

Processo administrativo, judicial e de execução fiscal no século XXI: Lacunas normativas na modulação de efeitos de decisões tributárias

07.06.2021 6 minutos de leitura

Autores

Lígia Regini

Áreas relacionadas

Tributário

Assuntos

Tributário Lígia Regini

Efetividade e eficiência processuais ganharam especial ênfase no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) como importantes diretrizes na resolução material do litígio e seus efeitos práticos, em prol da certeza do direito, da harmonia de decisões e, em última análise, da segurança jurídica das partes, valores fundamentais à estabilidade das relações.

Não viemos, todavia, falar de valores em termos abstratos e de percepção subjetiva. Neste breve texto, lançamos algumas indagações a respeito da “modulação dos efeitos de decisão judicial” segundo a atual dicção do CPC e da legislação esparsa, no propósito de avaliar a necessidade de movimentação do legislador na direção de regras e procedimentos desdobrados do comando geral para maior eficiência do instrumento e adesão aos tais princípios, notadamente no contencioso tributário.

No sistema jurídico brasileiro, a “modulação dos efeitos de decisão judicial” despontou com a Lei nº 9.868/1999, art. 27, para adequação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos efeitos de decisões proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADC e ADI), mediante votos da maioria qualificada (2/3), “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

Com o CPC/2015, o instituto foi positivado no art. 927 que, ao consagrar a autoridade dos precedentes, passou a prever a alteração da jurisprudência como possível causa da 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” (§§ 3.º e 4.º).

Há, pois, regras vigentes disciplinadoras de ao menos dois distintos tipos de modulação: (i) a **clássica**, cuja aplicação se dá preponderantemente em sede de controle concentrado de constitucionalidade, fundada nos conceitos abertos de segurança jurídica ou interesse social; e (ii) a **especial, derivada de mutação jurisprudencial**, cabível também em controle difuso de constitucionalidade (repercussão geral) e igualmente voltada ao interesse social e segurança jurídica. Sabe-se, ademais, que na pragmática a primeira situação é extensível às decisões exaradas em controle difuso de (in)constitucionalidade, dada a sua propensão à dessubjetivação.

No longo período que se coloca entre os citados diplomas legais, assistimos o STF aplicar a modulação em prol do interesse público e da

segurança jurídica.

Em matéria tributária, num período de 15 anos (2003-2018), identificamos oito temas julgados com modulação de efeitos num conjunto de quase 90. Na maioria desses oito temas, o STF decidiu postergar os efeitos da decisão de (in)constitucionalidade para o momento posterior à data do julgamento da tese ou da publicação do respectivo acórdão e até com ressalva do direito postulado em ações em curso naquele momento.

Na vigência do CPC/2015, o STF passou a aplicá-la com maior recorrência e assentou, inclusive, entendimento sobre o quórum de votação da modulação dos efeitos em repercussão geral e/ou recursos repetitivos: maioria absoluta (seis votos) dos membros da Corte.[1]

Recentemente, num ritmo visivelmente acelerado de julgamentos virtuais durante a pandemia da Covid-19, a Corte lançou mão da modulação ao solucionar relevantes controvérsias tributárias, como a da incidência do ITCMD sobre heranças e doações vindas do exterior (RE 851.108), a do conflito do ISS x ICMS sobre softwares (ADIs 5.659 e 1.945), a do ICMS x ISS sobre produtos farmacêuticos manipulados (RE 605.552) e a da exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins (RE 574.706) – cada qual revelando critérios imprecisos e erráticos quanto à sua excepcional aplicação aos casos concretos.

Dado tal panorama, sendo perceptível a existência de lacunas normativas sobre o tema, concluímos pela necessidade de seu suprimento, com a produção de definições objetivas dos pressupostos da modulação para que a segurança jurídica pretendida pelo instrumento ganhe máxima eficiência – sem que funcione, a contrario sensu, como elemento adicionador de indesejável surpresa.

Operando nesse sentido, perguntamos: seria possível definir pressupostos positivos e negativos de procedimento e competência, elegíveis para a modulação em matéria tributária? Compreendemos que a resposta é positiva e visualizamos os que seguem:

(i) pressupostos positivos:

(a) iniciativa para postular a modulação – compreensiva de duas variantes, a da cognoscibilidade de ofício e da resultante de provocação, desde a petição inicial ou, quando menos, por prequestionamento nas razões recursais;

(b) quórum – qualificado tanto para a modulação clássica quanto para a especial;

(c) técnica de julgamento – a abranger a declaração de constitucionalidade e a de inconstitucionalidade, bem como as variadas técnicas de aferição da (in)constitucionalidade (interpretação conforme, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, dentre outras);

(d) prejuízos (econômico e de litigiosidade) – definição se o prejuízo econômico seria suficiente para modulação, com a possível indicação de critérios a respeito da prova desse prejuízo e avaliação de impacto na multiplicação de processos;

(e) dominância da jurisprudência anterior e respectivos tribunais – no quê

consiste aquela dominância e qual sua origem (STF, STJ, plenário ou órgão especial dos tribunais locais, inclusive em incidentes de demandas repetitivas, por exemplo);

(f) tempo para o exercício da função julgadora referente à modulação – conjuntamente com a fixação da tese, evitando interregno de indefinição;

(g) extensão da medida nos aspectos temporal, objetivo e subjetivo – explícita fundamentação indicativa da eficácia da decisão de (in)constitucionalidade no tempo (período exato), de qual obrigação tributária se trata e dos sujeitos (contribuintes) envolvidos.

(h) ressalva de ações em curso/transitadas em julgado – necessário cotejo com o art. 5.º, XXXV e XXXVI, da CF e art. 156, X, do CTN, definindo-se como ficariam os créditos tributários extintos por força de decisões passadas em julgado antes da decisão do STF;

e

(ii) pressupostos negativos:

(a) proibição de invasão do ato decisório – por meio da modulação, não se poderia alterar o julgamento do mérito;

(b) vedação de estímulos à litigiosidade – impedimento à criação de situações de ajuizamento compulsório ou de penalização para quem não litigou em juízo;

(c) restrição competencial – impedimento do exercício da modulação por tribunais locais e juízes de primeiro grau;

(d) controle do efeito surpresa (confirmatório ou infirmatório das expectativas antes produzidas) – especialmente relevante na mutação jurisprudencial.

Tomadas essas ideias preliminares, estamos seguros de que a modulação no âmbito tributário merece contar com um desdobramento normativo balizador de seu exercício, a par dos que constam no diploma processual e na legislação esparsa, em prol, como sinalizamos desde o início, da concretização da estabilidade e da segurança jurídica no contencioso tributário. E é este desdobramento normativo que nos propomos a apresentar nos próximos artigos desta minissérie.

*Este artigo foi escrito por nossa sócia Lígia Regini, da área Tributária e por Carlos Eduardo Gasperin e Fernanda Donnabella Camano de Souza. A publicação foi veiculada em 04/06/2021 pelo Jota, clique aqui e confira o artigo na íntegra.

[1] Questão de Ordem no RE 638115: “o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo ministro Dias Toffoli (Presidente), deliberou que, para a modulação dos efeitos de decisão em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, com repercussão geral, nos quais não tenha

havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, é suficiente o quórum de maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, vencido o ministro Marco Aurélio, que diverge quanto à formulação da questão de ordem e quanto ao seu mérito. Votaram na questão de ordem os ministros Luiz Fux e Roberto Barroso” (j. 18.12.2019).

› **PROFISSIONAIS**

Profissionais que aliam visão jurídica e visão de mercado



Lígia Regini