

CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL: COMO ENTENDER A MODULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

*Bianor Arruda Bezerra Neto*¹

1. INTRODUÇÃO

O **consequencialismo** é técnica de decisão. Toda decisão pressupõe escolha entre, pelo menos, duas **possibilidades de ação**. Esta escolha somente pode ser feita mediante a utilização de um **critério**. Não há outra forma de decidir.

No **consequencialismo**, o critério de decisão a ser levado em conta é representado pela projeção das **consequências** que as **possibilidades decisórias** em jogo trarão ou provocarão.

Em outras palavras: diante de uma ou mais possibilidades de ação, o decisor realizará **prognóstico** das **consequências** de cada uma delas. Em seguida, decidirá por aquela cujas

1. Doutor pela PUC/SP, Juiz Federal na 5.^a Região e Professor do IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

consequências lhe **interessem mais** ou lhes sejam **menos gravosas**, descartando as demais.

Trata-se de técnica decisória típica da **Economia**, que toma suas decisões sempre projetando o futuro. O **passado** só interessa à Economia como fonte de experiência².

No âmbito da ética (filosofia), a seu turno, dá-se o mesmo. Quando se está tratando das escolas que buscam responder sobre o que é o **“bem”** ou a **“vida boa”**, costuma-se dividir as visões que pregam o **consequencialismo** daquelas que assim não consideram.

O **utilitarismo** (Bentham e Mill) prega que a boa ação é aquela que evita a dor, maximiza o prazer e traz felicidade para a maior quantidade de pessoas. Há outras escolas que pensam nesta mesma linha, ou seja, valorizam preponderantemente o critério da consequência: o **epicurismo** (busca do prazer), o **hedonismo** (busca do prazer mundano), o **pragmatismo** (busca do que funciona para o alcance de determinado propósito preestabelecido), o **egoísmo** (busca do que é melhor para si), o **comunitarismo** (busca do que é melhor para todos).

O contrário também é possível, ou seja: há visões éticas segundo as quais a boa decisão não deve ser tomada, necessariamente, com base nas consequências projetadas.

Para elas, o **bem**, o êxito, o **positivo** deriva, essencialmente, das **virtudes** que as pessoas cultivam e que as conduzem a

2. Todos os modelos decisórios, preponderantemente matemáticos, operam com essa projeção: a “utilidade esperada”, de Blaise Pascal, o “cálculo infinitesimal”, de Leibniz e Newton, o “desvio padrão”, de Abraham de Moivre, a “utilidade marginal descendente”, de Daniel Bernoulli, o “teorema de Bayes”, de Thomas Bayes, o “teorema minimax”, de John Von Neumann). Assim também trabalham mesmo as teorias mais sofisticadas que, com o desenvolvimento da economia enquanto ciência, passaram a combinar certa doutrina, como a moral ou a psicologia, com a matemática: a “utilidade marginal”, o “equilíbrio entre oferta e demanda” e a “teoria dos preços”, de Carl Menger e Alfred Marshall, a “teoria dos jogos”, de John Von Neumann, o “equilíbrio de Pareto”, de Vilfredo Pareto, a “eficiência de Kaldor-Hicks”, de Nicholas Kaldor e John Hicks, o “equilíbrio de Nash”, de John Nash, o “Teorema de Coase”, de Ronald Coase, a “teoria das escolhas racionais”, de Cooter e Ulen e as teorias comportamentais, fundadas em uma heurística de estimativas e vieses psicológicos.

boas atitudes e, por conseguinte, às melhores decisões e aos melhores resultados.

Por exemplo: para Aristóteles, o caminho da felicidade está na **prática da virtude** que, para ele, é representada pelo equilíbrio, pelo caminho do meio entre os extremos: entre a **covardia** e a **temeridade**, há a **coragem**, que é a virtude. Assim, ser corajoso, naturalmente, conduz às melhores decisões e resultados, enquanto ser covarde ou temerário conduz à ruína.

Segundo Aristóteles, a busca pelos **fins**, ou seja, pelas **consequências**, quase sempre é **enganosa**, pois toda vez que se alcança algo, a felicidade gerada é **efêmera**, de modo que é a **vida virtuosa** o que proporciona a **real felicidade**, posto que constante e adequada a todas as situações e circunstâncias da vida, boas e más.

Há várias outras escolas que pensam neste mesmo sentido: o **cristianismo**, inspirado na **fé**, é, sem dúvida, a mais popular delas, enquanto a filosofia kantiana, com seu **imperativo categórico**, é a mais bem elaborada do ponto de vista da **razão humana**.

O direito, por sua vez, também precisa lidar com o consequencialismo, afinal guiar a tomada de decisões por parte de cidadãos, de advogados, esteja-se, ou não, diante de situação litigiosa, bem como de juízes e demais autoridades públicas é, simplesmente, seu **principal objetivo**. A questão é: **como os juristas devem compreender isso?**

2. O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO:

Antes de tratar do **consequencialismo** no âmbito do Direito, é preciso, contudo, deixar claro do que estamos falando quando utilizamos essa palavra tão gasta e esvaziada de sentido: Direito.

Forte nas lições dos mestres e amigos **Paulo de Barros Carvalho**³ e **Tercio Sampaio Ferraz Jr.**⁴, quando falamos de Direito, podemos nos referir, pelo menos, a três realidades possíveis: o **ordenamento jurídico**, o estudo e a **construção acadêmica de referenciais teóricos**, para alguns, de cunho científico, e o plano das **decisões jurídicas**, administrativas e judiciais, mas principalmente estas.

Em qualquer dos **três casos**, somente se pode avaliar como o consequencialismo interessa ao direito se o foco for na **decisão**. É que, como dito acima, somente no âmbito de alguma **decisão** ou **sistema decisório** é que se pode falar de consequencialismo. Fora daí, não.

Se tomarmos o direito enquanto **ordenamento jurídico**, a decisão que está em jogo é a **decisão política**, não a **judicial**, que é a decisão tomada por juízes e tribunais. Assim, tomando o direito como ordenamento, observa-se que sua base é essencialmente consequencialista. Os parlamentos, quando discutem, votam, aprovam e enunciam determinado texto normativo o fazem, inevitavelmente, a partir das consequências **sociais, políticas, econômicas** e/ou **jurídicas** que vislumbram ou desejam alcançar. Legislador nenhum enuncia novo **texto normativo** como resultado de alguma prática virtuosa⁵. É a **disputa de interesses** sociais, políticos, econômicos e/ou jurídicos que preside o processo legislativo: cada um lutando pelos interesses que, segundo entendem, devam ali ser postos à mesa e, a final, prevalecer. E todos raciocinam a partir da **projeção** ou **prognósticos** das consequências, porque o destino do interesse é se concretizar no **futuro**.

3. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

4. FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2015.

5. Frequentemente, no discurso dos integrantes dos órgãos legiferantes, a justiça é apontada como a virtude a guiar o processo legislativo, porém este argumento apresenta-se mais como reforço retórico com o objetivo de encobrir a derrota dos interesses preteridos.

Por outro lado, se tomarmos o direito enquanto **ciência**, a decisão que está em jogo é aquela do estudioso que busca construir, aperfeiçoar, alterar, reconstruir determinado conhecimento sistemático, acrescentando-lhe ou burilando-lhe **axiomas, conceitos, classificações, hipóteses, teoremas, métodos, argumentos**. O consequencialismo que está presente na decisão do cientista é sempre no sentido da sistematização, ou seja, toda nova decisão a ser tomada tem que preservar o **sistema**, porque não existe **ciência** sem sistema, de modo que a coerência, a estabilidade, a solidez e a integridade são aqui valores fundantes. Além disso, o cientista luta pela prevalência e, se possível, pela hegemonia do **sistema de referência** no qual opera. E aqui há, sem dúvida, forte conteúdo político que também entra no cálculo das consequências do cientista: há ferozes disputas acadêmicas pelo melhor **referencial teórico**.

Porém, o aspecto do direito que mais nos interessa para o debate do consequencialismo é o direito enquanto **prática decisória**, isto é, as decisões proferidas por juízes e tribunais no exercício da função jurisdicional, cuja finalidade é resolver as **questões controversadas** que lhes são apresentadas. Porém, ao fazê-lo, deve utilizar os critérios de decisão trazidos pela lei, não pela **vontade do julgador**.

Em tais termos, ou seja, em razão **dessa condicionante** da decisão judicial, que não está presente na **economia**, na ética nem na **política**, é nesse âmbito que o consequencialismo **menos** deveria aparecer como critério decisório.

Em outras palavras, juízes **não deveriam se interessar** pelo consequencialismo, de modo que este tema sequer deveria aparecer entre as preocupações dos juristas.

E por que não?

Porque o critério de decisão para a atuação dos juízes já está **posto pela lei**, que foi criada justamente para propiciar a prevalência da autoridade política e a previsibilidade das decisões de juízes e tribunais. É por isso que a **segurança jurídica** é o núcleo do direito enquanto **prática decisória**, só

podendo ceder para a **equidade** e a **justiça**, sendo justamente nestes que residem o coração dos juízes. É a **morada** dos magistrados. E, como dito acima, o legislador já fez seu **cálculo consequencialista** quando da atividade política envolvida em todo o processo legislativo.

Aos juízes, portanto, a princípio, não cabe esse **juízo consequencialista**, uma vez que a **prognose**, enquanto critério decisório, não é própria da atividade jurisdicional.

Não deve ser esquecido que, como frisamos acima, os juízes consequencialistas envolvem prognósticos, ou seja, projeções sobre o futuro, e juízes, **em regra**, não projetam o futuro, **nós decidimos sobre o passado**, sobre o que está posto, sobre o que aconteceu e foi objeto de prova, não sobre o que virá. Sobre o **porvir**, decidem os **legisladores**, os **economistas** e os **formuladores de políticas públicas**.

Mas, e se não for tão simples assim?

Kelsen é o **grande revolucionário** do Direito no século XX, tanto da ciência, quanto da prática jurídica, justamente por que ele bradou: atenção, os juízes não fazem o que dizem que fazem. Eles dizem que decidem as controvérsias que lhes são apresentadas com base no **texto da lei**. Porém, o que eles realmente fazem é construir uma **nova norma jurídica** a cada decisão, pois o **texto da lei** não dá conta de resolver as questões controvertidas postas a julgamento. A linguagem é limitada e entrega apenas uma **moldura** dentro da qual se movimentam a **vontade do magistrado**.

Esta foi a grande revolução do direito. Depois deste ponto, o direito nunca mais foi o mesmo. Mas nem todos foram capazes de entender esta lição. Infelizmente. A prova disso são os discursos judiciais impregnados de argumentos de máximo respeito à lei, quando o que define o julgamento, em muitos casos, é a vontade do juiz. Muitas vezes o que ocorre é verdadeira **desconsideração** até da própria moldura da lei, no melhor estilo de **Procusto**: estica as pernas da lei ou as decepa. O importante é que ela caiba na ideia que o julgador, e às vezes

somente ele, tem a respeito dos **fatos sociais**, dos **fatos jurisdicizados** e dos **fatos componentes da demanda**⁶.

3. O CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL:

Do quanto dito acima, pode-se concluir, então, que, **em regra**, o consequencialismo judicial é **indevido**, porque o critério para a decisão judicial está no texto da lei e o legislador, ao elaborá-lo, já fez o **juízo consequencialista**, que, portanto, já foi objeto de disputa política e se assentou. São as **regras do jogo**.

Essa conclusão, como dito, é simplista e, desde Kelsen, já não dá conta de explicar o fenômeno jurídico, no campo da decisão judicial.

A chave para se entender esta complexidade está na ideia de interpretação jurídica como processo de **tradução**. Toda vez que um juiz se deparar com um **texto de lei**, ele precisa **interpretá-la**, o que implica em um processo de **tradução** da linguagem do legislador para a linguagem do juiz.

Neste movimento, ou seja, nesta **travessia**⁷, o texto da norma se **destaca** da norma jurídica encontrada pelo magistrado, dando origem a **duas realidades distintas**.

É um movimento de **duplicação da realidade**: do texto da lei à norma jurídica.

Existem vários métodos para demonstrar e explicar este fenômeno⁸. Um deles é a **semiótica**, que nos diz que as palavras, os termos, as frases e os textos não são a realidade, eles

6. Estas três perspectivas dos fatos, enquanto construção humana, são cruciais para a compreensão do direito enquanto prática decisória, porém esta noção é pouco presente no debate jurídico, seja no senso comum, seja no âmbito acadêmico.

7. BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais os limites dos juízes**. São Paulo: Noeses, 2017.

8. Para visão analítica do consequencialismo, a partir da estrutura da norma jurídica, consultar: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Argumentação Consequencialista na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009.

representam a realidade. E como as palavras e os termos são falhos, ou seja, são vagos, ambíguos e/ou porosos, a **tradução** envolvida no processo de interpretação sempre está impregnada pelo **universo do intérprete**, ou seja, seus **valores, interesses e referenciais**.

Ao duplicar a realidade, a partir do seu próprio **universo**, os juízes, muitas vezes sem saber ou se dar conta, estão legislando.

E ao legislar, o que fazem?

Acabam realizando juízos consequencialistas, ou seja, utiliza-se o **critério consequencialista** para a tomada de decisão. Como será visto adiante, às vezes, essa atitude é levada a termo com desconsideração do critério legal, outras vezes não.

E assim, quanto mais vagas, ambíguas e porosas forem as palavras dos **textos de lei**, mais amplos podem ser esses juízos e, portanto, o consequencialismo judicial: vou decidir assim, porque isto conduzirá a melhores consequências.

Neil McCormick⁹ traz uma distinção que nos interessa muito neste momento. Para ele, é possível se distinguir entre o **consequencialismo externo** e o **interno**. No consequencialismo interno, as consequências da decisão judicial estão previstas no próprio texto de lei ou são inferidas a partir dele. Portanto, não se constituem em prognósticos dos juízes, mas do próprio legislador. Nesta hipótese, não há subversão do sistema.

O **maior exemplo** desse tipo de consequencialismo está no art. 927, §3.º, do CPC, que trata da modulação dos efeitos de decisão judicial vinculante: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. Aqui

9. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

o consequencialismo é **inerente** à regra posta pelo texto legal. Aqui também pode ser citado o art. 27 da Lei n.º 9.898/99.

A seu turno, no **consequencialismo externo**, as consequências estão fora do texto da lei e não podem, portanto, ser inferidas diretamente dele ou do ordenamento jurídico. Neste caso, o consequencialismo seria **criação do magistrado**, que acaba por, de forma **voluntarista**, criando critério de decisão “a lattere” da lei.

Em tais termos, pode-se definir **consequencialismo judicial externo** da seguinte forma: tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão jurídica específica a partir da prognose e consideração dos possíveis efeitos desta decisão¹⁰.

Quem se utiliza desse tipo de consequencialismo, basicamente, **acredita** que as decisões judiciais, ao resolverem as questões controvertidas, não devem se ater a construir uma narrativa e qualificá-la juridicamente com base no texto da lei aplicável, mas devem também **projetar suas consequências futuras**.

Para tanto, precisa-se construir **outra narrativa**, alusiva a fatos sociais não **juridicizados** (ampliando o contexto da demanda), porque é, a partir deles, que as consequências são construídas e é neles que elas se projetam. Por exemplo, quando se considera possíveis efeitos negativos da perda de arrecadação e se **utiliza desse critério** para julgar improcedente demanda na qual o contribuinte alega, e demonstra, a inconstitucionalidade da exação.

Cria-se, assim, **sem base em texto de lei, nova norma** que irá decidir o caso concreto, de acordo com a ideia de se **evitar** ou se **buscar** determinada consequência.

10. A regra constante do art. 20 da LINDB não pode ser interpretada, portanto, como um cheque em branco para que juízes substituam os critérios legais de decisão por critérios consequencialistas. Ela deve ser interpretada de forma justamente inversa, ou seja, como regra de autocontenção com relação ao consequencialismo externo: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Acredita-se que, assim agindo, será sempre tomada a **melhor decisão**, ou seja, aquela que evita certas consequências, tidas como **negativas**, e promove outras, tidas como **positivas**.

Luis Fernando Schuartz, no artigo Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem, propõe excelente **classificação** para os tipos de consequencialismo criados pelos juízes.

Segundo o referido autor, diz-se que o consequencialismo é máximo, ou em **sentido forte**, quando: “o critério de decisão é a **consequência vislumbrada pelo julgador** e somente outra consequência diferente aparece como critério concorrente”. Aqui, deve-se frisar que essa consequência vislumbrada está apenas na mente do julgador, daí o **voluntarismo**.

São exemplos típicos os argumentos utilizados pelo STF quando concluiu pela não incidência de contribuição previdenciária sobre **salário-maternidade** (RE 576.967), sob o fundamento de que este tipo de exação degradaria o mercado de trabalho da mulher.

Da mesma forma, ocorreu quando o STF excluiu o ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS/COFINS, sob a alegação de que **‘não se pode faturar tributo’**, ignorando a legislação de regência, a praticabilidade do Direito Tributário¹¹ e décadas de jurisprudência, inclusive súmulas, acerca do tema (RE 574.706).

Esse fenômeno também foi observado quando o STF concluiu ser indevida a presunção do valor da base de cálculo da operação futura do substituído (substituição para frente ou progressiva), no caso do ICMS sobre a venda de combustíveis (RE 593.849), sob o fundamento de que não se pode tributar a partir de **presunções** sobre o valor real da base de cálculo.

Na aludida classificação do saudoso professor Luis Fernando Schuartz, o consequencialismo é moderado ou, nas

11. Sobre a praticabilidade no Direito Tributário, consultar: COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e justiça tributária. São Paulo: Malheiros, 2007.

palavras dele, é **residual**, quando o juiz **não chega a substituir** a norma jurídica como critério de decisão. Nesse caso, o juiz utiliza critério consequencialista quando é a própria norma jurídica que deixa duas ou mais possibilidades de decisão igualmente viáveis. Nessa situação, o julgador apela para as consequências e opta por uma dessas soluções **legais** a partir do critério de projeção futura. Essa situação é **limítrofe**, e rara. Ela só ocorre realmente quando a opção dada pelo legislador é **inconteste** ou **expressa**.

No Direito Tributário, é exemplar o caso do IPVA sobre embarcações e aeronaves. A Constituição, ao estabelecer este imposto e fixar a competência estadual (art. 155, III), não deixa claro o **critério material** da regra-matriz, permitindo ao juiz, em caso de controvérsia, a opção. Foi exatamente o que o STF fez ao julgar o RE 134.509, quando, com sua decisão, buscou evitar a **guerra fiscal**. Para o Tribunal, (i) navios e aeronaves nunca foram objeto de tributação sobre o patrimônio, de modo que estar-se-á inovando o sistema tributário nacional, (ii) navios e aeronaves não possuem qualquer vinculação com Estados ou municípios, porque são fiscalizados pela União e (iii), admitir esta tributação, certamente vai **gerar guerra fiscal**.

Por fim, **há o** consequencialismo em **sentido fraco**. Nesse caso, o critério de decisão é a norma jurídica, sendo que a argumentação pode ser **apenas complementada** a partir da projeção das consequências.

Dessa forma, nesta hipótese, **não se tem** propriamente o consequencialismo judicial, mas a utilização das possíveis consequências da decisão apenas como **reforço de argumentação**.

Um bom exemplo desta situação é o caso do TEMA 325 do STF (RE 603.624), quando se concluiu ser devida a incidência de contribuição previdenciária sobre a folha de salário para o SEBRAE, APEX e ABDI, uma vez que o rol de bases materiais previsto no art. 149, § 2º, III, da CR/88 é apenas exemplificativo.

No caso, o **abalo financeiro para os cofres públicos**, caso acolhida a tese dos contribuintes, foi utilizado apenas como **reforço de argumentação**, uma vez que a questão controvertida já seria suficientemente decidida pelo argumento acima mencionado, ou seja, com base no critério legal.

4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL PREVISTA NO ART. 927 DO CPC:

No presente contexto, **modular** é definir no tempo o início da **vigência** de determinada **norma jurídica**. Porém, não de norma jurídica qualquer, mas daquela que é posta pelo Poder Judiciário. Mais precisamente, por algum **Tribunal de Uniformização**, ou seja, o STF, o STJ ou a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais¹².

A perplexidade pode surgir aqui: o Poder Judiciário **legisla**?

Como vimos acima, a resposta é positiva. Se todo texto de lei necessita ser **traduzido** pelos juízes, que convertem a linguagem do legislador para a sua própria linguagem, duplicando a realidade, a proposição que o magistrado cria já não tem o mesmo **significado** que o enunciado criado pelo legislador.

Em breve exemplo: o texto da Constituição diz que a seguridade social será financiada, entre outras, por contribuição incidente sobre “a receita ou o faturamento”. Por sua vez, o texto da Lei n.º 9.718/99 diz que a contribuição para o PIS e a COFINS serão calculadas com base no faturamento e que este “compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977”. A seu turno, este último texto de lei diz que a receita bruta compreende: “I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II - o preço da prestação de serviços em geral; III - o resultado

12. No caso da Turma Nacional, a obrigatoriedade da decisão não decorre do CPC, posto que este órgão não está listado no art. 927, porém da sua própria estrutura e função. Este ponto, contudo, ainda não está assentado na jurisprudência do Colegiado nem foi ainda examinado pelo STJ.

auferido nas operações de conta alheia; IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III”.

Somados estes textos de lei todos, mesmo assim, não se resolve a seguinte **controvérsia**: o ICMS componente do preço das mercadorias vendidas pela pessoa jurídica comerciante integra, ou não, o conceito de receita bruta ou faturamento?

Quando o STF, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 574.706), com a finalidade de resolver essa **questão controversa**, deu sentido aos textos de lei acima, inegavelmente, ele colocou uma **nova norma geral** no ordenamento jurídico.

Daí por diante, qualquer outro órgão jurisdicional que decidir questão idêntica não se dará ao trabalho de conhecer os textos da Constituição e das leis acima citadas. Ele recorrerá, direta e exclusivamente à **conclusão de tese** firmada pelo STF que, no caso, é: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”. Este enunciado é lei nova, posta no ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário, não pelo legislador.¹³

Assim, a abissal diferença existente entre o **texto da lei**, posto pelo legislador, e a **norma jurídica**, construída pelo Judiciário, decorre do processo de tradução inerente à **atividade interpretativa**. Mas há ainda outro aspecto importantíssimo a ser considerado e que realça também fortemente essa diferença: a norma jurídica construída pelo Poder Judiciário não resulta apenas da **atribuição de sentido** aos textos de lei.

A construção da norma jurídica pelo Poder Judiciário envolve ainda a consideração de **vários textos de leis**, às vezes completamente **desconexos** entre si, bem como sua **estruturação** em um enunciado **deonticamente** lógico. Essa norma

13. Para aprofundamento no tema, remeto o leitor ao seguinte texto “Hermenêutica tem uma função de estruturação do ordenamento jurídico”, publicado em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/bianor-arruda-sao-feitos-ordenamentos-juridicos>.

jurídica estruturada, tarefa realizada ao longo de todo o “**percurso gerador de sentido**”¹⁴, pode ser sintetizada da seguinte forma: se for tributar o faturamento de pessoa jurídica com base na COFINS, “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”.

A **função legislativa** do Poder Judiciário, como se percebe, não se limita, entre outras de cunho administrativo e correcional, à edição de normas procedimentais, através dos regimentos internos dos tribunais, como se ensina nos manuais de Direito Constitucional. Ela vai muito além e diz respeito à **participação ativa** da função jurisdicional na construção do próprio ordenamento jurídico, em todas as suas áreas e escalonamentos hierárquicos. Afinal, até a Constituição é o que o STF disser que ela é. Não por outra razão que muitos dizem que, entre os anos de 2020 e 2021, especialmente a partir do uso do **Plenário virtual**, o STF vem realizando verdadeira, ampla e silenciosa reforma tributária¹⁵, feito que o Congresso Nacional somente conseguiu entre os anos de 1965 e 1966, durante o regime militar.

Apesar dessa imensa relevância, o tema não é ainda **percebido** dessa forma pela comunidade jurídica.

Uma das consequências disso é que se deixa de pensar com mais **profundidade** diversos institutos jurídicos,

14. Para compreender o que é e como se estrutura o percurso gerador de sentido, consultar: CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

15. **Principais casos julgados em 2020**: ADI 4.480, RE 576.967, RE 605.552 (ED), RE 159.180, RE 592.616, RE 596.832, RE 598.468, RE 599.316, RE 605.552, RE 665.134, RE 727.851, RE 759.244, ADI 6.025, ADI 5.277, ADI 1.763, ADI 5.485, RE 1.043.313, RE 1.072.485, RE 1.090.591, RE 1.283.445, RE 1.288.995, RE 587.108, RE 591.340, RE 601.967, RE 603.136, RE 603.624, RE 603.624, RE 603.624, RE 607.642, RE 651.703, RE 666.156, RE 784.439, RE 796.376, RE 878.313, RE 946.648. ===== **Principais casos julgados até junho de 2021**: ADI 5.469, ADI 5.729, AR 2.297, RE 1.187.264, RE 1.287.019, RE 598.677, RE 851.108, RE 855.091, ADC 49, ADI 1.945, ADI 5.659, ARE 1.294.969, RE 1.224.696, RE 605.552 (ED), RE 855.649, RE 598677, ADI 4.296, RE 1.026.605, RE 1.285.845, RE 574.706 (ED). RE 607.109.

entre eles, o da **vigência** das normas novas postas pelo Poder Judiciário.

Por exemplo: em regra, toda norma jurídica tem vigência para o **futuro** e esse seu poder de irradiar efeitos se inicia na data de sua publicação ou, no silêncio da lei, após decorridos quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, nos termos do art. 1.º da LINDB.

Mas, e se a norma for posta pelo Poder Judiciário? Como fica?

Em regra, ela é aplicada a partir da **publicação**, como ocorre com as leis postas pelo Poder Legislativo. Em outras palavras, a partir da publicação da decisão judicial, ela passa a irradiar seus efeitos e se torna vinculante para todo o Poder Judiciário, que deverá decidir, da mesma maneira, todas as **questões controvertidas idênticas**.

Atenção. Aqui, necessária e importante parada técnica, para que sejam lançadas algumas advertências que, de tão relevantes, não devem ser apresentadas em forma de nota de rodapé. Ei-las:

- a) para reger, especificamente, a relação jurídica objeto da **demanda**, a **fenomenologia jurídica**, ou seja, o movimento de construção normativa que aparece e que, portanto, pode ser observado e estudado, não é este de que estamos tratando;
- b) a fenomenologia de que cuidamos até agora é aquela alusiva à construção da **norma geral** que exsurge do julgamento do recurso repetitivo ou com repercussão geral, e que será **vinculante** para todo Poder Judiciário, nos termos do art. 927 do CPC;
- c) contudo, há outra norma jurídica sendo construída em **segundo plano** e de forma **particularizada** para cada demanda especificamente, que é a **norma jurídica do caso concreto**;

- d) neste segundo caso, é preciso examinar a petição inicial e verificar qual foi a **dimensão** e os **contornos** da controvérsia posta, inclusive no que diz respeito à sua **extensão temporal**, bem como as regras incidentes quanto ao ônus da prova, prescrição, decadência e efeitos financeiros, como valor principal, juros e correção monetária;
- e) a doutrina processualista, em clássica divisão, costuma, inclusive, fazer diferença entre os efeitos (ou eficácia) da sentença declaratória, constitutiva, condenatória e mandamental;
- f) assim, insista-se, é preciso fazer a diferença entre a norma que passa a integrar o ordenamento jurídico de **maneira geral**, ou seja, para todo e qualquer caso doravante sob a apreciação do Poder Judiciário, e a norma que passa a reger, **especificamente, determinada relação jurídica**;
- g) a norma geral é posta pelos **Tribunais de Uniformização**, quais sejam, o STF (repercussão geral), o STJ (repetitivos) a TNU (representativos da controvérsia); a norma específica, por sua vez, é posta pelo **título executivo judicial**, cuja formação pode se limitar às instâncias ordinárias ou ser completada pelos tribunais superiores;
- h) ambos os casos tratam de normas jurídicas postas pelo Poder Judiciário, porém, no que interessa para a modulação, somente vamos nos deter na **ponência de normas de cunho geral**.

Feita a advertência, retornemos à trilha anterior. E o início da **vigência** das normas postas pelo Poder Judiciário? Como fica? Como dito, fica igual ao que ocorre com as normas postas pelo Poder Legislativo: a partir da publicação, porém sem possibilidade de aplicação da regra dos quarenta e cinco dias, posto que, aqui, tal regra não faria sentido.

Assim, se tal norma somente deve vigor para o futuro, então, quando o STF decide um caso com repercussão geral e põe uma nova norma no ordenamento jurídico, ela somente deve ser aplicada para o **futuro**, ou seja, para reger as relações jurídicas e seus efeitos dali em diante.

Esta é a regra.

Porém, como ficam as demandas **ajuizadas e ainda não julgadas**?

A pergunta é extremamente relevante, pois as demandas já ajuizadas e também aquelas que ainda serão ajuizadas poderão pedir ao Poder Judiciário que faça **retroagir a norma jurídica do caso concreto** para todo o passado permitido pelas regras de prescrição e decadência.

No Direito Tributário, isso é muito comum, especialmente nos casos que envolvem a **repetição de indébito**.

Diante desse tipo de caso, atente-se, se a nova norma geral posta pelo Poder Judiciário puder ser aplicada a demandas novas, ou seja, que serão ajuizadas somente depois da **nova norma geral** já ter sido posta no ordenamento jurídico pelo STF, então, tecnicamente ter-se-á o quê?

Tecnicamente, ter-se-á a **retroatividade da norma jurídica**, o que não é possível em função da **segurança jurídica**, pilar do sistema.

É exatamente por isso que o art. 927 do CPC prevê a modulação quando houver **mudança de jurisprudência**: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Dessa forma, andou muito bem o STF quando, ao julgar o RE 574.706, modulou os efeitos da norma posta nos seguintes termos: “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”.

De tudo quando dito pode-se concluir o seguinte:

- a) a modulação dos efeitos das decisões judiciais, prevista no art. 927 do CPC, apesar de ter sido posta como possibilidade, é a **regra** para os casos que envolvam relação jurídica de **trato sucessivo** com **efeito retrospectivo**;
- b) a razão dessa conclusão está na **regra geral de irretroatividade** da norma nova geral posta no ordenamento, constituindo-se exigência básica da segurança jurídica;
- c) a modulação, contudo, somente é necessária em casos de **procedência** da demanda paradigma com a ponência de **nova norma geral** (repercussão geral e repetitivos), e naqueles que envolvem, como dito, relações jurídicas de **trato sucessivo** e com pedido de **efeitos financeiros retrospectivos**, ou seja, que possuem uma cadeia de eventos passados a ser regida pela norma jurídica nova.

Ao chegar até aqui, a pergunta final: e por que afirma-se que a modulação é exemplo clássico de **consequencialismo interno**? Que prognose de consequências é esta feita na modulação e que é autorizada pela própria lei, no caso, o art. 927 do CPC?

Este é o juízo necessário para a realização da modulação. É o juízo que recai sobre as consequências da norma nova geral quanto ao “**interesse social**” e à “**segurança jurídica**”.

Quanto à segurança jurídica, o núcleo do problema está no **controle da retroatividade da norma jurídica**, nos termos acima postos. Em outras palavras: sempre que o Tribunal antever a possibilidade de retroatividade da norma geral posta, deverá realizar a modulação.

Dessa forma, nesta hipótese, a modulação não está no campo da **discricionariedade** do Poder Judiciário, que pode avaliar acerca da conveniência, ou não, de realizá-la: ele deve, **necessariamente**, empreendê-la. Trata-se de imperativo de **segurança jurídica** para preservar o sistema.

Especificamente em matéria tributária, contudo, há **exceção**, na qual o imperativo de segurança jurídica, a depender do juízo sobre as **consequências** do caso, **poderá** ceder. Esta hipótese ocorre nos casos de reconhecimento da **inconstitucionalidade de determinada exação**.

Nesta situação, excepcionalmente, mesmo diante da hipótese de mudança de jurisprudência, a segurança jurídica **poderá** ceder frente à **deletéria possibilidade** de que o Poder Judiciário chancele **cobranças inconstitucionais**. É certo que a segurança jurídica é base do Estado, porém, como o Estado existe para servir o cidadão, e não o contrário, é este que tem que ser resguardado.

Dessa forma, nestas hipóteses **excepcionais**, é o Judiciário, de forma **discricionária** e **soberana**, que decidirá pela modulação, ou não. Aqui, dois casos são paradigmáticos: 1) no caso da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, o STF, mesmo tendo que cancelar **cobrança inconstitucional** para uma parte dos contribuintes, fez a modulação; aqui, a consequência que se quis evitar foi a **corrida para o ajuizamento de demandas novas**, todas previamente ganhas, o que conduziria não apenas à retroatividade da norma, como visto acima, mas a grande prejuízo para a Fazenda Pública; b) o segundo caso é o de RE 851.108, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da legislação estadual que previu a cobrança do ITCMD nos casos com **elemento de conexão com o exterior**; o fundamento da inconstitucionalidade foi quebra de reserva da lei complementar; neste caso, também preservou-se **cobranças inconstitucionais para parcela dos contribuintes**, sob a alegação de que teria havido mudança de jurisprudência e que, portanto, os Fiscos estaduais estariam tributando com a chancela do próprio STF, de maneira que não fazer a modulação traria enorme prejuízo à Fazenda Pública.

Por fim, no que diz respeito às consequências relacionadas ao “**interesse social**”, penso que se trata aqui de **cláusula de reserva**, deixada pelo legislador ao Poder Judiciário para auxiliá-lo no manejo de tão difícil e complexo instituto, que é este da modulação jurídica.

5. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL PREVISTA NO ART. 27 DA LEI 9.868/99:

Neste caso, a modulação tem função completamente diferente daquela comentada no item anterior.

Tratando-se, especificamente, de declaração de inconstitucionalidade através do **controle concentrado**, o texto da lei é declarado incompatível, formal ou materialmente, com a Constituição. Disso decorre que a **validade** da lei é **cortada**¹⁶ e, portanto, ela perde sua vigência com **efeito retroativo total**, ou seja, desde o princípio.

Assim, todos os fatos juridicamente qualificados com base na lei declarada inconstitucional, bem como todas as relações jurídicas constituídas e cujos efeitos foram gerados com base nessa lei terão que ser totalmente **requalificadas, revisadas e reajustadas**.

Aqui entra a **modulação**. É possível que o desfazimento de todo esse emaranhado de fatos jurídicos, situações jurídicas e relações jurídicas gere consequências muito mais **desastrosas, gravosas ou penosas** do que já foi gerado pela própria lei inconstitucional.

16. Para quem adota a ideia de validade como qualidade do vínculo que une a norma ao ordenamento jurídico, ou seja, para quem adere ao conceito de validade como **existência** da norma, sendo válida aquela norma que é posta por órgão competente, a declaração de inconstitucionalidade não invalida a norma, apenas **corta sua validade**. Por outro lado, para quem entende que validade é sinônimo de compatibilidade formal e material da norma com a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade retira a validade da norma. Sobre o tema, consultar: LINS, Robson Maia. **Controle de constitucionalidade da norma tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Então, cabe ao Poder Judiciário, a partir de **juízo consequencialista**, norteado pelo mesmo “interesse social” e pela mesma “segurança jurídica” mencionados no art. 927 do CPC, tentar, não com base na **ciência jurídica**, mas com base na **jurisprudência**¹⁷, harmonizar esse cipoal ou feixe de situações firmadas no passado.

Dessa forma, enquanto na modulação do art. 927 está em jogo a **irretroatividade** da norma nova posta pelo Poder Judiciário, aqui o que está em questão é a necessidade de **manter incólume** situações jurídicas firmadas por lei que perdeu a validade, a vigência e a eficácia.

Em última análise, trata-se de **manter a vigência da lei inconstitucional** para certas situações, ou seja, manter sua capacidade para irradiar efeitos sobre **determinada realidade fática em espaço de tempo fixado pelo Tribunal**.

Após tudo quanto dito, é possível se concluir que, enquanto no caso do art. 927 a modulação é a **regra**, pois a **lei nova geral** posta pelo Poder Judiciário não deve retroagir, na presente hipótese, dá-se justamente o contrário: **a modulação é a exceção**, pois, a rigor, a lei inconstitucional, banida “*ab initio*”, **não pode ter sua vigência mantida em nenhum intervalo de tempo**.

Porém, da mesma maneira como ocorre no caso do art. 927, a modulação pode **gerar absurdos**. Nesta hipótese, contudo, é a não modulação que pode gerá-lo, daí que, em uma e outra situação, entra em cena a destreza dos juízes para harmonizar o ordenamento jurídico, mas não só, harmonizar

17. Enquanto a ciência é conhecimento rigorosamente organizado, no interior do qual mesmas premissas não podem conduzir a conclusão diversa, na jurisprudência, por vezes, é preciso encontrar resultado diferente para o mesmo conjunto de premissas, em razão da necessidade de calibragem da decisão em função das suas consequências. No exemplo citado: a declaração de inconstitucionalidade sempre conduz ao corte da validade “*ab initio*”, salvo quando isso leva a consequências absurdas, o que vai depender de cada caso. **A ciência não tolera casuismo, a jurisprudência existe para lidar com eles.**

também todo o conjunto de milhões de relações jurídicas já constituídas e desenvolvidas sob a lei inconstitucional.

Quando se coloca na equação o **fator tempo**, ou seja, quando se adiciona a este imbróglio o fato de que o STF pode demorar 20 anos para decidir uma ação direta de inconstitucionalidade, é possível vislumbrar-se o tamanho do problema.

No âmbito tributário, o caso mais paradigmático, sem dúvida, é o caso da ADI 1.945, ajuizada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB no dia 21 de janeiro de 1999. O julgamento do mérito foi concluído no dia 24 de fevereiro de 2021. Neste feito, se discutiu o critério material da regra-matriz do ISS, em confronto com a do ICMS, e a respectiva incidência sobre “software” por encomenda e “software” de prateleira. Quando foi ajuizada a demanda, rede social era o mIRC, os celulares eram analógicos e se vendia “software”, em grandes varejistas, armazenado em CDs. Até o partido mudou de nome. Na Corte, somente o Ministro Marco Aurélio estava presente nas duas pontas do tempo.

Ao final do julgamento, o Tribunal teve que fazer um **enorme esforço consequencialista** para modular os efeitos desta decisão, envolvendo, simplesmente, 27 unidades federativas de nível estadual e miríades em nível municipal. O resultado pode ser conferido na ata de julgamento.

6. CONCLUSÕES:

- a) O consequencialismo é técnica que adota como **critério de decisão** o **prognóstico** acerca das **consequências** para cada uma das possibilidades que se apresentam.
- b) O decisor escolhe a **opção** cujas consequências projetadas estejam de acordo com a **finalidade** ou o **objetivo** da sua decisão.

MEIO SÉCULO DE TRADIÇÃO

- c) Na ética, o critério de decisão varia de acordo com a escola de pensamento, porém ele deve ser capaz de conduzir à finalidade da ação, que é alcançar **vida boa** ou ao **bem**.
- d) Na economia, o critério de decisão também varia e ele também deve conduzir a finalidade da ação que, no caso, é alcançar a **eficiência na produção e na distribuição de riqueza**.
- e) No direito, o critério de decisão é **posto pelo texto da lei** e ele deve conduzir ao cumprimento dos valores, princípios, objetivos e regras previstos na Constituição.
- f) Pessoas buscando o bem, economistas buscando a eficiência e legisladores buscando cumprir a Constituição projetam as consequências de suas decisões, pois **trabalham mirando o futuro**.
- g) Os juízes, em regra, diferentemente, trabalham a partir de **critérios legais**, postos pelo legislador, e se debruçam sobre o **passado**.
- h) Dessa forma, o consequencialismo é **vetado aos juízes**, salvo quando do **tipo interno**, ou em situações específicas.
- i) Porém, ao interpretar os textos das leis, os juízes realizam uma atividade de **tradução**, criando novas normas jurídicas e as acrescentando ao ordenamento.
- j) Nesta atividade, se não observarem que as consequências da lei já foram consideradas pelo legislador, é inevitável que elaborem juízos consequencialistas, o chamado **consequencialismo externo**.
- k) Se isto ocorrer, é possível que o juiz esteja substituindo o critério legal pelo critério consequencialista, o que, **em regra**, não é possível, sob pena de subversão do sistema jurídico-político.

- l) Dessa forma, o consequencialismo externo somente é possível, estritamente, em três situações: (i) o próprio texto legal deixe margem à **discricionariedade** judicial; (ii) a aplicação do critério legal conduza, de forma evidente, à **afronta a regras ou princípios constitucionais**; (iii) nos casos em que cabível a aplicação do juízo de **equidade**, que, por ser complexo, é tema para outro artigo.
- m) O texto de lei do art. 927 do CPC, que trata da modulação para o caso de mudança de jurisprudência por parte dos tribunais de uniformização, traz o consequencialismo como critério de decisão judicial, sendo um excelente exemplo do chamado consequencialismo interno.

- n) A modulação prevista no art. 927 do CPC tem como objetivo evitar a **retroatividade** da lei nova, posta pelo Poder Judiciário, e sua fixação deve ser vista como **regra**, não como exceção.
- o) O texto de lei do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que trata da modulação para o caso de declaração de inconstitucionalidade no controle direto, também traz o consequencialismo como critério de decisão judicial, sendo outro excelente exemplo do chamado **consequencialismo interno**.
- p) Diferentemente da modulação prevista no CPC, no caso da Lei n.º 9.868/99, o objetivo é **evitar situações absurdas e contrárias ao programa constitucional** decorrente da perda superveniente da validade, vigência e eficácia do texto de lei declarado inconstitucional.
- q) Nesta hipótese, ao contrário do que ocorre com a hipótese tratada pelo CPC, a modulação deve ser vista como **exceção**, não como regra.