

# **ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DO STF DE NÃO MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS, DO PIS/PASEP E DA COFINS SOBRE A IMPORTAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS**

Marcos Vinícius Liberato Latorre<sup>1</sup>  
Murilo Gonçalves Bento<sup>2</sup>

**RESUMO:** A modulação dos efeitos de decisão do STF em declaração de inconstitucionalidade abarcando matéria de Direito Tributário, no caso a declaração de inconstitucionalidade da inclusão de ICMS, do PIS/PASEP e da COFINS, na base de cálculo dessas mesmas contribuições sociais incidentes sobre a importação de bens e serviços, não se enquadrou nos requisitos do art. 27 da Lei nº 9.868 de 10/11/1999, “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional. Prevaleceu a proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal e aos princípios que a ela são ínsitos.

**Palavras-chave:** Decisão do STF. Inconstitucionalidade. Modulação de Efeitos. Direito Tributário.

## **1 INTRODUÇÃO**

O controle de constitucionalidade serve como forma de proteção a Constituição Federal, em que todas as normas devem obedecer e respeitar seus princípios e fundamentos. Há necessidade de compatibilidade com a norma constitucional, que é fundamental e garante a hegemonia da Carta Magna.

Nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, 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”.

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano do curso de do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: marcosvlatorre@hotmail.com

<sup>2</sup> Discente do 5º ano do curso de do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: murilo0\_@hotmail.com

A modulação dos efeitos é um assunto que gera uma série de debates e dúvidas de quando se deve ou não ser aplicado, eis que essenciais para a estabilidade das instituições, que devem ser preservados e observados quantos aos efeitos declarados.

No Brasil, a legislação em matéria de Direito Tributário, além de complexa é vasta, emanando inúmeras discussões a cerca da constitucionalidade de normas, o que gera insegurança por parte dos contribuintes.

Justamente visando a segurança jurídica é que o STF, como guardião constitucional, tem as opções de ofertar, conforme a realidade do momento, eficácia ou *ex tunc* ou *ex nunc* às suas decisões, tendo como finalidade o mínimo de efeitos negativos ao regime democrático de direito e, ainda, aos valores da lei suprema (MARTINS, 2006).

Na hipótese em estudo, o STF entendeu que não era o caso da medida extrema de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que somente se justificaria se estivesse indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social, no caso, inexistentes. Por tal motivo, modular os efeitos no caso em questão importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos. Neste caso a segurança jurídica está, segundo a Excelsa Corte, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

Hugo de Brito Machado (2006, p. 480) ensina com propriedade que “existem duas formas *de controle de constitucionalidade* das leis pelo Poder Judiciário, a saber: o controle por via de exceção, ou indireto; e o controle por via de ação, ou controle direto”.

Em recente julgamento, realizado em 20/03/2013, nos autos do Recurso Extraordinário nº 559.937, oriundo do Rio Grande do Sul, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu ser inconstitucional a inclusão de ICMS, bem como do PIS/PASEP e da COFINS, na base de cálculo dessas mesmas contribuições sociais incidentes sobre a importação de bens e serviços.

A regra declarada inconstitucional se encontrava contida na segunda parte do inciso I do artigo 7º da Lei 10.865/2004.

Embora rejeitada questão de ordem arguida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, a mesma interpôs recurso de embargos de declaração postulando a modulação dos efeitos da referida decisão, mas o STF entendeu não haver necessidade de tal medida por questão de primazia à Constituição Federal, em ementa nos seguintes termos:

**Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade de parte do inciso I do art. 7º da Lei 10.865/04. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade.**

1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco.
2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos.
3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal.
4. Embargos de declaração não acolhidos.  
(STF, nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 559.937 – RS, ac. do TP julgado em 17/09/2014, rel. Min Dias Toffoli, *in* DJE nº 200 de 14/10/2014).

A necessidade ou não de modulação dos efeitos decorre da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868 de 10.11/1999, que prevê que, sem embargo da teoria da nulidade dos atos contrários à Constituição Federal, o STF poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, determinando que tais efeitos se deem a partir da declaração ou de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. A eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei é, em regra, *ex tunc*, retroagindo, portanto, à origem da própria lei; pode, entretanto, sofrer modulação, por razões de segurança jurídica ou de outros princípios de natureza constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1000).

Em suma, a modulação dos efeitos “é a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* a uma decisão em sede de controle de constitucionalidade que originariamente teria efeito retroativo (*ex tunc*)” (FONSECA, 2013, grifo do autor), ou seja, é a exceção a regra da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, que tem como regra efeito *ex tunc*.

Com relação a modulação dos efeitos, faz-se importante breve consideração se o Tribunal tem o dever de realizar a modulação em questão, ou se deve ser impulsionado. Neste sentido, preconiza Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 1006 e 1010) que:

[...] a modulação dos efeitos constitui um poder-dever do Tribunal e, assim, cabe-lhe sempre se pronunciar sobre a sua necessidade, independentemente da lei que esteja sendo impugnada.

[...] Não há dúvida de que o dever de modulação dos efeitos é corolário do poder de declarar a inconstitucionalidade da norma. É irracional supor que o STF, tendo poder para declarar a inconstitucionalidade, necessita de requerimento para prestar a tutela jurisdicional que lhe compete de modo adequado, e, assim, para isentar determinadas situações consolidadas dos prejuízos decorrentes dos efeitos da suas próprias decisões. Tal dever é instituído com a propositura da ação de inconstitucionalidade, uma vez que é esta que lhe impõe o dever de controlar a constitucionalidade da norma impugnada. Aliás, se o Tribunal não tivesse este dever implícito ao poder de controlar a constitucionalidade, a lei teria que ter imposto a alguém o ônus de requerer a modulação. Entretanto, não é correto pensar que o requerente ou o requerido tenha interesse em requerer a modulação dos efeitos ou possam ser gravados com o ônus correspondente. Ora, a modulação de efeitos é tema que obviamente não pode ser circunscrito à esfera de quem quer que seja, constituindo, ao revés, genuíno dever do Tribunal incumbido de controlar a constitucionalidade.

Conforme abordagem acima, a modulação dos efeitos, desde que preenchido os requisitos do art. 27 da Lei nº 9.868 de 10.11/1999, é um dever do Tribunal, não sendo necessário nenhum tipo de requerimento ou provocação para prestar a tutela jurisdicional debatida, ou seja, trata-se de um dever implícito.

No dito julgamento o Min. Toffoli entendeu que “modular os efeitos, no caso dos autos, importaria em negar o próprio direito ao contribuinte de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos”.

Neste caso de mudança de entendimento jurisprudencial em matéria de Direito Tributário restou indeferida a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da inclusão de ICMS, bem como do PIS/PASEP e da COFINS, na base de cálculo dessas mesmas contribuições sociais incidentes sobre a importação de bens e serviços, pois não configurada existência de lacuna normativa, nem de insegurança no sistema jurídico.

Prevaleceu a firme orientação do STF no sentido de não modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no tocante às normas de incidência tributária.

Não se pode perder de vista o papel pedagógico da jurisdição constitucional sobre os atos do Poder Público, sob pena de estimular a prática de atos inconstitucionais que, ao fim e ao cabo, já são regidos e controlados pela fixação dos prazos prescricionais e decadenciais.

Como bem enfatizou o Min. Toffoli, “segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal, exercendo, assim, o Supremo o papel que lhe é reservado - o de preservar a Carta da República e os princípios que a ela são ínsitos”.

### **3 CONCLUSÃO**

Conclui-se, assim, que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional, e dever do Tribunal, admissível somente quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional.

De uma forma ou de outra, como se vê, o Estado Democrático de Direito, aqui e alhures, cuida de compatibilizar a supremacia da Constituição com outros princípios também imprescindíveis, como o da segurança jurídica e o da confiança (THEODORO JR, 2014).

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL, banco de dados. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233986&caixaBusca=N>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

FONSECA, Edson Pires da. O que é modulação temporal dos efeitos da decisão?, 2013. Disponível em:< <http://www.jurisciencia.com/concursos/o-que-e-modulacao-temporal-dos-efeitos-da-decisao/2133/>>. Acesso em: 30 de ago. 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Coisa Julgada em matéria tributária lastreada em reconhecimento de inconstitucionalidade de lei – Posterior declaração positiva de constitucionalidade da mesma lei pelo STF – Efeitos. Publicada no **Juris Síntese nº 107**, maio/jun. de 2014 – DVD.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 27ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeito prospectivo de decisões da suprema corte sobre matéria constitucional – Sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso – Parecer. Publicada no **Juris Síntese nº 59**, maio/jun. de 2006 – DVD.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 1ª ed – 2ª tir, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STF, no **Recurso Extraordinário nº 559.937** – RS, ac. do TP julgado em 20/02/2013, rel. Min Dias Toffoli, *in* DJE nº 206 de 17/10/2013.

STF, nos **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 559.937** – RS, ac. do TP julgado em 17/09/2014, rel. Min Dias Toffoli, *in* DJE nº 200 de 14/10/2014.