreu Machado in Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário, Ed. Noeses, página 604-605).

› **PROFISSIONAIS**

Profissionais que aliam visão jurídica e visão de mercado



Lígia Regini