

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA À LUZ DO EFEITO PELTZMAN

*Sintia Salmeron**

RESUMO

O controle de constitucionalidade é o mecanismo que garante que normas inconstitucionais sejam retiradas do ordenamento jurídico. É este mecanismo que assegura a unidade e a harmonia do sistema jurídico brasileiro. No controle de constitucionalidade, predomina a teoria da nulidade que reconhece efeito retroativo à decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica. A norma inconstitucional é nula de pleno direito desde o seu nascimento. Em que pese a prevalência da teoria da nulidade, há em nossa legislação a possibilidade do Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade fixando marcos temporais a partir dos quais referida decisão irradiará seus efeitos. Essa previsão, constante no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, é conhecida como

*Doutoranda e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Bauru antido pela Instituição Toledo de Ensino (CEUB/ITE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru da Instituição Toledo de Ensino - ITE Bauru Advogada.

o instituto da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. De uns tempos para cá, especialmente nos anos de 2021 e de 2022, tem-se observado um aumento da utilização desse instituto pelo Supremo Tribunal Federal mormente com relação às inconstitucionalidades relacionadas com matéria tributária. Pesquisa empírica revelou que no ano de 2022, 8 (oito) Ações Diretas de Inconstitucionalidade em matéria tributária tiveram seus efeitos modulados. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo estudar o instituto da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma jurídica em matéria tributária à luz do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do efeito Peltzman.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Modulação dos Efeitos. Decisão de Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Efeito Peltzman.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pela supremacia da Constituição Federal o que importa afirmar que todos os atos normativos inseridos no sistema devem guardar compatibilidade com a Carta Fundamental, afinal de contas “É ela o fundamento de validade de todas as demais normas” (BARROSO, 2016, p. 23).

É essa supremacia constitucional, juntamente com a rigidez, que fazem com que exista, em nosso sistema jurídico, um controle de constitucionalidade, isto é, um mecanismo que tem como função precípua analisar a compatibilidade entre as normas jurídicas e a Constituição Federal. Normas inconstitucionais devem ser retiradas do sistema, pois o “[...] ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de forma harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la” (BARROSO, 2016, p. 23).

O controle de constitucionalidade brasileiro tem suas bases firmadas na teoria da nulidade. Por essa teoria, uma norma declarada inconstitucional é uma norma nula de pleno direito, ou seja, uma norma inválida desde o seu nascimento. Assim, as decisões proferidas pela Suprema Corte que versem sobre a inconstitucionalidade das normas jurídicas são, via de regra, dotadas do efeito *ex tunc* (efeito retroativo).

Em que pese a prevalência da teoria da nulidade em nosso sistema jurídico de controle de constitucionalidade das leis, há tempos observou-se um juízo de

ponderação da referida teoria, juízo esse, inclusive, que deu origem ao artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 que inseriu, no sistema jurídico brasileiro, o instituto da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma jurídica.

Imperioso destacar que essa modulação dos efeitos não afasta ou mitiga a teoria da nulidade que é a teoria que prevalece no controle de constitucionalidade brasileiro. Ou seja, a regra continua sendo o efeito retroativo da decisão (efeito *ex tunc*). Em algumas situações, no entanto, para assegurar a “segurança jurídica” ou em casos de “excepcional interesse social” há a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade fixando-se um marco para que referida decisão irradie seus efeitos no mundo jurídico.

Seja pela teoria da nulidade ou com a modulação dos efeitos da decisão, uma situação é certa: o controle de constitucionalidade tem como objetivo garantir a segurança jurídica em todo o ordenamento jurídico, afinal de contas a “[...] segurança jurídica é um meio de promoção da liberdade e da igualdade” (MITIDIERO, 2017, p. 23).

Pois bem, tem-se verificado, principalmente nos anos de 2021 e de 2022, que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando, com certa frequência, o instituto da modulação dos efeitos nas decisões nas quais se reconhece a inconstitucionalidade das normas jurídicas relacionadas com matéria tributária.

Um ótimo exemplo da utilização do instituto da modulação dos efeitos se deu quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR¹, popularmente conhecido como o julgamento do século, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do Pis e da Cofins (Tema 69 da Repercussão Geral).

Neste cenário, a questão que se coloca é: o uso, com certa frequência, desse instituto pode acabar conduzindo a um caminho diverso do almejado pelo mecanismo do controle de constitucionalidade das normas jurídicas? Dito de outra forma, a utilização da modulação do efeito pode gerar um incentivo a criação de normas tributárias inconstitucionais? O uso constante do instituto da modulação dos efeitos pode demonstrar a existência de um efeito Peltzman?

Para responder a essas perguntas, o presente artigo tem como objetivo estudar o instituto da modulação dos efeitos e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos que envolvem matéria tributária.

01 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2517628>. Acesso em 09 jan. 2023.

Para tanto, será realizada uma análise inicial do controle de constitucionalidade a partir da teoria da nulidade. Posteriormente, serão tecidas considerações sobre o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 que inseriu, em nosso ordenamento jurídico, o instituto da modulação dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de normas jurídicas.

Por fim, serão realizadas elocubrações sobre o efeito Peltzman, efeito esse bastante trabalhado pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito - AED (movimento ou “teoria” também conhecido como Direito e Economia ou *Law and Economics*), a fim de verificar se este tem se feito presente com relação ao instituto da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade sobre matéria tributária.

O presente estudo trabalhará com uma análise exclusivamente bibliográfica e jurisprudencial.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E TEORIA DA NULIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta, como uma de suas principais características, a rigidez. Constituições rígidas são aquelas que exigem um procedimento mais elaborado para alteração. Em outras palavras, “é a Constituição que possui um procedimento mais rigoroso de alteração se comparada às demais leis” (MARTINS, 2019, p. 228). No mesmo sentido, Moraes (2018, p. 44) “Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas [...]”.

Outra característica bastante marcante da Carta Constitucional brasileira é a supremacia. A supremacia insere a Constituição Federal em um patamar acima das demais normas jurídicas, significando dizer que todas as normas devem guardar compatibilidade com a Constituição.

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevadas dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas (BARROSO, 2016, p. 23).

E complementa Carrazza (2008, p. 35):

A Constituição, conforme já acenamos, ocupa, dentro do ordenamento jurídico, o patamar mais elevado. É ela que dá *fundamento de validade* às demais normas, pois, como observa Hans Kelsen, representa o escalão de direito positivo mais elevado.

Aprofundando a idéia, a Constituição é a lei máxima, que submete todos os cidadãos e os próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A rigidez e a supremacia constitucional são os elementos essenciais para a existência de um controle de constitucionalidade das normas jurídicas (BARROSO, 2016). A supremacia se apresenta como requisito fundamental, haja vista que “[...] nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição” (BARROSO, 2016, p. 23).

A rigidez, por sua vez, demonstra que é necessária a existência de um procedimento diferenciado de modificação da Constituição Federal e das demais leis existentes em nosso país, pois “Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade” (BARROSO, 2016, p. 23).

O controle de constitucionalidade é dividido de duas formas, quais sejam: o controle concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas e o controle difuso.

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em *sistema difuso* e *sistema concentrado*, ou, às vezes, entre *sistema americano* e *sistema europeu* de controle. Essas concepções aparentemente apodíticas acabam por ensejar o surgimento dos modelos mistos, como combinações de elementos de dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português) (MARTINS; MENDES, 2005, p. 01).

Por pertinência com a temática do presente artigo, não serão tecidos maiores detalhamentos sobre o procedimento do controle de constitucionalidade brasileiro, seja ele exercido na forma concentrada, seja na forma difusa. Atentar-se-á a decisão proferida quando do exercício desse controle pelo Supremo Tribunal Federal e suas características.

Ao nos debruçarmos sobre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, observaremos que se adota a teoria de nulidade da norma inconstitucional, significando dizer que uma norma inconstitucional é uma norma nula de pleno direito, nulidade essa que retroage desde o seu nascimento.

Nos ensina Barroso (2016, p. 38):

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Na mesma linha de entendimento, Martins (2019, p. 453/454):

No Brasil, doutrina, jurisprudência e lei posicionam-se majoritariamente pela teoria da nulidade. Destacam-se entre os juristas que defendem tal entendimento: Ruy Barbosa, Alfredo Buzaid, Castro Nunes. Outrossim, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “a declaração de inconstitucionalidade reverte-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc*, retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (RE 395.902-AgR, rel. Min.Celso de Mello). Portanto, em regar, a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma é uma decisão declaratória: declara que o ato é nulo e írrito, e, por isso, desconstitui os efeitos eventualmente por ele gerados; já a eficácia dessa decisão é retroativa (efeitos *ex tunc*).

Sendo assim, quando o Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso seja no controle concentrado de constitucionalidade profere uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, essa decisão irradia efeitos no passado, importando dizer que a nulidade da norma é reconhecida desde o seu nascimento.

A teoria da nulidade se contrapõe a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional criada e difundida por Hans Kelsen. Segundo a teoria de Kelsen uma norma inconstitucional não é nula de pleno direito, mas sim anulável, afinal de contas uma norma que contrarie a Constituição Federal “[...] não é sequer uma lei, [...]” (KELSEN, 2009, p. 300).

[...]. Porém, a lei foi inválida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma (grifo nosso) (KELSEN, 2009, p. 307).

Ainda sobre a teoria da anulabilidade de Kelsen, nos ensina Mitidiero (2021, p. 74/75):

A tese da anulabilidade da lei inconstitucional (“*Vernichtbarkeit*”) é oriunda da doutrina de Hans Kelsen, a qual foi consagrada legislativamente com a Constituição austríaca de 1920. Partindo da compreensão da ordem jurídica como uma estrutura escalonada (“*Stufenbau*”), Kelsen defendia a necessidade de se considerar válida uma lei até o momento em que é decretada a sua inconstitucionalidade. Apenas no momento em que decreta a sua inconstitucionalidade é que se poderia considerá-la fora do mundo jurídico: até esse momento, a lei teria produzido efeitos validamente, como fruta da interpretação do legislador a respeito do seu dever de legislar de acordo com determinada forma e com certo conteúdo.

Muito embora a teoria da anulabilidade não tenha prevalecido no Brasil, imperioso se fazer menções singelas a esta já que “[...] foi defendida com brilho por Regina Macedo Nery Ferrari, em sede doutrinária, e pelo Ministro Leitão de Abreu, em voto vencido proferido no Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2016, p. 41/42).

Pois bem, em que pese a prevalência da teoria da nulidade, não pode passar despercebido que há muitos anos referida teoria sofreu um juízo de ponderação por parte da Suprema Corte brasileira, ponderações estas que levaram, inclusive, a publicação, pelo Poder Legislativo, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 que, em seu artigo 27 traz claramente uma atenuação da teoria da nulidade da norma inconstitucional permitindo, nas situações especificadas em lei, que haja a fixação de um marco temporal a partir do qual os efeitos da decisão de inconstitucionalidade serão irradiados.

A vida, contudo, na aguda observação de Clèmerson Martin Clève, é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra

geral, suprimindo ou atenuando o caráter retroativo foi pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica (BARROSO, 2016, p. 42/43).

Nasce, neste contexto, para o mundo jurídico, o instituto da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade das normas jurídicas.

3 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS – ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999

Conforme apresentado no item 2 deste estudo, no ordenamento jurídico brasileiro prevalece, com relação aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma jurídica, a teoria da nulidade, o que importa afirmar que uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de uma determinada norma pelo Supremo Tribunal Federal, os seus efeitos retornam ao passado sendo a norma nula de pleno direito desde o seu nascimento.

Muito embora seja essa teoria a regra tanto em termos doutrinários como em termos jurisprudenciais, ao longo dos anos se viu uma ponderação, uma atenuação da teoria da nulidade em situações nas quais se constatou que a “[...] boa-fé, justiça e segurança jurídica” (BARROSO, 2016, p. 43) seriam mais bem preservadas com o afastamento do efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade.

A Lei 9.868, 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”. Dentre todo o procedimento fixado pela legislação relativo a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que compõem o controle concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas, encontra-se o artigo 27 que inseriu, em nosso ordenamento jurídico, o instituto da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

Nos termos do dispositivo legal:

Artigo 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 (grifo nosso)*.

De acordo com as letras do diploma normativo em comento, o Supremo Tribunal Federal, quando declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica ou de um ato normativo, pode, por maioria de dois terços dos seus membros, modular os efeitos da decisão projetando uma data a partir da qual a decisão de inconstitucionalidade irradiará os seus efeitos no mundo jurídico. Para tanto, deverão estar presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a proposta permitia que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decidisse sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, ajuízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional (MARTINS; MENDES, 2005, p. 434/435).

Assim, para modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade são necessários os preenchimentos dos seguintes requisitos: existência de um quórum de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal e demonstração da existência de risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Em atenção à necessidade de conjugar a proteção da Constituição em situações em que a decretação da inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* promove, em menor grau, a sua própria normatividade, o direito brasileiro previu expressamente a possibilidade de modulação de efeitos da decretação de inconstitucionalidade. De acordo com o legislador, seus requisitos são a apresentação de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, bem como o voto de “dois terços” dos membros do STF (MITIDIERO, 2021, p. 75/76).

No que diz respeito ao quórum não há maiores elocubrações a serem realizadas. A discussão em torno do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 circunda a questão envolvendo as razões de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

A segurança jurídica envolve a credibilidade no ordenamento jurídico. Trata-se de um dos pilares fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Os cidadãos precisam confiar no ordenamento jurídico para que, com isso, possam pautar a sua vida em sociedade. A essa confiança, atribuímos o nome de segurança jurídica. Nos ensinamentos de Mitidiero (2021, p. 77):

Significa dizer que está autorizada em nome da *confiabilidade* da ordem jurídica, isto é, que *pesa mais* para os cidadãos em termos de *credibilidade* da ordem jurídica como um todo mantes os efeitos da lei decretada inconstitucional do que os suprimir. Daí a importância em restringir a modulação dos efeitos a *casos excepcionais, de difícil repetição*: fosse corrente a sua possibilidade, a supremacia da Constituição restaria indevidamente restringida.

No que diz respeito ao “excepcional interesse social” tem-se que este “[...] reside em não fomentar um sentimento social – e principalmente estatal – de que é possível violentar a Constituição sem adequada reação de ordem jurídica” (MITIDIERO, 2021, p. 79). E continua:

Não pode haver dúvida de que o interesse social que autoriza a modulação dos efeitos só pode ser a *restauração do estado de constitucionalidade* em um grau que acarrete menor ofensa à Constituição do que a simples eliminação com efeitos *ex tunc* da lei decretada como inconstitucional (MITIDIERO, 2021, p. 79).

Seja com fundamento na segurança jurídica ou no excepcional interesse social, a verdade é que o Supremo Tribunal Federal somente pode modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade quando existirem razões suficientes para crer que o efeito retroativo, que é o efeito regra da decisão de inconstitucionalidade, causará graves prejuízos a ordem jurídica. Trata-se de uma situação de exceção que deve ser muito bem ponderada.

Antes de encerrar este item, é preciso informar que muito embora a modulação dos efeitos esteja consagrada na Lei nº 9.868/1999 que versa

sobre as ações de controle concreto de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), é pacífica a sua aplicação também nos casos de controle difuso quando do julgamento dos Recursos Extraordinários pela Corte Suprema.

4 EFEITO PELTZMAN E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Os estudiosos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) são bastante familiarizados com os estudos desenvolvidos por Sam Peltzman que deram origem ao que se convencionou denominar de “efeito Peltzman”.

Sam Peltzman foi um dos grandes nomes desse contingente mais amplo, e contribuiu de forma decisiva para o aprofundamento da análise sobre a regulação econômica e suas interfaces entre fins públicos e privados (SZTAJN; PRADO FILHO, 2019, p. 367).

Uma das maiores contribuições de Sam Peltzman para o movimento do Direito e da Economia “[...] vem do artigo publicado em 1975, intitulado “*The effects of Automobile Safety Regulation*”” (SZTAJN; PRADO FILHO, 2019, p. 368). O estudo teve como base inúmeras diretrizes que foram incorporadas com o objetivo de que as pessoas tivessem mais segurança no trânsito. Ao final de seu trabalho, Peltzman concluiu que ao invés de reduzirem as chances de ocorrência de acidente de trânsito, as diretrizes tinham contribuído para o aumento destes, afinal de contas elas deram às pessoas uma maior sensação de falsa segurança.

Nos ensinam Sztajn e Prado Filho (2019, p. 368):

[...]. À época, regulação recém criada, impusera que diversos equipamentos de segurança fossem incorporados nos automóveis vendidos nos Estados Unidos. Peltzman se propôs a avaliar, de maneira independente, qual seria o impacto real dessas medidas sobre a segurança do trânsito, e chega à conclusão de que o efeito fora muito diverso do esperado.

E complementa Shikida (2016, p. 38):

Assim, o efeito Peltzman pode ser definido como a redução no benefício esperado de uma regulação econômica – cujo objetivo é aumentar a segurança em determinada situação – por conta da mudança do comportamento das pessoas potencialmente envolvidas na mesma situação, gerado pela própria regulação.

O efeito Peltzman, portanto, demarca situações nas quais se cria uma determinada norma, política pública, decisão judicial ou uma diretriz qualquer com o objetivo de incentivar as pessoas a agirem de uma determinada forma, mas, ao colocar essa norma ou diretriz em prática se constata que as pessoas estão agindo de forma totalmente contrária a que se objetivou com a criação da norma/diretriz. Numa simplificação mais direta, o efeito Peltzman se aproxima daquela expressão popular “o tiro saiu pela culatra”.

Transportando os ensinamentos adquiridos para o objeto de estudo do presente artigo, podemos constatar que o instituto da modulação dos efeitos da decisão que declara uma norma inconstitucional surgiu “[...] em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica” (BARROSO, 2016, p. 43), ou seja, surgiu para consagrar situações nas quais a aplicação da teoria da nulidade acarretaria graves prejuízos para a harmonia e unidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto cabe a reflexão: será que a utilização com frequência do instituto da modulação dos efeitos em matéria tributária está acarretando a ocorrência do efeito Peltzman no controle de constitucionalidade brasileiro? A modulação dos efeitos pode surgir como um incentivo à criação de normas inconstitucionais pelo poder público?

Para responder a estas perguntas precisaremos, primeiramente, trazer alguns dados que demonstram como a Suprema Corte tem utilizado a modulação dos efeitos com maior frequência quando estamos diante de demandas relacionadas com a inconstitucionalidade das leis e a matéria tributária.

A autora realizou pesquisa empírica junto ao *site* do Supremo Tribunal Federal utilizando os seguintes parâmetros: no campo “jurisprudência” acessou-se o ícone “pesquisa” e posteriormente o ícone “pesquisa de jurisprudência”. No campo referente à pesquisa foram inseridas as expressões “direito tributário” e “modulação dos efeitos”.

Foram localizados, inicialmente, 52 (cinquenta e dois) acórdãos. Com a inserção do filtro “órgão julgador – tribunal pleno”, reduziu-se o alcance da pesquisa para 35 (trinta e cinco) acórdãos² que foram os analisados neste trabalho.

Pois bem, dos 35 acórdãos analisados, 5 (cinco) acórdãos³ foram excluídos, pois não versavam especificamente sobre a temática da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

Restaram, dessa forma, 30 (trinta) acórdãos para serem estudados. Destes 30 acórdãos, 19 (dezenove) acórdãos são relativos a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)⁴ e 11 (onze) acórdãos relativos a Recurso Extraordinário (RE)⁵.

Em apenas 2 (dois) acórdãos (ADI 5688 e ADI 5882) proferidos em sede de ADI, a Corte Suprema houve por bem não modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Nos outros 17 (dezesete) acórdãos⁶ os Ministros optaram pela modulação dos efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica.

Gráfico 1



Fonte: elaborado pela própria autora

2 ADI 5368; RE 1.331.245; RE 669.196; ADI 7117; ADI 7123; ADI 6074; ARE 1.366.440; ADI 3794; RE 605.552; ADI 6817; ADI 3984; RE 560.626-1; ADI 5467; RE 556.664-1; RE 714.139; AC 4463; RE 970.821; ADI 7120; ADI 6819; ADI 5688; RE 1.287.019; ADI 5882; ADI 6828; ADI 3111; ADI 5659; RE 851.108; ADI 1945; RE 593.849; RE 723.651; ADI 6826; ADI 5469; ADI 2908; RE 377.457; ADI 4281; ADI 4628.

3 ARE 1.366.440; ADI 3794; AC 4463; RE 723.651 e ADI 2908.

4 ADI 5368; ADI 7117; ADI 7123; ADI 6074; ADI 6817; ADI 3984; ADI 5467; ADI 7120; ADI 6819; ADI 5688; ADI 5882; ADI 6828; ADI 3111; ADI 5659; ADI 1945; ADI 6826; ADI 5469; ADI 4281 e; ADI 4628.

5 RE 1.331.245; RE 669.196; RE 605.552; RE 560.626-1; RE 556.664-1; RE 714.139; RE 970.821; RE 1.287.019; RE 851.108; RE 593.849 e; RE 377.457.

6 ADI 5368; ADI 7117; ADI 7123; ADI 6074; ADI 6817; ADI 3984; ADI 5467; ADI 7120; ADI 6819; ADI 6828; ADI 3111; ADI 5659; ADI 1945; ADI 6826; ADI 5469; ADI 4281 e; ADI 4628.

No que concerne ao Recurso Extraordinário (RE), em apenas 2 (dois) acórdãos (RE 970.821 e RE 377.457) não houve a modulação dos efeitos da decisão, enquanto em 9 (nove) acórdãos⁷ a Suprema Corte resolveu modular os efeitos da decisão.

Gráfico 2



Fonte: elaborado pela própria autora

Ao voltarmos nossos olhos para as datas de julgamento nas quais foram proferidas as decisões que modularam os efeitos encontraremos os seguintes dados: 9 (nove) decisões proferidas em 2022⁸, 8 (oito) proferidas em 2021⁹, 3 (três) proferidas em 2020¹⁰, 2 (duas) em 2019¹¹, 1 (uma) em 2016¹², 1 (uma) em 2014¹³ e 2 (duas) decisões de modulação proferidas em 2008¹⁴. As 4 (quatro) decisões que negaram a modulação foram proferidas, respectivamente, nos anos de 2008, 2021 e 202¹⁵.

7 RE 1.331.245; RE 669.196; RE 605.552; RE 560.626-1; RE 556.664-1; RE 714.139; RE 1.287.019; RE 851.108; RE 593.849.

8 ADI 5368; RE 1.331.245; ADI 7117; ADI 7123; ADI 6817; ADI 7120; ADI 6819; ADI 6828 e; ADI 6826.

9 RE 669.196; RE 605.552; RE 714.139; RE 1.287.019; ADI 5659; RE 851.108; ADI 1945 e; ADI 5469

10 ADI 6074; ADI 3111 e ADI 4281.

11 ADI 3984 e ADI 5467.

12 RE 593.849.

13 ADI 4628.

14 RE 560.626-1 e RE 556.664-1,

15 RE 377.457; RE 970.821; ADI 5688 e; ADI 5882.

Os números demonstram que estamos enfrentando um conflito com relação à modulação dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de leis em matéria tributária que podem acarretar, a longo prazo, um desvirtuamento do instituto.

O instituto da modulação dos efeitos foi criado com o intuito de manter a harmonia do sistema jurídico, de conferir segurança jurídica e credibilidade. A utilização com frequência deste instituto poderá acarretar a ocorrência do efeito Peltzman, afinal de contas pode-se estar incentivando a produção de normas inconstitucionais, haja vista que a inserção de referidas normas não acarretará graves punições para os envolvidos, haja vista que na grande maioria dos casos reconhece-se a inconstitucionalidade, mas modulam-se os efeitos da decisão.

Neste mesmo sentido, admoesta Cristiano Carvalho:

Diriam alguns que a possibilidade de atribuir efeito “ex nunc” às decisões declaratórias de inconstitucionalidade não passa de um raciocínio econômico, cujo objetivo seria preservar as contas do governo. O analista econômico do direito, por outro lado, dirá que provavelmente essa regra, uma vez aplicada frequentemente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, gerará incentivos para que o legislador siga criando leis inconstitucionais, pois o seu custo passa a ser mínimo – uma vez que não terá que ressarcir de forma “ex tunc” os contribuintes lesados pelo tributo abusivo (grifo nosso) (CARVALHO, 2019, p. 265).

Os ideais do controle de constitucionalidade e do instituto da modulação dos efeitos são justamente contrários a esse tipo de incentivo. O sistema jurídico deve ser pautado pela inexistência de normas inconstitucionais. Normas inconstitucionais devem ser raridade. E, dessa forma, a modulação dos efeitos não pode ter sua natureza jurídica desvirtuada para se tornar um incentivo a proliferação de normas inconstitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade das leis se apresenta como um mecanismo criado pelo ordenamento jurídico com o objetivo de garantir a harmonia e a unidade do sistema jurídico brasileiro. É através deste mecanismo

que normas jurídicas inconstitucionais são expulsas do ordenamento jurídico garantindo-se a segurança jurídica.

O Brasil adotou a teoria da nulidade no que diz respeito aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma jurídica. Por essa teoria, uma lei inconstitucional é nula de pleno direito retroagindo os efeitos do reconhecimento dessa nulidade até a data do nascimento da norma jurídica. É o que denominamos de efeito *ex tunc*.

Em que pese a preponderância da teoria da nulidade, tanto na doutrina como na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já realizava um juízo de ponderação dessa teoria, existindo situações nas quais o efeito *ex tunc* era relativizado. Referido juízo de ponderação deu origem ao instituto da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma jurídica plasmado nas letras do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Pois bem, de uns tempos para cá, mais precisamente nos anos de 2021 e de 2022, tem-se verificado um aumento na utilização desse instituto pelo Supremo Tribunal Federal especialmente quando se está diante de julgamentos de matérias de natureza tributária.

Uma pesquisa empírica elaborada pela autora do artigo evidencia que somente no ano de 2022, 8 (oito) Ações Diretas de Inconstitucionalidade tiveram seus efeitos modulados pela Corte Suprema. No ano de 2021, 5 (cinco) Recursos Extraordinários também tiveram seus efeitos modulados.

Assim, o que os números demonstram é que pode estar se instaurando, no controle de constitucionalidade brasileiro, um efeito adverso que não era esperado e nem almejado pelo legislador quando da elaboração da redação do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Melhor dizendo, o instituto da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma jurídica foi instituído com o objetivo de conceder segurança jurídica ao ordenamento. Tanto é verdade, que a modulação é uma exceção. A regra é no sentido de que a lei é inconstitucional desde o seu nascimento.

Mas, mesmo sendo exceção, o instituto da modulação dos efeitos não perde a característica de proteção da segurança jurídica. Tanto é verdade que somente pode ser utilizado nas situações nas quais se constata que a aplicação do efeito retroativo será mais prejudicial para o ordenamento jurídico e, portanto, é necessária a realização da modulação.

Dito de outra forma, seja com o efeito padrão (*ex tunc*) seja com a modulação dos efeitos o importante é assegurar a segurança jurídica, a confiabilidade na ordem jurídica brasileira.

Nesse contexto, se apresenta importante ficarmos atentos a essa onda de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária que vem crescendo no âmbito do Supremo Tribunal Federal a fim de se evitar que tenhamos a ocorrência do efeito Peltzman no controle de constitucionalidade brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.868, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em 09 jan. 2023.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. *In: Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. FERRAZ JR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. Barueri: Minha Editora Manole, 2008, p. 33-73.

CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da tributação. *In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). Direito e Economia no Brasil*. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 263-280.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 34. ed. rev. e atualizado até a EC 99, de 14.12.2017. São Paulo: Atlas, 2018.

SHIKIDA, Claudio. Efeito Peltzman. *In: Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). Curitiba: CRV, 2016, p. 35-39.

SZTAJN, Rachel; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz. Sam Petzman e sua contribuição ao movimento de Law and Economics. *In: Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos*. KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org.). Curitiba: CRV, 2019, p. 365-375.