

Pragmatismo e modulação de efeitos em controle de constitucionalidade envolvendo matéria tributária

Pragmatism and modulation of effects in constitutionality control involving tax matter

Artigo recebido em 15/03/2024 e aprovado em 19/06/2024.

Marciano Buffon

Doutor em Direito do Estado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio de pesquisa na Universidade de Coimbra, Portugal; professor de Direito Tributário do Programa de Pós-Graduação em Direito e da graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Jordana Franzen Reinheimer

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Capes; especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/RS; graduada em Direito pela Universidade Feevale.

Resumo

Propõe-se uma reflexão acerca da possível interação entre o pragmatismo jurídico e a modulação de efeitos em matéria tributária, com o objetivo de analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nessas decisões. Para a realização do estudo, inicialmente, foram definidos os principais pontos relacionados ao pragmatismo jurídico e suas matrizes consequencialista, contextualista e antifundacionalista. Em um segundo momento, buscou-se expor as linhas gerais da modulação de efeitos no Brasil, notadamente, os requisitos descritos no art. 27 da Lei 9.868/1999, como hipótese de mitigação da teoria da nulidade da norma inconstitucional adotada no sistema brasileiro. Por fim, com base nas premissas até então estabelecidas, foram analisados, criticamente, os julgamentos na ADI 6.707 e do RE 574.706, no sentido de identificar, ou não, uma abordagem pragmática de seus julgadores no momento da modulação de efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: direito tributário; modulação dos efeitos; princípio constitucional.

Abstract

A reflection is proposed on the possible interaction between legal pragmatism and the modulation of effects in tax matters, with the aim of analyzing the occurrence of judgments of a pragmatist nature in these decisions. To carry out the study, initially, the main points related to legal pragmatism and its consequentialist, contextualist and anti-foundationalist matrices were defined, in a second moment, we sought to expose the general lines of effect modulation in Brazil, notably, the requirements described in art. 27 of Law 9,868/99, as a hypothesis to mitigate the theory of nullity of the unconstitutional norm adopted in the Brazilian system. Finally, based on the premises previously established, the judgments of ADI 6707 and RE 574706 were critically analyzed, in order to identify or not a pragmatic approach of their judges, when modulating the effects of decisions made in control. of constitutionality.

Keywords: tax law; modulation of effects; constitutional principle.

1 Introdução

Neste estudo, propõe-se uma reflexão acerca do pragmatismo jurídico e a modulação de efeitos em matéria tributária. Busca-se analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nas decisões de modulação de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como base os fundamentos utilizados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.707 e no Recurso Extraordinário 574.706.

De início, torna-se essencial debater os principais pontos atinentes ao pragmatismo, de modo a estabelecer sua diferenciação com o pragmatismo filosófico e o jurídico, nesse tópico serão analisados os conceitos de pragmatismo cotidiano de Richard Posner, bem como verificadas as principais características do pragmatismo aplicável ao Direito.

Em um segundo momento, cabe discorrer sobre o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro e os efeitos dessas decisões, nesse ponto, toma destaque a possibilidade de modulação, baseada na Lei 9.868/1999 e seus requisitos autorizadores, quais sejam, as razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Estabelecidas as premissas iniciais, será realizado o estudo de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade envolvendo matéria tributária, o primeiro selecionado em razão de ser um dos últimos julgamentos em controle concentrado em que verificada a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ADI 6.707) e o segundo, devido à sua notória repercussão no meio jurídico (RE 574.706).

A metodologia do presente estudo possui abordagem qualitativa e descritiva, desenvolvendo a temática a partir de pesquisa bibliográfica, realizada de forma sintetizada, com base na seleção de livros, artigos e periódicos. Em relação à fundamentação teórica, os métodos de estudo a serem realizados são o hermenêutico e o dedutivo, essa perspectiva se volta principalmente para a teoria da Constituição como instituidora do Estado Democrático de Direito, e como instrumento norteador de toda a ação do poder estatal.

2 O pragmatismo jurídico e seus contornos

Antes de adentrar ao objetivo deste trabalho, o qual, conforme já adiantado, busca analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nas decisões de modulação de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em matéria tributária, torna-se necessário estabelecer algumas premissas iniciais, as quais guiarão a análise dos casos posteriormente proposta. Para tanto, neste primeiro tópico serão debatidos os principais pontos atinentes ao pragmatismo aplicável ao Direito, de modo a definir quais as suas principais características.

O termo pragmatismo comporta inúmeras definições, a depender da corrente filosófica que o sustenta. Em sua acepção filosófica, o pragmatismo clássico foi defendido por pensadores como Charles Peirce, William James e John Dewey, em que pese tais correntes possuam algumas distinções, seus estudos estruturaram a base do pragmatismo filosófico. Nos termos de Mendonça (2014, p. 29), “pode-se dizer que, a partir do percurso teórico representado pela tríade, o pragmatismo passou de um método lógico para uma teoria ética, chegando a se tornar uma teoria social.”

No que interessa ao presente estudo, o pragmatismo aplicável ao Direito difere do pragmatismo filosófico. Por sua vez, o pragmatismo filosófico está atrelado à academia, à técnica e à abstração. O pragmatismo jurídico, em linha gerais, adota uma postura prática voltada para resolução de problemas. Fazendo referência ao estudo de Richard A. Posner, um dos grandes pensadores do pragmatismo aplicável ao Direito, Mendonça (2014, p. 40) ressalta a diferença entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo cotidiano de Posner, segundo o qual, “o pragmatista filosófico é o sujeito que explica que o senso comum é um bom método para solucionar problemas, enquanto o pragmatista cotidiano é quem vai lá e os resolve.”

Em sua obra “Direito, pragmatismo e democracia”, Richard A. Posner (2010, p. 67) afirma que o pragmatismo cotidiano possui uma concepção de realidade, “significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos.” Posner desenvolveu o conceito de pragmatismo aplicável ao Direito, independente da concepção filosófica, esse pragmatismo aplicável ao dia a dia do jurista é por ele denominado de pragmatismo cotidiano.

Mendonça (2014, p. 40) afirma que: “Posner acredita que a grande contribuição da Filosofia pragmática para a abordagem pragmática do Direito foi a de ajudar a perceber que utilizar a teoria abstrata para guiar e restringir a ação política e judicial não passa de um ‘sonho.’” Pensamento que demonstra um evidente afastamento da utopia de um sistema jurídico totalmente independente dos demais sistemas sociais.

Nessa linha de pensamento, na concepção cotidiana do pragmatismo, os juízes devem preocupar-se com o contexto geral, com a opinião pública, no momento da tomada de suas decisões. Essa afirmação pode ser extraída de diversos trechos da já mencionada obra de Posner, nos quais o autor refere que os juízes devem atentar à opinião pública e às políticas de governo na ocasião de sua decisão, nos termos do autor:

Os juízes também têm que se preocupar que, se se opuserem à opinião pública de forma muito vigorosa, os ramos políticos (mais precisamente, os mais políticos) do governo vão se rebelar e cortar as asas dos juízes. Uma prudência constante deve, portanto, reinar nas asserções mais agressivas dos juízes. (Posner, 2010, p. 64).

Ainda, Posner (2010, p. 64) afirma que o juiz pragmático não possui dogmas que vinculam sua tomada de decisões, ele pode utilizá-los ou não como instrumento de sua decisão, conforme o próprio autor esclarece:

O juiz pragmático não incorpora a análise custo-benefício ou qualquer outro aspecto da economia como dogma (economia do bem-estar, derivada por exemplo do utilitarianismo). Ele só a usa se ela o ajudar a identificar e pesar as consequências de decisões alternativas..

Sobre o pragmatismo no Direito, Streck (2020, p. 346) afirma que o juiz pragmatista procura descobrir qual seria a melhor decisão para o caso, levando em consideração as consequências de seu julgamento. No modelo pragmatista, a lei é apenas mais um recurso disponível ao julgador, apenas mais uma fonte para a tomada de decisão, “trata-se de decidir o que é melhor para a comunidade política, sem que haja uma consideração de direitos contramajoritários, ou de princípios institucionais que constroem a atividade judicial.” Nos termos do autor:

[...] o juiz pragmatista estaria preocupado em descobrir a melhor decisão, isto é, aquela cujas consequências estiverem mais ajustadas às necessidades humanas e sociais. Ele estaria interessado nas consequências que seu julgamento poderia acarretar e, para tanto, a lei lhe serviria apenas como um dos muitos recursos (extrajurídicos, inclusive) que estão a sua disposição no momento da interpretação - tornando-se apenas mais uma dentre as variadas fontes de informação que orientam sua atividade decisória (Streck, 2020, p. 344).

Por sua vez, Mendonça (2014, p. 46) afirma que o objetivo do pragmatismo jurídico “é resolver os problemas jurídicos com todas as ferramentas que estejam à mão, incluindo o uso de precedentes, da tradição, de textos normativos e de políticas públicas”. Na perspectiva do autor, muitas vezes os juízes atuam como pragmatistas, projetando as consequências de suas decisões e depois buscando argumentos que possam embasar sua decisão.

Teresa Melo (2021, p. 186) aborda o pragmatismo no sentido de que a doutrina reconhece a existência de três elementos definidores de sua matriz: o consequencialismo, o contextualismo e o antifundacionalismo. O consequencialismo seria definido como “à análise prévia dos efeitos práticos do ato, na tentativa de antecipação de suas consequências, dentro das concepções de que os atos devem ser medidos pela diferença que produzem no mundo”; Contextualismo representaria a “ideia de que as decisões devem ter por base o contexto social, histórico, político e cultural em que foram tomadas, na tentativa de se inserirem na realidade, e não de afastarem-se dela” e o antifundacionalismo, “refere-se à negação de dogmas e de verdades preestabelecidas, ou seja, das ‘fundações’ construídas e reproduzidas sem que necessariamente se verifiquem no mundo real.”

Para Martins (2020, p. 7) “o pragmatismo jurídico consiste em um método argumentativo de justificação da tomada de decisão pelo aplicador do Direito”, em complemento, a linha pragmatista fomenta a utilização de argumentos práticos e inseridos em um contexto social, nos termos do autor:

[...] o pragmatismo jurídico atribui mais importância às ideias (típicas do pragmatismo filosófico clássico) relacionadas às consequências e resultados práticos na orientação do pensamento humano. Os aplicadores do Direito não são estimulados a tomar decisões ad hoc, sem qualquer compromisso com o contexto e com as consequências dos seus atos, sejam elas imediatas ou sistêmicas. O pragmatismo jurídico encoraja que o debate jurídico ocorra próximo às discussões e aos problemas empíricos, devendo-se apenas utilizar as abstrações e conceitos que promovam argumentações com relevância prática para o contexto e que estejam empiricamente fundadas.

Especificamente em relação à modulação de efeitos (Melo, 2021) afirma que é uma técnica de decisão pragmatista, pois estariam inseridos os três elementos da matriz pragmatista: contextualismo, antifundacionalismo e consequencialismo. Em suas razões, defende que o afastamento da regra de nulidade da lei inconstitucional caracterizaria o antifundacionalismo que o estudo do contexto fático, político, dentre outras, para aplicação do instituto. Afigura-se sua face contextualista e a tentativa de analisar os produtos que a decisão poderá ocasionar na esfera consequencialista do instituto em tela.

Estabelecidas as premissas quanto às características do pragmatismo aplicável ao Direito, passa-se a analisar a modulação de efeitos no Brasil e suas peculiaridades envolvendo matéria tributária, a fim de que se possa investigar a existência ou não dos elementos da matriz pragmatista ora expostos, nos julgados que serão analisados na sequência.

3 Modulação de efeitos em matéria tributária

Em um segundo momento, cabe discorrer acerca da modulação de efeitos em matéria tributária, de modo a estabelecer as premissas necessárias para investigar se houve uma abordagem pragmática do Direito nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal selecionadas para o estudo.

No que atine às peculiaridades que envolvem a matéria tributária, o Brasil é um país que *Constitucionalizou* as normas de Direito Tributário, tendo em vista que, exaustivamente, tratou de dispor acerca das regras de competência, dos princípios aplicáveis e garantias dos contribuintes. Por essa razão, a maioria das discussões judiciais envolvendo tributação chega ao Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade (Coelho, 2016).

No que se relaciona ao controle de constitucionalidade brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece instrumentos para a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, controle que pode ser realizado de forma preventiva ou repressiva à edição da lei ou ato normativo. Além do controle exercido no procedimento de criação desses instrumentos jurídicos, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade repressivo, aquele decorrente da análise de compatibilidade da norma para com a Constituição, após sua entrada em vigor no ordenamento jurídico (Ciconetti, 2018).

Em relação aos seus efeitos jurídicos, no modelo brasileiro, quando o STF julga uma questão posta em causa, o entendimento consolidado hoje no Brasil é de que essas decisões têm o efeito de declarar a inconstitucionalidade das leis e, conseqüentemente, a sua nulidade, fato que por si só conduziria à automática atribuição da eficácia temporal *ex tunc* a esta declaração (Zavascki, 1999).

Streck (2019, p. 429) afirma que a atribuição de eficácia *ex tunc* nas ações de inconstitucionalidade é uma herança norte-americana no qual a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos de nulificar a lei desde sua origem. O autor explica que isso se deve ao fato de que, ao declarar uma inconstitucionalidade, o STF comunica algo que sempre existiu “ou seja, o efeito é declaratório, e não constitutivo. Por isso, a lei, se contrária à Constituição, é nula desde o nascedouro, sendo que qualquer efeito a ela reconhecido seria concebido como uma provisória ou parcial suspensão da Constituição.”

Assim, em regra, os efeitos gerados pela norma declarada inconstitucional sobre as relações jurídicas praticadas durante o período em que estava em vigor são desfeitos, tornam-se sem efeitos, ao passo que uma vez reconhecida sua incompatibilidade com a Carta Magna, em sua totalidade, ou parcialmente – nos casos em que há supressão de apenas alguns dispositivos da lei – a lei ou ato normativo em questão é expurgado do Ordenamento Jurídico Pátrio, de modo a ser restabelecido o *status quo* ante sua publicação, como se ela jamais tivesse existido.

Por vezes, a regra da nulidade e seus efeitos retroativos esbarram em situações que carecem de um juízo de exceção, isso porque, a imediata e automática retroação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, nesses casos, acabaria por gerar efeitos nefastos às próprias partes envolvidas, em um evidente contrassenso aos objetivos da tutela jurídico-constitucional (Ciconetti, 2018).

Acerca da possibilidade de modulação dos efeitos dessas decisões, em 10 de novembro de 1999, entrou em vigor no Brasil a Lei 9.868/1999, a qual, além de estabelecer os procedimentos do processo e do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, inaugurou, legislativamente, a possibilidade de modulação da eficácia das decisões de declarações de inconstitucionalidade.

Assim, no contexto brasileiro, o art. 27 da Lei 9.868/1999 estabelece os requisitos para a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade, quais sejam, razões de segurança jurídica e excepcional interesse social:

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.

Muita discussão pode ser encontrada na doutrina brasileira sobre o conceito das duas hipóteses autorizadas da modulação de efeitos: razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, tendo em vista que representam conceitos jurídicos indeterminados (Ávila, 2009). Essa característica torna o instituto em questão objeto

de inúmeras críticas, sobretudo, em razão da subjetividade que pode ser empregada no momento da aferição da ocorrência dessas hipóteses no caso concreto, especialmente quando a discussão envolve norma tributária. Nesses casos, considerando que os interesses da Fazenda Pública restam envolvidos, muitas vezes, essas hipóteses acabam sendo caracterizadas/desvirtuadas por argumentos de ordem econômica/orçamentária.

Não se pretende aprofundar esse ponto no presente estudo, o que importa para o momento é destacar que o instituto da modulação de efeitos possui lei específica (Lei 9. 868/1999) que determina sua possibilidade nos casos em que for verificada a necessidade de preservação da segurança jurídica e de excepcional interesse social. Ainda, o instituto da modulação de efeitos apenas reforça o dogma da teoria da nulidade da norma inconstitucional no cenário brasileiro, ao passo que considera possível sua mitigação apenas em determinados casos excepcionais, nos quais se verificam as referidas hipóteses autorizadoras.

4 Modulação dos efeitos em matéria tributária: casos paradigmáticos

Estabelecidas as premissas acerca do pragmatismo e sua relação com a modulação dos efeitos em matéria tributária, resta analisar se nas decisões selecionadas é possível verificar traços do emprego de uma abordagem pragmática pelos seus julgadores. Para a realização dessa tarefa foram selecionados dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade envolvendo matéria tributária, o primeiro foi selecionado em razão de ser um dos últimos julgamentos em controle concentrado em que foi verificada a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ADI 6.707) e o segundo, foi selecionado devido à sua notória repercussão no meio jurídico, de modo que, pode ser classificado como um dos casos mais populares de modulação de efeitos em matéria tributária (RE 574.706).

Esclarecidas as razões que levaram à escolha dos casos objeto de estudo na presente pesquisa, passa-se a analisá-los de forma pormenorizada.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.701 foi ajuizada contra a Lei 4.138/1988, do Estado do Espírito Santo, que elegeu o Banco do Estado do Espírito Santo como instituição financeira responsável pela administração de depósitos judiciais estaduais, e contra a Lei 8.386/2006, do mesmo Estado, que instituiu sistema de gerenciamento de depósitos judiciais, destinando ao Poder Judiciário parcela dos resultados financeiros obtidos com a aplicação desses valores.

No julgamento da ação, o STF entendeu que a inconstitucionalidade dessas leis decorre, não só da existência de vício formal de competência, tendo em vista que cabe à União legislar sobre direito processual e disciplinar o Sistema Financeiro Nacional (arts. 22, I e VII; 192; e 24, I, da CF), mas também, por ofensa ao direito de propriedade dos jurisdicionados, considerando que os depósitos judiciais são de propriedade de particulares litigantes em processo judicial. O acórdão desse julgado foi assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E FINANCEIRO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS ESTADUAIS. SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. CONHECIMENTO PARCIAL. PROCEDÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 4.138/1988, do Estado do Espírito Santo, que define a instituição financeira responsável pela administração de depósitos judiciais decorrentes de processos de competência da Justiça Estadual, e contra a Lei nº 8.386/2006, do mesmo Estado, que institui sistema de gerenciamento de depósitos judiciais e destina ao Poder Judiciário parcela dos resultados financeiros obtidos com a aplicação desses valores.
2. Não conhecimento da ação relativamente à Lei nº 4.138/1988. A ausência de impugnação de todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional implica a ausência de interesse de agir do autor. Precedentes.
3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) se consolidou no sentido de que leis estaduais que autorizam a transferência e o uso, pelo Estado, de recursos financeiros correspondentes a depósitos judiciais e extrajudiciais incorrem em vício de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência da União para legislar sobre direito processual, para disciplinar o Sistema Financeiro Nacional e para editar normas gerais de direito financeiro (arts. 22, I e VII, 192 e 24, I, da CF). Precedentes.
4. Especificamente quanto à previsão de apropriação, pelo Poder Judiciário, de parcela dos rendimentos obtidos com depósitos judiciais, esta Corte também já afirmou a inconstitucionalidade de lei estadual que "fixa a destinação dos rendimentos líquidos decorrentes da aplicação dos depósitos no mercado financeiro e atribui ao Fundo de

Reaparelhamento do Poder Judiciário a coordenação e o controle das atividades inerentes à administração financeira de tal sistema” (ADI 2.909, Rel. Min. Ayres Britto), por entender que a matéria integra a competência legislativa da União.

5. A medida impugnada nesta ação direta suscita efeitos que exigem regulamentação por lei federal, dada a distribuição constitucional de competências legislativas e a necessidade de que se defina, de maneira uniforme e com consideração aos impactos sobre o sistema bancário, a forma de distribuição de eventuais diferenças (spreads) entre os rendimentos decorrentes da aplicação financeira dos valores depositados e a remuneração legalmente prevista para os depósitos judiciais.

6. A lei em exame vigorou por mais de 16 (dezesesseis) anos com presunção formal de constitucionalidade e fundamentou o repasse de valores ao Fundo Especial do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (FUNEPJ), além do seu posterior dispêndio. Em hipóteses semelhantes, o Plenário do STF tem atribuído efeitos prospectivos às decisões proferidas em ações diretas. Precedentes.

7. Ação parcialmente conhecida e, nessa parte, pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 8.386/2006, do Estado do Espírito Santo, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata de julgamento. Tese de julgamento: “É inconstitucional, por vício de competência, lei estadual que discipline a transferência, ao Poder Judiciário, dos rendimentos decorrentes da aplicação financeira de depósitos judiciais” (Brasil, 2023).

Quanto ao mérito, a decisão em nada inovou ou merece maiores dilações, o ponto que carece de estudo são os argumentos empregados para o provimento da modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, ou seja, com efeitos para frente, sem retroação à data de publicação das leis reconhecidamente inconstitucionais.

O fundamento do ministro relator baseou-se no entendimento de que, como a lei vigorou por mais de 16 anos e nesse período fundamentou repasses de valores, a atribuição de efeitos retrospectivos à decisão “criaria situação de difícil equacionamento”. Na sequência, o relator colacionou outros julgados semelhantes, de forma a embasar sua decisão nesses precedentes, nos termos da fundamentação:

Entendo necessária, contudo, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A lei em questão vigorou por mais de 16 (dezesesseis) anos com presunção formal de constitucionalidade e fundamentou o repasse de valores ao Fundo Especial do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (FUNEPJ).

Considerando que os valores transferidos foram manejados pelo poder público ao longo de quase duas décadas, a atribuição de efeitos retrospectivos à declaração de inconstitucionalidade criaria situação de difícil equacionamento.

Em hipóteses semelhantes, o Plenário desta Corte tem conferido efeitos prospectivos às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade. Vejam-se, a propósito, as seguintes ementas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 12.069/2004, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL, ARTIGO 5º DA LEI ESTADUAL 12.585/2006 E LEI ESTADUAL 14.738/2015, TODAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DISPONIBILIZAÇÃO AO ESTADO DE 95% DOS RECURSOS DE DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA FINALIDADES DISCRICIONÁRIAS. DESACORDO COM AS NORMAS FEDERAIS DE REGÊNCIA. INVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL E SOBRE NORMAS GERAIS DE DIREITO FINANCEIRO (ARTIGOS 22, I, E 24, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.

[...]

5. A segurança jurídica impe a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais objurgadas, a fim de que a sanatória de um vício não propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional, máxime porque as normas possibilitaram ao Poder Executivo estadual a utilização de percentual dos recursos em finalidades não previstas na legislação federal, que poderiam ficar desamparadas pela aplicação fria da regra da nulidade retroativa.

6. Ação direta de inconstitucionalidade CONHECIDA e julgado PROCEDENTE o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.069/2004, em sua redação original, do artigo 5º da Lei estadual 12.585/2006, e da Lei estadual 14.738/2015, todas do Estado do Rio Grande do Sul, com eficácia ex nunc, a partir da data do presente julgamento. (ADI 5.456, Rel. Min. Luiz Fux). [...] (Brasil, 2023).

Importa destacar que não houve pedido expresso para modulação de efeitos elaborado pelas partes do processo, de modo que a modulação foi proposta pelo próprio relator. Outro ponto interessante é o fato de que, em sua fundamentação, sequer houve menção aos requisitos autorizadores desse instituto previstos na Lei 9.986/1999,

segurança jurídica e excepcional interesse social, ao passo que o argumento central se baseou na situação de “difícil equacionamento” considerada pelo relator, termo que torna difícil até mesmo interpretar se relaciona-se com questões econômicas, políticas ou orçamentárias.

Em suma, a decisão pela modulação de efeitos foi baseada no entendimento de que, por estar há mais de 16 anos produzindo consequências jurídicas, a declaração de sua inconstitucionalidade só poderá gerar resultados da data do julgamento para frente, tendo em vista que a nulidade da norma, desde sua publicação, ocasionaria uma situação de difícil “equacionamento”, em decorrência do repasse de valores orientados pela norma, até então presumidamente constitucional, pelo Ente Público no decorrer de quase duas décadas.

Considerando esses argumentos, é possível cogitar a utilização da técnica pragmatista, no sentido de que houve fundamento consequencialista, decorrente do argumento dos efeitos orçamentários que a decisão implicaria para o ente público envolvido.

Igualmente, houve a utilização de um argumento contextualista, esse observado na perspectiva de que o relator ponderou o cenário em que a norma vigorou por mais de 16 anos, e que produziu efeitos nesse período. Ainda, a modulação implementada afastou o dogma da nulidade da lei inconstitucional verificado no Brasil, sem esquecer que, as hipóteses descritas no art. 27 da Lei 9.868/1999 sequer foram suscitadas no julgado, em evidente escolha dos instrumentos que fundamentaram a decisão aparentemente já tomada pelo julgador.

Essa escolha de argumentos realizada juízo pragmatista é debatida pela doutrina de (Streck, 2020) como prejudicial ao próprio Estado Democrático de Direito, tendo em vista a discricionariedade advinda desse juízo de ponderação das consequências, realizado pelo julgador no momento da definição do que seria ou não o melhor para a sociedade, ao passo que essa resposta comporta alta subjetividade.

No julgamento do Tema 69, Recurso Extraordinário 574.706, o Supremo Tribunal Federal foi incumbido de decidir sobre a incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de transporte (ICMS) na base de cálculo das contribuições ao Programa de Interação Social (PIS) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), situação na qual firmou o entendimento de que: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Após a oposição de embargos de declaração pela União, com pedido de modulação de efeitos dessa decisão, o Supremo Tribunal, por maioria, acolheu o pedido, limitando a produção de efeitos da inconstitucionalidade declarada para após 15/03/2017, data em que foi fixada a referida tese. Cabe destacar que o julgado possui repercussão geral, de modo que surtiu efeitos em âmbito nacional. Conforme se pode extrair da decisão abaixo colacionada:

O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (Brasil, 2021).

Quanto à limitação dos efeitos desse julgado, como visto, o ordenamento jurídico prevê esta possibilidade, o que de fato se busca chamar a atenção neste estudo são os fundamentos utilizados pelos julgadores para a prolação da referida decisão. Nesse ponto, merece destaque o voto proferido pelo Ministro Nunes Marques no qual é possível observar argumentos políticos/econômicos para embasar sua decisão. Conforme se extrai dos trechos abaixo colacionados, há referência expressa aos impactos que a decisão em tela poderia ocasionar ao orçamento da União, inclusive, com a utilização de termos contábeis/econômicos subsidiando esta fundamentação, nos termos dos excertos abaixo colacionados.

Conforme noticiado nos mais diversos veículos da imprensa, a tese atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é tida por muitos como uma das maiores controvérsias tributárias em trâmite no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Não apenas em função de seu impacto orçamentário, mas mesmo em termos dos efeitos sistêmicos a irradiarem-se por toda nossa estrutura tributária.

Ainda por ocasião do julgamento do mérito do extraordinário, em 2017, já se anunciava, a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a estimativa de impacto financeiro em torno de R\$ 250,3 bilhões. O valor veio a ser reavaliado, constando na atualização do anexo de riscos fiscais referentes à Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020, publicado em 1º de outubro de 2019, o montante de R\$ 246 bilhões para os últimos cinco anos e R\$ 47 bilhões para um ano.

Essa última estimativa – R\$ 246 bilhões – veio contemplada no Balanço Geral da União para o 3º Trimestre de 2020, com respectivo provisionamento do risco fiscal (Tesouro Nacional. Balanço Geral da União – Trimestral. Demonstrações contábeis consolidadas. 3º Trimestre de 2020. Publicado em novembro de 2020. p. 88.).

De acordo com o citado Balanço, o valor provisionado, por si só, corresponderia a 42,96% de todas as provisões para perdas judiciais e administrativas referentes às teses em que envolvida a Procuradoria da Fazenda Nacional e classificadas como de risco provável.

Não estamos diante de qualquer valor indevidamente recolhido pelo contribuinte e possível de ser restituído, mas sim de um quadro excepcional que, em seu conjunto, põe em risco a própria estruturação do Estado e do respectivo equilíbrio orçamentário e financeiro deste. (Brasil, 2021).

Cumprir destacar o trecho da fundamentação em que há menção aos efeitos sistêmicos oriundos da decisão, nos termos do Ministro Nunes Marques (Brasil, 2021), “não apenas em função de seu impacto orçamentário, mas mesmo em termos dos efeitos sistêmicos a irradiarem-se por toda nossa estrutura tributária”, esse fundamento pode ser interpretado como a consideração do julgador, não só considerando o sistema econômico, mas também, perante os demais sistemas sociais, tal como o sistema do direito ou sistema político, o que a final de contas, representa uma preocupação com a própria sociedade e como a sua decisão será encarada/executada nesses sistemas.

A exemplo do que Richard Posner afirma, o juiz pragmatista preocupa-se com o Ente Público, em manter uma boa relação com o governo e seus órgãos, nesse ponto, observa-se que no trecho acima colacionado há menção à ameaça que a decisão poderia acarretar ao Estado, no sentido de que colocaria em risco a sua própria estruturação, em uma evidente preocupação com a opinião pública e até mesmo a política decorrente de sua decisão, aspectos ressaltados por Posner, como de aplicação pragmática do Direito.

5 Considerações finais

Não se pretendeu o esgotar o tema, mas sim, analisar a ocorrência de juízos de natureza pragmatista nas decisões de modulação de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em matéria tributária, identificar ou não uma abordagem pragmática dos julgadores, sem propriamente entrar no mérito da legitimidade ou não da técnica em um Estado Democrático de Direito.

Dos julgados analisados, é possível afirmar que são decisões de modulação de efeitos com caráter pragmatista, tendo em vista a caracterização dos três elementos dessa técnica: o contextualismo, o antifundacionalismo e o consequentialismo.

O antifundacionalismo, considerando que nos fundamentos de ambos os casos é afastado o dogma da nulidade dos dispositivos inconstitucionais que impera o Brasil, como herança norte-americana, assim como não houve preocupação na demonstração da efetiva ocorrência das hipóteses autorizadoras da modulação de efeitos: razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, descrita na Lei 9.868/1999.

Em relação ao contextualismo e o consequentialismo, notório que a ocorrência de tais fatores dispensa maiores dilações, tendo em vista que nitidamente houve preocupação dos julgadores quantos aos efeitos econômicos de suas decisões (consequentialismo), bem como, o cuidado para com seus efeitos perante o poder público e seu impacto para a sociedade (contextualismo).

Em suma, restou exposta a ocorrência da técnica pragmatista nos julgamentos da modulação de efeitos ocorridos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.701 e no Recurso Extraordinário 574.706, considerando suas principais características construídas por Richard Posner e aplicáveis à área do Direito.

Diante da referida constatação, cabe um arremate final em relação às consequências duvidosas da utilização da técnica pragmatista para a sustentabilidade constitucional, notadamente, em relação aos efeitos dessa liberdade conferida ao julgador para aferição da melhor consequência para a sociedade, subjetividade imprópria para um Estado Democrático de Direito.

6 Referências

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.869, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.701*. Recorrente: União. Recorrido: Electro Aço Altona S.A. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5230634>. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 574.706*, Requerente: União. Requerido: Imcopa importação, exportação e indústria de óleos Ltda. Relator: Min. Dias Toffoli, 13 maio 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5230634>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha, França e EUA*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COELHO, Sacha Calmon N. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972509/>. Acesso em: 11 fev. 2024.

MARTINS, Fábio Andrade. O pragmatismo jurídico como método argumentativo de justificação da tomada de decisão pelo aplicador da norma geral antielisiva. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 45, p. 136-154, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1194>. Acesso em: 12 mar. 2024.

MELO, Teresa. Modulação temporal de efeitos: técnica pragmatista de decisão e parâmetros para sua aplicação. *Revista de Direito Brasileiro*, v. 29, n. 11, p. 184-198, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6067>. Acesso em: 2 fev. 2024.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Tereza Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

STRECK, Lenio L. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999.