

DA MODULAÇÃO DE EFEITOS E SUAS IMPLICAÇÕES: O “NOVO” PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Adriana LEBEDENKO¹
João Victor Mendes de OLIVEIRA²

RESUMO: O presente artigo visa analisar a mudança no papel do Supremo Tribunal Federal, outrora uma instância recursal, mas hoje, e cada dia mais, também um braço do Poder Legislativo, criando precedentes e objetivando seu entendimento através de súmulas. Traça-se aqui um paralelo com a evolução histórica do Tribunal de Cassação da França pós-revolucionária. A influência desse comportamento no Direito Tributário.

Palavras-chave: modulação, efeitos, ativismo, judiciário, tributário.

1. Introdução

Nos dias atuais muito se questiona qual seria o verdadeiro papel do Poder Judiciário, haja vista que vem havendo uma mudança de paradigma acerca da real essência do Pretório Excelso: de um Tribunal julgador, tem se tornado a Suprema Corte um braço do Legislativo, “criando” leis, regras próprias- que seria papel do Legislativo- por intermédio da jurisprudência e das súmulas, sobretudo as vinculantes.

O sistema jurídico brasileiro passa por aquilo que os franceses passaram em meados posteriores à Revolução Francesa: os Tribunais Superiores, assim como a Corte de Cassação francesa possuem algo em comum, que é a objetivação do entendimento. Logo, aquela velha mentalidade de que o STF, STJ e o TST são instâncias recursais vem perdendo sentido, já que hoje não basta o recurso a estas Cortes, há a necessidade de as partes demonstrarem aos Ministros que há uma criação de um novo sentido à norma, ou seja, mesmo sendo Judiciário, as Cortes atuam como um braço do Legislativo, criando precedentes. E este é um dos grandes valores que vem esculpido no novo CPC. Neste fim, há que se concluir

¹ Discente do ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: alebedenko@hotmail.com.

² Discente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: joaovictormospfc@hotmail.com.

que mesmo que nossa tradição franco-romana seja a do *civil law*, estamos diante do modelo inglês-norte americano, o *common law* - se é que, nesta altura do campeonato - pode ser feita uma distinção entre os sistemas.

2. A Revolução Francesa e a Corte de Cassação: questões iniciais:

Um dos momentos mais históricos da Humanidade foi, sem dúvida, a Revolução de 1789 ocorrida na França que significou não somente a queda do Antigo Regime, mas avanços significativos em diversas áreas do conhecimento, seja uma revolução na política da época, da economia, da administração estatal e conseqüentemente, com repercussões significativas no Direito.

Cabe tecer uma retrospectiva histórica e elucidativa do momento vivido pela França às vésperas da Revolução.

A França do século XVII vivia o céu e o inferno em um só território e ao mesmo tempo. De um lado, havia um rei e uma nobreza que viviam aos luxos, gastando infinitas fortunas para sustentar as festas e os gastos imensos em Versalhes; de outro lado, havia uma burguesia que sustentava as ostentações, com o trabalho no comércio, produção de manufaturas, etc., mas que não tinha o famigerado “sangue azul” para serem considerados nobres. Logo, a única saída desta burguesia era: ou trabalhar para sustentar os luxos de uma monarquia gastona e uma nobreza vaidosa e para serem reconhecidos, comprarem títulos reais (sejam de duques, condes, etc.), ou financiarem uma revolução que viesse a mudar completamente o cenário francês à época. Estas duas alternativas foram realizadas, em momentos próximos. Por fim, na base da pirâmide social estavam os plebeus, que significavam o grande contingente populacional e passavam por sérias necessidades econômicas e de subsistência.

Há que se destacar também que dentre as causas imediatas desta revolução, além da estratificação social, são: o surgimento dos ideais do Iluminismo, sobretudo dos estudos de Voltaire, Robespierre, etc.; a ascensão econômica e financeira de uma burguesia que tinha o desejo de ser reconhecida e poder ditar os rumos da história francesa e no plano econômico, a ascensão do mercantilismo, aliado à expansão das práticas comerciais no continente europeu. Por outro lado, uma sociedade estratificada e sem a possibilidade de mudanças sociais e neste

cenário, cumulado aos gastos da monarquia e o descaso desta com a grande maioria da população e principalmente, a fome que assolou a Europa (e aqui, há relatos de que cerca de 96% da população francesa passava fome em período antecedente à guerra civil) - sobretudo a França - geraram, como estopim, a queda da Bastilha e o início da Revolução.

Estes aspectos históricos influenciaram diretamente o direito francês, em vários aspectos. A queda da Bastilha significou o início das mudanças, sobretudo porque lá significava a opressão à liberdade. Esta prisão era o símbolo do absolutismo dos reis. Ali estavam os inimigos políticos da monarquia, presos sem o devido processo legal, em condições desumanas e degradantes e muitas vezes sem condenação. Os que eram condenados, ali estavam por decisões judiciais extremamente tendenciosas ao rei. E aqui reside o cerne de nossa problemática e o nascimento da Corte de Cassação.

O Judiciário francês à época era um braço do rei. Os juízes eram extremamente odiados, símbolos da corrupção e da parcialidade em favor da monarquia. Eram cargos vitalícios, dados à nobreza e a judicatura à época era distorcida em favor da defesa dos interesses reais. Não haviam valores mínimos como o juízo natural, devido processo legal, contraditório.

A partir destes antecedentes históricos, surgiu a Revolução Francesa e o desejo de mudança. E aqui surge o sentido da existência do Tribunal de Cassação.

O barão de Montesquieu e sua teoria de separação dos Poderes foram peças fundamentais para organização do sistema francês, com o fim de evitar a interferência do Conselho Real nas questões da justiça. Com o propósito de afastar as possibilidades de prevalência das decisões judiciais, foram criados dois órgãos: de um lado a Cassação, de outro, o Conselho de Estado que, a partir de sua jurisprudência, criou-se o que se intitula de Direito Administrativo.

No entanto, devemos ressaltar que o ideário da tripartição dos poderes vem muito antes da ideia de Montesquieu, talvez o barão francês tenha se inspirado nas próprias Sagradas Escrituras para edificar sua teoria, conforme consta no livro de Isaias, Capítulo 33,22: "Porque o Senhor é nosso juiz, o Senhor é nosso legislador, o Senhor é o nosso Rei; Ele nos salvará". Nisto, observamos que a teoria da tripartição dos poderes- embora posta em cheque com a atual função exercida

por nossa Suprema Corte- é uma das bases para o Estado Democrático, sendo esta teoria muito antiga, com base edificada até mesmo nas Sagradas Escrituras.

A teoria da separação de Poderes na França tinha uma única finalidade: a criação de três instituições independentes e a partir disto, evitar a interferência do Judiciário nas questões do Legislativo, uma vez que - como ressaltado acima - os juízes da época eram extremamente odiados e símbolos da opressão. A partir destas questões iniciais, o sistema de governo francês passou por imensas mudanças após a Revolução: de um Antigo Regime, baseado na centralização dos Poderes na figura do rei e ele próprio criando leis, tributos, nomeando juízes para julgarem questões atinentes ao interesse da monarquia, passou-se para criação de uma Assembleia Nacional Constituinte que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e que posteriormente, seria dado à França o modelo de tripartição de poderes.

Após a Revolução, ao Conselho de Estado foi dada a competência para julgar os litígios que envolvia a própria administração pública: tratava-se de um órgão independente e que para a solução das controvérsias, inicialmente, aplicava o direito civil francês, mas, em momentos posteriores este próprio Tribunal passou a criar regras próprias, que culminaria no surgimento dos princípios e regras fundamentais do direito administrativo, a partir da jurisprudência deste.

Ao Tribunal de Cassação, tinha ele uma característica peculiar: para sua criação, havia duas teorias. A primeira, afirmando que deveria ser a Cassação um órgão integrado ao Legislativo, pois seria este que cassaria as decisões do Judiciário que estivesse em dissonância com os objetivos dos legisladores, logo, esta Corte teria a função de preservar os legisladores. Outra teoria, a que venceu, justificava a Cassação com a necessidade de ser um órgão independente, tanto do Legislativo, quanto do Judiciário: seria um poder paralelo à tripartição. Com o passar do tempo e analisando o direito francês de hoje, é evidente a constatação de que a Cassação foi integrada ao Judiciário, como a Suprema Corte.

A função precípua do Tribunal de Cassação era a de combater as decisões do Judiciário. Eis a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

A decisão cassacional tinha natureza negativa; limitava-se a cassar a decisão judicial. A cassação não podia resolver o caso conflitivo e,

além disso, também não podia definir a interpretação correta, uma vez que isso constituiria invasão da esfera do judiciário³.

A mudança de paradigma acerca da função do Tribunal de Cassação se deu a partir da mudança do perfil do juiz. A partir do momento em que é dado à judicatura a capacidade de interpretar a norma e não somente aplicá-la, ficando vinculado aos parâmetros da lei, surge a necessidade de criação de um órgão com a função de uniformizar as divergências interpretativas. É esta a função, nos dias atuais, dos Tribunais.

No entanto, o cerne de nossa discussão reside no fato de que os Tribunais Superiores, além de exercerem o papel de uniformizarem a jurisprudência, vêm também exercendo papéis que, até então, eram do Legislativo: há a legislatura por meio de súmulas, o que fora favorecido após a Emenda 45/04.

Como exemplo clássico do referido acima, peguemos o caso da ADPF 132: a própria Constituição Federal e o Código Civil vigente reconheciam como família a união entre um homem e uma mulher. No entanto, em uma das sustentações orais mais brilhantes que o Pleno da Corte Constitucional já viu, o então advogado Luis Roberto Barroso (hoje, Ministro do STF) criou toda uma teoria de princípios fundamentais e com base, principalmente, na dignidade da pessoa humana e nos princípios do amor e afeto, desdobramentos do primeiro, deu excelentes argumentos para a liberalização da união homossexual. Uma decisão histórica, memorável que- de inúmeras lições que tiramos dela- temos uma das mais importantes: a Suprema Corte tem sim o dever constitucional e moral de defender acima de tudo, os valores constitucionais; não importando se nesta mesma Carta existam regras em contrário; outro ensinamento importante está no fato de que o STF é o guardião maior dos direitos fundamentais, podendo dar uma interpretação maior da lei para que seja atingido o ideal do legislador constituinte. Neste segundo exemplo, nos valem do produto da súmula vinculante nº 11, que veda a contratação de parentes no serviço público. Neste caso, a própria Constituição na veda expressamente a contratação de parentes para o funcionalismo público e mais, esta era uma prática muito comum nos Poderes da República, até mesmo no Judiciário. No entanto, numa decisão histórica, o STF entendeu que mesmo implícito, o nepotismo era vedado na própria Carta Magna e isto se dava,

³ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema, 2014, p. 36.

principalmente, pelos princípios fundantes da Administração Pública (art. 37); sobretudo pelo da moralidade, que impõe ao administrador uma conduta proba, ilibada. Veja, caros leitores, aqui o STF extraiu uma regra(súmula vinculante nº 13) de um princípio maior: o da moralidade.

Diante a estas indagações iniciais, vocês leitores podem se perguntar: o que isso tem a ver com direito tributário? E mais, até que ponto esse ativismo judicial interfere no direito tributário? É a partir destas inquietações iniciais, que construiremos nossa tese.

3- Dos princípios:

No que tange aos princípios, eis aqui um dos temas mais badalados da teoria geral do direito e sobretudo, da hermenêutica. De uma maneira muito simples, os “princípios” (latim, principium) são vetores interpretativos, axiomas que nos levam, apontam para um estado ideal a ser atingido. Em contrapartida, nas regras ,como assim já definia Dworkin, aplicam-se as ideias do “tudo ou nada”, ou seja, a regra impõe um modelo de conduta a ser seguido, um mandamento de fazer ou não; por outro lado, os vetores apontam a um objetivo, um ideal a ser alcançado. Logo, é possível vislumbrarmos dois ou mais princípios antagônicos aplicáveis a um caso concreto, já nas regras não: ou aplicamos uma regra, ou outra. Nesta diapasão, nos valem da lição de Robert Alexy⁴:

“A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescreve uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “mandamentos definitivos”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios”⁵.

⁴ ALEXY, Robert, 2009, p. 85

⁵

2009, p. 85.

ALEXY, Robert,

A partir desta lição, vislumbramos o conceito de regras e princípios, estes últimos caracterizados, sobretudo, pelo conflito, abstração e universalidade.

No direito tributário, e aqui reside nosso foco, existem cinco princípios constitucionais básicos que limitam o poder do Estado em tributar. São eles: legalidade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, imunidades, isonomia. Para uma melhor didática a este trabalho, conceituaremos dois destes princípios: a legalidade e a capacidade econômica; não que os outros não sejam importantes- pelo contrário- mas para questões didáticas e pertinentes à problemática proposto

Nesta diaposição, temos:

3.1 Legalidade:

Talvez aqui esteja um dos princípios mais antigos do sistema constitucional de um Estado de Direitos. Inicialmente, a legalidade era vista como forma de frear os poderes do soberano, a fim de que o rei estivesse responsável em seus atos. A própria Magna Carta Libertatum, de 1215, assinada por João Sem Terra já trazia dispositivos que impunham o dever do rei em agir conforme a lei ou mais ainda com os costumes.

Este princípio é muito tradicional no direito penal, onde reside aquela máxima de que não há crime sem lei anterior que o defina. No âmbito do direito tributário, vislumbramos a legalidade de forma parecida com o campo criminal: este vetor limita as atitudes do Executivo, demonstrando que não há obrigação de tributar sem lei anterior que o institua. Aqui, podemos destacar que a legalidade está ligada à segurança jurídica, já que limita a criação de obrigações de tributar.

3.2:Capacidade contributiva:

De maneira bem simples, não basta que haja a instituição do tributo: este deve ser mensurado a partir da capacidade econômica dos próprios contribuintes, de maneira peculiar, individualizada. Neste sentido, nos valem da lição de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

“A capacidade contributiva, em primeiro lugar, determina que só fatos que denotem riqueza podem compor o critério material da hipótese da regra

matriz de incidência tributária .Em segundo lugar, funciona como critério para graduação das exações, ao determinar que os tributos sejam fixados de acordo com o potencial econômico dos contribuintes”

Portanto, para sintetizarmos, o valor a ser tributado deve ser proporcional à capacidade do contribuinte.

4.0- A modulação de feitos e a segurança jurídica: uma análise crítica acerca da jurisprudência do STF.

Em uma primeira análise, devemos demonstrar que a segurança jurídica é uma opção política do legislador, a fim de dar previsibilidade, confiança e segurança aos atos dos administradores públicos e em nossa esfera, às decisões do Poder Judiciário. Em nossa Constituição, o legislador por diversas vezes fez menção à segurança, como um valor a ser alcançado pelo Estado: no artigo 5º,II, quando a lei traz o princípio da legalidade e a não punição a condutas que não estejam tipificadas na lei;ou ainda no art. 5, XXVI, quando o legislador defende o ato político perfeito e a coisa julgada.

No entanto, o sistema jurídico pátrio vem se assemelhando e muito ao sistema dos precedentes, o common law; passamos do período em que o juiz era a boca da lei(típico juiz napoleônico) e estamos ao tempo de que o juiz é um interprete da mesma; é aquele que atribui um sentido à lei, por meio dos precedentes. Por isto, o fato dos Tribunais Superiores não apenas fazerem o controle de legalidade, mas atribuírem sentido ao direito, dá a esta característica de serem Tribunais mais legislativos a jurídicos ⁶(MARINONI, pág.115).

A partir destas premissas iniciais, vamos ao cerne da questão: pode o Judiciário, sobretudo o STF ou STJ, em nome desta conduta pró- ativa e pelo interesse social, mudar o entendimento já consolidado na Corte e modular os efeitos de uma decisão? E por onde fica a segurança jurídica? Pegaremos o exemplo da já cancelada súmula 276 STJ, que isentava as sociedades civis de prestação de serviços de tributação de Cofins. Pois bem: durante 5 anos, o STJ aplicou esta

⁶ O STJ é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Vele dizer: o STJ é uma Corte incumbida de outorgar sentido ao direito, propiciando o seu desenvolvimento. É uma Corte de atribuição de sentido ou de interpretação, compreendendo-se essa função como algo que está muito longe daquela que fora concebida para a Corte de Cassação em seu modelo tradicional.

súmula de forma categórica, isentando tais sociedades da cobrança do referido tributo. No entanto, a questão chegou ao STF- por meio do Rext.377457/PR e 381964/MG e a Corte decidiu pela revogação do art. 56 da lei 9.430/96, que isentava as sociedades civis de profissão regulamentada da tributação do COFINS. Logo, o Pretório Excelso julgou contrariamente a uma jurisprudência consolidada no STJ, que ocasionou a súmula 276.

Em situações em que há a mudança brusca da jurisprudência, para não pegar os jurisdicionados de surpresa, ao STF é prudente aplicar a modulação de efeitos ao caso concreto, dando ou não a retroatividade para a incidência da norma. Para isto, segue a regra do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que impõe a maioria de 2/3 para a modulação de efeitos. No entanto, naquela sessão, o Supremo não conseguiu a alternância de efeitos, já que não havia o quórum de previsto no referido artigo. Assim, além de ter sido revogada a súmula 276, as sociedades civis foram condenadas ao pagamento retroativo do COFINS, ou seja, mais uma vez os jurisdicionados foram pegos de surpresa.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que a mudança no papel do Supremo Tribunal Federal resulta da evolução histórica do papel do juiz. Pois se este, hodiernamente, tem o condão dar sua própria interpretação à letra da lei, cabe à Suprema Corte uniformizar tais interpretações e dar sentido ao Direito.

Justamente por isso, o nosso sistema, calcado, na *civil law* está cada dia mais assemelhado ao *common law*, e nossos tribunais têm se tornado mais legislativos que jurídicos.

Analisando o caso concreto da súmula 276, vimos que o nosso Poder Judiciário, através das Cortes, pode, de fato, modificar totalmente um entendimento já consolidado e modular ou não seus efeitos, dependendo do interesse político e social.

Tal conduta pode colocar em risco um dos pilares do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 2009, São Paulo. WMF MARTINS FONTES

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2014, São Paulo. 2ª ed. RT

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.