

# MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: O DÉCIMO SEGUNDO CAMELO MANCO DO STF

## MODULATION OF EFFECTS IN TAX MATTERS: THE TWELFTH LAME CAMEL OF THE STF\*

Gerardo Gallo Candido Centro  
Universitário de João Pessoa  
Universidade Federal da Paraíba  
[gerardo@ggc.adv.br](mailto:gerardo@ggc.adv.br)

**Resumo:** A parábola dos doze camelos utilizada por Niklas Luhmann traduz que, em certos casos, o Judiciário busca um elemento externo ao Direito para compor o conflito. Embora autopoiético, por vezes, o Direito busca elementos de outros sistemas para equacionar suas decisões. Para modular os efeitos em matéria tributária, o STF traz um camelo que modifica os parâmetros tradicionais do Direito. Prestigia-se os orçamentos fiscais, chancelando o enriquecimento ilícito do Estado ao restringir o alcance retroativo das ações e/ou ao prolongar a cobrança inconstitucional de tributos. Além disso, o dinheiro público tem sido utilizado inescrupulosamente, como na aprovação de R\$ 4,9 bilhões para o Fundo Eleitoral de 2022. Não menos grave foi o Pregão Eletrônico nº 27/2019 do STF (R\$ 1,13 milhões) para contratar fornecimento de medalhões de lagosta regados a espumante brut com pelo menos quatro premiações internacionais. Enquanto isso, 116 milhões de pessoas sofrem de insegurança alimentar e 19 milhões passam fome no Brasil. Como é possível essa modulação diante dessas escandalosas destinações orçamentárias? A empreitada sugere uma fundamentação teórica lastreada no pensamento luhmanniano e em que o décimo segundo camelo do STF traz insegurança jurídica e dano ao real interesse social.

**Palavras-chave:** Décimo segundo camelo. Inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos. Enriquecimento ilícito. Matéria tributária.

**Abstract:** The parable of the twelve camels used by Niklas Luhmann translates that, in certain cases, the Judiciary seeks an element external to the Law to compose the conflict. Although autopoietic, sometimes the Law seeks elements from other systems to equate its decisions. To modulate the effects in tax matters, the STF brings a camel that modifies the traditional parameters of Law. Fiscal budgets are given prestige, guaranteeing the illicit enrichment of the State by restricting the retroactive scope of actions and/or by prolonging the unconstitutional collection of taxes. In addition, public money has been used unscrupulously, as in the approval of BRL 4.9 billion for the 2022 Electoral Fund. No less serious was the Electronic Auction No. 27/2019 of the STF (BRL 1.13 million) to contract the supply of lobster medallions watered with brut sparkling wine with at least four international awards. Meanwhile, 116 million people suffer from food insecurity and 19 million go hungry in Brazil. How is this modulation possible in the face of these scandalous budget allocations? The endeavor suggests a theoretical foundation based on Luhmannian thought and in which the twelfth camel of the STF brings legal uncertainty and damages the real social interest.

**Keywords:** Twelfth camel. Unconstitutionality. Modulation of effects. Illicit enrichment. Tax matters.

\* Artigo recebido em 02/10/2022 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 01/11/2022.

## 1. INTRODUÇÃO

Certa vez, um beduíno rico faleceu deixando seu patrimônio, composto por onze camelos, para ser repartido segundo as regras da religião de sua comunidade. Os herdeiros do beduíno eram seus filhos: Achmed, Ali e Benjamin. A partilha sucessória deveria seguir os parâmetros estabelecidos no testamento deixado pelo beduíno, elaborado segundo suas convicções religiosas, ou seja, metade dos camelos para o filho mais velho, Achmed, um quarto para o filho intermediário, Ali, e um sexto para o filho mais novo, Benjamin.

Nesse contexto, Achmed reivindicou seis dos onze camelos, pelo que Ali e Benjamin protestaram, dado que seis camelos representariam mais do que a metade dos onze, isto é, além do quinhão a que o filho mais velho do beduíno tinha direito. Esse conflito estabelecido entre os herdeiros do beduíno, fez com que estes recorressem à solução a ser dada por um juiz da comunidade.

Para dar a cada herdeiro o que lhe correspondia segundo a vontade do beduíno, o juiz ofereceu um camelo próprio para compor a equação, afirmando que, caso fosse a vontade de Alá, após a partilha, o camelo ofertado lhe seria restituído. Assim, feita a partilha a partir de doze camelos, Achmed recebeu seis (metade), Ali ficou com três camelos (um quarto) e Benjamin ganhou dois camelos (um sexto dos doze), sendo o décimo segundo camelo restituído ao juiz.

Com efeito, essa parábola traduz que, em determinados casos concretos, o Poder Judiciário tem a necessidade de trazer um elemento externo ao Direito para compor o conflito. Em outras palavras, a depender da *res in iudicium deducta* (coisa deduzida em juízo), o Poder Judiciário recorre a elementos externos e estranhos ao Direito (ou ao direito posto em jogo), para prolatar uma decisão, cujo comando estatal (dispositivo), que é a norma jurídica individualizada do caso concreto, estabelecerá o que corresponde a cada um dos litigantes.

Niklas Luhmann (2004) utilizou essa parábola do décimo segundo camelo para exemplificar a existência de paradoxos no dia a dia profissional do subsistema do Direito, partindo de uma lógica binária de necessidade e não necessidade, sendo o Direito, dessa forma, paradoxalmente constituído (ALBAN; MAIA, 2016, p. 1036). Parece ser ainda possível afirmar que, a partir do pensamento luhmanniano, o Direito é um sistema operativamente fechado, porém, cognitivamente aberto. Dessa forma, apesar do Direito ser autopoietico e autorreferente, por vezes ele necessita buscar em outros campos do conhecimento elementos externos ao seu raio de atuação e, portanto, estranhos ao seu próprio sistema, para equacionar suas decisões. Dessa forma, não raro, o Direito busca em

outras áreas (economia, medicina, genética, informática etc.) elementos a ele estranhos para fundamentar suas decisões. Esse elemento estranho é o décimo segundo camelo.

Nesse espectro, para modular os efeitos de suas decisões em matéria tributária, especificamente quando declara a inconstitucionalidade de norma desse ramo do Direito, o Supremo Tribunal Federal – STF, tem ido buscar em outra área do conhecimento o décimo segundo camelo para fundamentar suas decisões, que modificam os parâmetros rigorosamente tradicionais (elementos internos) do Direito, quanto ao início dos efeitos da inconstitucionalidade declarada.

É o caso, por exemplo, da modulação dos efeitos nos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral RE 574706/PR (BRASIL, 2021), da lavra da Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13 de mai. de 2021, em que justamente a Corte que tem o papel de guardião da Constituição decidiu que, também em razão dos “impactos financeiros e administrativos da decisão” e do “cenário de profunda e arrastada crise fiscal da União”, a produção dos efeitos do julgado haverá de se dar desde 15 de mar. de 2017, ou seja, data de julgamento de mérito desse recurso extraordinário (574706/PR), onde foi fixada a tese com repercussão geral de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”, ressalvadas as ações judiciais e procedimentos administrativos protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito”.

Não foi diferente na modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (Tema nº 745) RE 714139/SC (BRASIL, 2022), da lavra do Ministro Marco Aurélio (Redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli), Tribunal Pleno, julgado em 18 de dez. de 2021. Nessa decisão foi fixada a tese de que uma vez adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, “discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços”. Contudo, as razões da modulação dos efeitos foram que “a atual sistemática do ICMS, considerado o princípio da seletividade, perdurou por longo período, sem resposta definitiva do Poder Judiciário” e que “a alteração dessa sistemática repercutiria de forma abrangente e significativa sobre a programação orçamentária dos Estados”, de forma que a decisão somente produzirá seus efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, ou seja, 5 de fev. de 2021.

No entanto, em que pese o prestígio dado pelo STF aos supostos impactos orçamentários na modulação dos efeitos de suas declarações de inconstitucionalidades em matéria tributária, é notória a péssima aplicação do dinheiro público no Brasil atual. Apenas para exempificar, basta atentar para o fato de que, sem qualquer pudor, o Congresso Nacional aprovou, em 17 de dez. de 2021, nada menos que R\$ 5,7 bilhões (sancionado em 21 de jan. de 2022, o valor final previsto na Lei nº 14.303/2022 é de R\$ 4,9 bilhões) de recursos públicos para o Fundo Eleitoral de 2022 (BRASIL, 2021), enquanto mais da metade da população brasileira (116 milhões de pessoas) sofre de algum grau de insegurança alimentar e, nesse cenário, pelo menos 19 milhões de pessoas em nosso país passam fome, segundo dados do Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, Rede PENSSAN – Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (2021).

Como isso é possível? Ou seja, como é possível que o guardião da Constituição fundamente suas decisões de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidades em matéria tributária chancelando o enriquecimento ilícito (e, portanto, inconstitucional) do Estado em detrimento do contribuinte que deseja ingressar em juízo para buscar a tutela jurisdicional que lhe garanta não ter que continuar pagando tributos escancaradamente inconstitucionais?

Assim, este breve estudo tem por objetivo sinalizar os possíveis interesses dos membros do STF na fundamentação de suas decisões de modulação dos efeitos considerando os impactos fiscais sobre os orçamentos de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Diante disso, a empreitada proposta sugere uma breve fundamentação teórica concernente à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2016b) e, ainda, de sua obra “O Direito da Sociedade” (2016a), principalmente, considerando a parábola do décimo segundo camelo, como elemento estranho ao Direito, porém, por ele incorporado, para equacionar a modulação dos efeitos em matéria tributária no Brasil. Parece inequívoco que esse décimo segundo camelo é manco, ou seja, com valor fracionário inferior a um inteiro, o que, portanto, não compõe a equação de forma perfeita de maneira a repartir satisfatoriamente os outros onze camelos.

## **2. O DÉCIMO SEGUNDO CAMELO DE NIKLAS LUHMANN E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO STF: UMA EQUAÇÃO INSOLÚVEL**

O que significa construir conhecimento ou saber jurídico? Ou melhor, como se constrói a ciência jurídica ou a ideia de sistema no bojo desse paradigma (o vocábulo: Direito) que guia a teoria da sociedade moderna?

Luciano Nascimento (2020a) aponta que se alguém pretende produzir discurso, linguagem ou argumentação no âmbito do sistema jurídico, a estrutura dessa produção se dará através de quatro elementos constitutivos da linguagem e da argumentação, a saber: (i) a ideia de verdade; (ii) o paradoxo; (iii) a complexidade; e (iv) a interdisciplinaridade.

Se alguém produz argumentação no universo jurídico, sem sombra de dúvidas, está produzindo verdades. E, nesse contexto, se alguém se utiliza da linguagem e argumentação para a produção de verdades, ou produz verdades ou está excluído do universo jurídico. Isso demonstra que o Direito possui uma estrutura binária. Ou seja, ou esse alguém constrói a verdade tornando-a a realidade do Direito ou o seu opositor a construirá, apropriando-se o Direito dessa verdade antagônica.

O Direito, ao exsurgir no universo das realidades da sociedade em suas formas de poder, quer seja mediante a produção legislativa, quer seja mediante a produção de decisões judiciais (que, aliás, são suas as duas maiores estruturas de autoprodução), irremediavelmente, terá como seu primeiro elemento a construção de suas próprias verdades. Portanto, aqueles que produzem linguagem e argumentação no mundo do Direito proporcionam-lhe, por esse meio, a sua autoconstrução através da verdade por ele mesmo incorporada.

No entanto, a verdade não é uma só. Mesmo que produzidas diversas verdades pela produção de diversas produções de argumentação e linguagem, o Direito se apropriará somente de uma delas. As demais verdades produzidas ficam automaticamente excluídas do universo jurídico, pelo menos naquele específico momento. Essa exclusão não significa de forma alguma que essas verdades produzidas não sejam verdades. Porém, mesmo que temporariamente, ficam fora do mundo do Direito, haja vista que a verdade é aquela apropriada pelo universo jurídico.

Não obstante isso, o Direito não garante que a verdade por ele apropriada deve ser a verdade a ser apropriada. É possível que a verdade que deveria ter sido apropriada que, em um primeiro momento ficou fora do Direito por ter sucumbido na disputa do discurso de argumentação, venha a ser posteriormente por ele incorporada como nova verdade. Isso é possível pelo fato de que, mesmo que temporariamente essa verdade não tenha sido apropriada pelo Direito, fora do universo jurídico ela pode não ter se perdido como verdade.

Essa constatação leva ao segundo elemento linguístico e argumentativo da produção do discurso jurídico: o paradoxo. Ora, se não há uma única verdade e o Direito não garante que a verdade da qual ele se apropriou seja a verdade mais assertiva para a sua própria autoconstrução, faz emergir a ideia do paradoxo. Exemplo clássico de paradoxo é pena privativa de liberdade como a pena nuclear do sistema jurídico criminal (BECCARIA, 1999) em uma sociedade moderna que é construída a partir do postulado da liberdade, como segundo maior bem do ser humano, dado que o maior bem é a vida. Em outras palavras, é a própria sociedade moderna fundamentada na liberdade que cria um sistema jurídico penal para restringir a liberdade. Esse é o paradoxo. É exatamente por isso que a argumentação jurídica, para além de propor a construção de uma verdade, necessariamente, no estágio posterior, ela é paradoxal. No sistema do Direito não há como escapar das paradoxalidades.

Além desse excelente exemplo, mais do que esclarecedor, dado por Luciano Nascimento (2020a), de nossa parte, ousamos também apontar um exemplo dessa paradoxalidade. Apesar da República Federativa do Brasil constituir-se em Estado Democrático de Direito, perceba o leitor que o voto popular direto é obrigatório. Se somos uma povo que se autogoverna, o voto obrigatório destoa completamente da ideia democracia. Para nós, aliás, trata-se de um paradoxo insuperável.

O terceiro elemento linguístico é complexidade. A produção da verdade, a existência dos paradoxos e as escolhas linguísticas conduzem ao universo das complexidades. Complexidade nada mais é do que uma observação e uma descrição e, nesse sentido, uma auto-observação e uma autodescrição (LUHMANN, 2016b). Ou seja, a complexidade reside nas observações produzidas pelo observador, este imprescindível ao saber, conhecimento e ciência. Dessa forma, não há como evitar as complexidades. No entanto, as complexidades não são algo concreto ou real. São, na verdade, uma observação do observador. Ou, como assevera Niklas Luhmann (2016b), as complexidades são uma auto-observação do observador.

O quarto e último elemento constitutivo da linguagem e da argumentação é a interdisciplinaridade. Se alguém está na produção linguística, discursiva e argumentativa do universo jurídico, necessário se faz ter um discurso interdisciplinar. Embora o Direito seja um sistema fechado que se autorreproduz, deve buscar elementos em outros sistemas, ou seja, em outras linguagens científicas para continuar autoconstruindo seu discurso em constante atualização, sob pena de não atender a diversidade da sociedade contemporânea.

## 2.1 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM LUHMANN NO DIREITO DA SOCIEDADE

Como destaca Luciano Nascimento (2020b), autores como Robert Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica (2001), Ronald Dworkin em sua Teoria do Direito como Integridade (2007), Chaïm Perelman em sua Nova Retórica (2020) e, ainda, em alguns pontos, Jürgen Habermas em seu Discurso Filosófico da Modernidade (2000) constroem a teoria da argumentação sob o prisma de um discurso convincente ou não convincente, um discurso bom ou ruim, um discurso persuasivo ou não persuasivo.

No entanto, Niklas Luhmann em sua obra “O Direito da Sociedade”, especificamente, no capítulo sobre argumentação jurídica (2016a, p. 269-321), rompe epistemologicamente com essa ideia. Ele sustenta que toda e qualquer argumentação é convincente ou não convincente, persuasiva ou não persuasiva, boa ou ruim. Contudo, a questão não reside nessa perspectiva. Não se trata de observar se a argumentação é convincente ou não convincente, persuasiva ou não persuasiva. Não é esse aspecto que deve ser objeto de observação. O que deve ser objeto de observação é que a argumentação jurídica possui implacavelmente dois lados. Dito de outra forma, toda argumentação jurídica possui dois lados dessa mesma moeda, cujas premissas não são passíveis de renúncia.

O primeiro lado da moeda é que qualquer argumentação não modifica a validade do Direito. Não existe argumento com poder discursivo suficiente para modificar o Direito vigente. Isto é, rigorosamente, a argumentação jurídica não provoca mudanças no ordenamento jurídico sobre o qual ela argumenta. Entenda-se: não é pelo fato de estarmos aqui escrevendo (argumentando) a respeito da própria inconstitucionalidade da fundamentação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma tributária com base nos impactos financeiros dessa decisão que esse nosso discurso é capaz de mudar o Direito vigente. A não ser que esse argumento que estamos aqui construindo se torne lei ou seja adotado por futuras decisões judiciais. É aí que surge o outro lado da moeda.

Esse outro lado da moeda consiste em que a argumentação jurídica somente existe ou passa a existir se possuir validade ou passar a ter validade jurídica. Significa dizer que a argumentação jurídica necessita ser incorporada pela produção legislativa ou pela produção de uma decisão judicial para que de fato passe a ser integrante do Direito vigente. Se determinado argumento não estiver inserido nessas estruturas do Direito não poderá, por sua vez, ser considerado como argumento juridicamente válido.



Para Niklas Luhmann, portanto, a argumentação jurídica é apenas uma forma de o próprio Direito filtrar a si mesmo, isto é, uma forma de autofiltragem. Dessa maneira, necessário se faz levar a efeito o confronto entre a validade jurídica e a argumentação (ou processos comunicativos argumentativos). Assim, é necessário construir uma conexão entre ambos que se faz através do que ele mesmo denominou de acoplamento estrutural. Nesse espectro, o acoplamento estrutural é o texto jurídico. Sem texto jurídico, não haverá nem argumentação jurídica, tampouco validade do Direito. Resta saber, portanto, o que significam ou o qual o sentido desses textos e, ainda, o que eles determinam e qual é o alcance deles.

Luciano Nascimento (2020b) afirma que esses textos: (i) constroem ou produzem estrutura; (ii) conduzem a outros textos (através de citações, por exemplo) de normas jurídicas que, por sua vez, podem conduzir à consulta de outros textos de pensamentos jurídicos (doutrina, como argumentos de autoridade); (iii) provocam políticas jurídicas de soluções que serão debatidas; e (iv) permitem, inclusive (o que é um momento essencial do acoplamento estrutural), uma auto-observação simplificada pelo sistema do Direito (intertextualidade). É exatamente essa construção dos textos como acoplamento estrutural entre validade e argumentação que, por sua vez, permite a auto-observação pelo sistema ou a ciência do Direito de maneira simplificada, que dá sentido à linguagem do Direito no interior da realidade do universo jurídico.

Entretanto, Niklas Luhmann, questiona ainda outros dois aspectos. Qual é a fronteira da argumentação ou qual é o seu alcance? Para responder a essa questão, necessário confrontar interpretação e argumentação no bojo da ideia dos textos convincentes e não convincentes. Ora, validade e argumentação nada mais são do que uma espécie de jogo entre textos novos e textos velhos, no sentido de que para a construção de novos textos necessário recorrer a velhos textos. Nesse sentido, a argumentação não transforma nada. Não modifica absolutamente nada. A argumentação somente constrói texto sobre texto (seja o texto pré-existente normativo e/ou doutrinário e/ou decisório) e, assim, sucessivamente. Para Luhmann, conforme leciona Luciano Nascimento (2020b), essa é uma observação de primeira ordem.

Aqui cabe esclarecer que Luhmann (2016a, p. 269-321), nesse ponto, estabelece a ideia do observador de primeira, de segunda e de terceira ordem. No entanto, para o que queremos aqui estudar, no sentido de apontar que a pífia atual fundamentação do STF em sede de modulação dos efeitos em matéria tributária não se sustenta, entendemos não caber o aprofundamento desse tema.



Contudo, de maneira rasa, parece adequado afirmar que a argumentação constrói o sentido intrínseco ao Direito. A linguagem e a argumentação jurídicas somente tem sentido no bojo do universo do Direito. O sentido dessa linguagem somente faz sentido no discurso jurídico, sendo certo que fora do mundo do Direito ela não faz sentido algum. Daí, parece ser possível asseverar que o sentido construído pela linguagem jurídica tem por objetivo a autorrealização e a auto-observação do Direito. Dessa forma, se a argumentação somente pode surgir no mundo dos discursos jurídicos se houver a estrutura denominada texto (que é a validade jurídica pela via normativa ou judicial decisória), ela possibilita uma ampliação do universo das decisões judiciais, haja vista que o jogo das argumentações proporcionam ao julgador mais de uma possibilidade de decisão. Diante dessa gama de possibilidades, observa Luciano Nascimento (2020b), o julgador escolhe uma das argumentações com base em sua interpretação (da norma, da doutrina e dos precedentes judiciais), o que faz surgir o maior problema para a realização do Direito. Ora, como a argumentação tem um sentido intrínseco e, assim, ela possibilita uma gama de sentidos para a decisão judicial, o sistema do Direito não garante que o julgador se aproprie da argumentação que deveria se apropriar para a resolução do caso concreto. Esse é o grande problema que, por sua vez, se traduz em que ir ou estar em juízo, para o jurisdicionado, significa uma espécie de bilhete de apostas, um concurso de prognósticos, ou seja, uma verdadeira loteria.

Entretanto, perceba o leitor que há um aspecto inafastável nessa escolha do julgador sobre esta ou aquela argumentação. A escolha, seja ela qual for, por ele feita para construir sua decisão judicial de determinado caso concreto, embora não tenha sido a melhor escolha e/ou a verdadeira justiça para essa *res in iudicium deducta*, torna-se inexoravelmente Direito.

Nesse contexto, Luhmann passa a discutir o que é razão e persuasão no universo da argumentação. Questiona: quais são os fundamentos de uma argumentação da razão e, ainda, quais são os fundamentos de uma argumentação persuasiva? O único fundamento para Luhmann é o próprio processo comunicativo. Exatamente nesse ponto que se atinge a observação de segunda ordem. Nas palavras de Luciano Nascimento (2020b), necessário se faz uma observação da comunicação e uma comunicação da observação. Seja racional ou persuasiva, o processo de autoconstrução da argumentação é inequivocamente um processo comunicativo. A argumentação é uma comunicação e, na medida em que ela está inserida no universo do Direito é, sem sombra de qualquer dúvida, uma comunicação

jurídica. Portanto, argumentação, razão e persuasão são formas do processo comunicativo jurídico.

Diante disso, indo da observação para a comunicação e retornando desta para aquela, é que o Direito gera um processo de operacionalidade de si mesmo, passando, portanto, a ser auto-operacionalizável. Mas não é só. A observação de segunda ordem tem uma segunda parte. Trata-se de que, através desse processo, o Direito necessita encontrar fórmulas para minimizar os ruídos na comunicação. Dito de outra maneira, para minimizar esses ruídos em sua operacionalidade, o Direito profere decisões no caso concreto que se lhe apresenta. Ao decidir, portanto, afastam-se todas as outras argumentações no processo comunicativo jurídico. E, nesse contexto, aquela argumentação que foi considerada racional e/ou persuasiva se torna Direito. Como já mencionado acima, isso não significa dizer que aquelas argumentações que não foram incorporadas fiquem excluídas do Direito eternamente. É possível que em momento futuro de observação e comunicação do sistema, aquelas argumentações que primitivamente tinham ficado fora do Direito sejam por ele incorporadas e aquelas que foram apropriadas sejam por ele excluídas de seu próprio universo. Esse, portanto, é o jogo do processo comunicativo no mundo jurídico.

Por fim e, ainda, nesse espectro, para Luhmann, a construção de uma teoria não pode mais estar exclusivamente vinculada ao questionamento do que é a argumentação, do que é a razão, do que é a persuasão e do que é a verdade. Porém, e isso sim, desde a ótica metodológica de uma investigação científica, o que faz sentido é o questionamento de como é possível. Nesse ponto, Luciano Nascimento (2020b), na esteira da proposta luhmanniana, questiona: como é possível uma construção da razão? Como é possível uma construção da verdade? Como é possível uma linguagem jurídica? Como é possível uma argumentação? Como é possível uma persuasão? Enfim, como é possível fundamentalmente um processo comunicativo jurídico? E, por qual razão não questionar ao fim e ao cabo, como é possível o Direito?

Por essas razões e, para atingir os objetivos deste breve estudo, devemos questionar a fundamentação dos impactos orçamentários fiscais na modulação dos efeitos de declarações de inconstitucionalidade de normas tributárias levadas a efeito pelo STF. Portanto, parece legítimo questionar: como é possível que o próprio STF, cujo papel primordial é a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, chancela (carimbe mesmo!) o enriquecimento ilícito do Estado em nome de uma suposta “segurança jurídica” ou de um suposto “excepcional interesse social” ao modular os efeitos de declarações de inconstitucionalidades em matéria tributária em detrimento do contribuinte

notoriamente massacrado pela alta carga tributária brasileira combinada com a péssima aplicação desses recursos no bem-estar da sociedade brasileira como um todo. Como isso é possível?

## 2.2 O ARROZ COM FEIJÃO DAS DECISÕES MERAMENTE DECLARATÓRIAS

Uma forma tradicional de classificação das decisões judiciais é aquela que as subdivide em decisões declaratórias, constitutivas (ou desconstitutivas) e condenatórias. Decisões condenatórias são aquelas capazes de formar um título executivo judicial para a satisfação de uma obrigação, seja ela de pagar quantia, seja ela de fazer ou não fazer, seja ela de entregar coisa. Dito de outra forma, são decisões que, certificando a existência de um direito, impõe ao vencido uma obrigação de dar, fazer, não fazer ou entregar coisa, atribuindo ao vencedor um título executivo judicial. Toda decisão que permite ao vencedor da demanda desenvolver atividade executiva, caso o vencido não cumpra voluntariamente a prestação, é condenatória. As decisões constitutivas (ou desconstitutivas ou, ainda, constitutivas negativas), por sua vez, são aquelas que criam, modificam ou extinguem uma relação jurídica como, por exemplo, a decisão que decreta o divórcio, que rescinde um contrato, que defere a adoção, que revisa o valor do aluguel etc.

As decisões declaratórias (ou meramente declaratórias), de outro lado, são aquelas que certificam (que atestam, que declaram) a existência, a inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica e, ainda, a autenticidade ou da falsidade de documento, conforme o disposto no art. 19 do Código de Processo Civil – CPC. São exemplos clássicos de decisões meramente declaratórias aquelas que certificam a existência de uma relação jurídica de paternidade e aquelas que declaram a inexistência de relação jurídico-tributária entre contribuinte e fisco.

Importa saber, portanto, quais são os efeitos dessas decisões, ou seja, a partir de qual momento elas produzem efeitos. Evidentemente, uma decisão que extingue uma relação jurídica como, por exemplo, aquela que decreta o divórcio, possui efeitos *ex nunc* (deste momento em diante). Por óbvio, a extinção da relação matrimonial opera a partir da própria certificação judicial transitada em julgado. Pelo outro lado, estão as decisões declaratórias que produzem inexoravelmente efeitos *ex tunc* (desde então). Essa espécie de decisão, portanto, opera efeitos retroativos. Explique-se: se uma decisão judicial declara a relação jurídica de paternidade entre autor e réu, significa dizer que essa decisão possui efeitos retroativos à data da concepção, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro põe a salvo os direitos do nascituro. Ou seja, o réu de uma ação de investigação de

paternidade cuja decisão tenha atestado que o autor é seu filho, a toda evidência, opera efeitos desde a fecundação. Essa é a regra e a lógica.

No entanto, no âmbito dos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, há uma exceção de constitucionalidade duvidosa (em nossa opinião) que faculta ao guardião da Constituição, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, conforme art. 27 da Lei nº 9.868/99 (esta lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF). Essa norma, portanto, é exceção à regra lógica e tradicional do Direito. Sabe-se que qualquer norma de exceção exige não somente interpretação restritiva, como também aplicação limitada (contida) aos requisitos legais autorizadores da exceção. Diante disso, resta saber como o STF tem aplicado essa excepcional hipótese de modulação dos efeitos em matéria tributária e se nessas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de natureza tributária os requisitos legais são realmente atendidos. Isso é o que veremos adiante.

### 2.3 NÃO-CUMULATIVIDADE, SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE NA INCIDÊNCIA DO ICMS

No contexto de nossa sociedade atual, para sobreviver, o indivíduo necessita obter renda. Evidentemente, o meio ordinário de se obter renda é pelo trabalho. Também ordinariamente, quando um trabalhador contribuinte recebe seu salário, no próprio contracheque emitido pelo empregador, de imediato é tributado na fonte não somente quanto ao IRPF – Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, mas também em razão de sua contribuição social do empregado para fins de previdência social.

Contudo, a tributação não para nesse estágio, ou seja, na obtenção da renda, haja vista que esse indivíduo necessita, com essa renda, subsistir. E essa subsistência se dá pelo consumo de bens e serviços. É exatamente nesse consumo como, por exemplo, de alimentos, vestuário, medicamentos, energia elétrica, telecomunicações, combustível etc., que surge a figura odiosa dos tributos indiretos, cujo encargo financeiro é suportado pelo consumidor.

Explique-se. No campo das classificações dos tributos, está aquela que os distingue entre tributos diretos e indiretos. Tributo direto é aquele que, a exemplo do IRPF, o sujeito passivo da obrigação tributária, isto é, o contribuinte de direito (ou o contribuinte *ex lege*), é quem suporta o ônus financeiro da exação fiscal. No IRPF, dado como exemplo,

o encargo financeiro desse imposto é suportado pelo próprio sujeito (passivo) de direito da obrigação tributária principal, que se traduz em prestação pecuniária compulsória. Ele é o contribuinte e é ele mesmo que sofre o decréscimo em sua renda bruta pela retenção na fonte realizada pelo tomador de seus serviços.

Pelo outro lado, tributo indireto é aquele que o contribuinte *ex lege*, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária principal repassa o encargo financeiro embutido no preço da mercadoria ou serviço, sendo certo que tal ônus é suportado pelo contribuinte de fato (o consumidor ou destinatário final da mercadoria ou serviço). Tal fenômeno se dá pela “engenhoca tributária” da não-cumulatividade do tributo, cujo exemplo clássico é o ICMS.

A lógica da não-cumulatividade do ICMS está estampada no art. 155, § 2º, I da CRFB, pela qual esse imposto deverá ser não-cumulativo, “compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”. O ICMS, dessa maneira, é tributo indireto que deve incidir sobre toda a cadeia produtiva sobre as operações levadas a efeito pelos sujeitos passivos *ex lege* que, por sua vez, repassam o encargo financeiro desse imposto no valor da mercadoria adquirida pelo próximo contribuinte de direito.

O contribuinte de direito adquirente desses insumos, justamente pelo imposto ser não-cumulativo, se apropria dos valores destacados nas NFes – Notas Fiscais eletrônicas de entrada e os lança na coluna dos créditos, sendo certo que, após o beneficiamento da mercadoria pela transformação ou pela mera oferta comercial de prateleira sem beneficiamento, quando ocorre a venda (circulação jurídica), lança na coluna dos débitos o ICMS próprio destacado em suas NFes de saída, resultando o confronto entre esses créditos e débitos o montante a recolher ao fisco estadual e assim, sucessivamente, até a mercadoria chegar ao consumidor final que é, a toda evidência, quem absorve todo o encargo financeiro do imposto cobrado ao longo da cadeia produtiva, na qualidade de contribuinte de fato.

Além da não-cumulatividade, o art. 155, § 2º, III da CRFB prevê que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”. Esse imposto indireto, portanto, em sua conceituação constitucional, traz a característica da seletividade, isto é, a legislação poderá estabelecer alíquotas diferenciadas em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Diferentemente, o regime jurídico do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, imposto cuja incidência também repercute no

consumidor, prevê uma seletividade obrigatória, conforme disposto no art. 153, § 3º, I da CRFB (“O imposto previsto no inciso IV será seletivo: I – em função da essencialidade do produto”).

Essa norma da seletividade e essencialidade no ICMS possui duas fases. A primeira delas facultativa, exatamente na medida do vocábulo “poderá”. A segunda fase, no entanto, é compulsória. Caso algum Estado seletize determinada mercadoria ou serviço retirando-a da vala da alíquota genérica, obrigatoriamente deverá observar o critério da essencialidade. Parece não haver qualquer dúvida que essa é a correta interpretação dessa norma dada pelo Constituinte Originário.

As leis estaduais têm, portanto, a possibilidade de estabelecer alíquotas diversas para diferentes produtos. E o critério para tal diferenciação é simples: os produtos de primeira necessidade devem ser menos onerados, enquanto os produtos supérfluos devem ter alíquotas mais elevadas (isto é, os produtos essenciais à vida humana devem ter alíquotas menores – abaixo da vala comum que na esmagadora maioria dos Estados é de 18% – enquanto mercadorias supérfluas e de alto luxo devem ter as alíquotas mais elevadas).

Assim, as leis estaduais têm, como acima afirmado, a possibilidade de estabelecer alíquotas diferenciadas da alíquota genérica (comum à maioria das mercadorias e dos serviços), ou seja, o legislador estadual tem a discricionariedade (absoluta sua) de manter, por exemplo, uma mercadoria na faixa da alíquota comum ou, se quiser, destacá-la dessa faixa. É simples faculdade do legislador estadual podendo, ao seu livre alvitre, exercê-la ou não.

Portanto, o comando do Poder Constituinte (repita-se: Originário) é o seguinte: os poderes legislativos (e executivos) estaduais têm dois caminhos a seguir. O primeiro é estabelecer as alíquotas do ICMS de maneira uniforme, padronizando a alíquota para toda e qualquer mercadoria ou serviço. O segundo caminho, no entanto, é facultativo. É um direito potestativo dos Estados. É a faculdade que esses entes federados têm de optar pela seletividade das alíquotas. Contudo, se algum Estado optar pelo caminho da seletividade, ou seja, destacando alguma mercadoria ou serviço da vala comum (alíquota genérica), passa a incidir uma norma cogente, qual seja, obedecer rigorosamente ao critério da essencialidade da mercadoria ou do serviço, não podendo dela se esquivar. Em outras palavras, diante de determinada mercadoria, ou o Estado segue o caminho da uniformização da alíquota mantendo-a alocada na faixa da vala comum ou segue o caminho da seletividade, destacando-a da faixa genérica. Mas se o Estado-membro optar por este

último caminho, obedecerá ao rigoroso critério da essencialidade (à vida humana e ao fomento do desenvolvimento econômico) da mercadoria ou do serviço tributado.

Nesse espectro, não há qualquer dúvida que a energia elétrica e serviços de telecomunicações são essenciais. Contudo, os Estados vinham tributando a energia elétrica e os serviços de telecomunicações em alíquotas absurdamente inconstitucionais, chegando a patamares de alíquotas de 25%, a exemplo do Estado da Paraíba e do Estado do Rio de Janeiro. Esse fato fez com que contribuintes de fato, isto é, consumidores de energia elétrica e telecomunicações ingressassem em seus respectivos Estados com diversas ações declaratórias do modo de ser dessas de relações jurídico-tributárias combinadas com repetição de indébito tributário.

Evidentemente, tal discussão chegou nas barras do STF, cuja repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (Tema nº 745) RE 714139/SC (BRASIL, 2022), da lavra do Ministro Marco Aurélio, julgado em 18 de dez. de 2021. Nesse RE, foi fixada a tese de que, como já acima mencionado, “discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços”. Apesar da grave e injustificada demora do STF em decidir esse RE, autuado em 13 de out. de 2012 e distribuído no dia seguinte ao relator acima mencionado, a repercussão geral somente foi reconhecida em 13 de jun. de 2014. Dessa decisão até o julgamento definitivo, portanto, se passaram nada menos que sete anos e meio.

#### 2.4 A LAGOSTA COM ESPUMANTE *BRUT* PREMIADO NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Como acima citado, o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (Tema nº 745) RE 714139/SC (BRASIL, 2022) seguiu a argumentação deduzida pelo contribuinte de fato do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação declarando inconstitucional a alíquota que exceda as alíquotas genéricas dos Estados, pelo que, à luz do pensamento luhmanniano, tal argumentação foi apropriada (em sede de decisão judicial) pelo Direito. Ótimo até aqui, afinal, o STF reconheceu aquilo que claramente exsurge do próprio texto positivado pelo Poder Constituinte Originário, o que nos leva a afirmar que, na verdade, esse argumento foi apropriado pelo Direito desde 5 de out. de 1988.

No entanto, “a atual sistemática do ICMS, considerado o princípio da seletividade, perdurou por longo período, sem resposta definitiva do Poder Judiciário” e “a alteração



dessa sistemática repercutiria de forma abrangente e significativa sobre a programação orçamentária dos Estados” foram as *rationes decidendi* (razões para decidir) que levaram o STF a modular os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade. Assim, foi decidido que a decisão somente produzirá seus efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, que se deu em 5 de fev. de 2021.

Em razão do controle de constitucionalidade nesse tema ter sido pela via difusa, a modulação dos efeitos acima mencionada exclui a possibilidade do contribuinte que ingressou com sua ação após 5 de fev. de 2021 ou aquele que deseja ingressar em juízo após a data do julgamento desse RE terem de imediato a devida redução no ICMS sobre seus consumos de energia elétrica e telecomunicações. Não menos grave é que esses mesmos contribuintes não poderão repetir o indébito tributário retroativo a cinco anos (que é o prazo prescricional estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN) de tudo que pagaram indevidamente de ICMS sobre suas faturas de energia elétrica e telecomunicações.

Assim como também ocorreu na modulação dos efeitos nos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral RE 574706/PR (BRASIL, 2021), mencionado na introdução deste texto, o STF afasta de forma insustentável (para nós) o arroz com feijão dos efeitos *ex tunc* das decisões declaratórias para atribuir efeitos após decorridos os exercícios fiscais de 2022 e 2023. Interessante seria encontrar um nome apropriado para esses efeitos. Seriam efeitos *post ex nunc*?

Dizemos serem insustentáveis esses argumentos pelas seguintes razões. A primeira delas é que, ao motivar a modulação dos efeitos com base em que “a atual sistemática do ICMS, considerado o princípio da seletividade, perdurou por longo período, sem resposta definitiva do Poder Judiciário”, o próprio STF assume a sua ineficiência temporal para resolver matéria tão relevante para os 85,07 milhões de consumidores de energia elétrica no Brasil (BRASIL, 2020, p. 193), em absoluta afronta ao art. 5º, LXXVIII da CRFB. Vale lembrar, como acima mencionado, que desde a autuação desse RE até o seu respectivo julgamento se passaram mais de nove anos. Não são nove meses. São nove anos, o que se afigura um absurdo absoluto em matéria tão sensível para o contribuinte brasileiro. Esse fundamento não atende os requisitos da segurança jurídica ou de excepcional interesse social exigidos pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99.

A segunda razão é que o fato de o STF fundamentar a modulação dos efeitos com base em que “a alteração dessa sistemática repercutiria de forma abrangente e significativa

sobre a programação orçamentária dos Estados”, para muito além de não se enquadrar nos requisitos obrigatórios do art. 27 da Lei nº 9.868/99, chancela o enriquecimento ilícito dos Estados-membros. Julgando dessa forma, o STF carimba o enriquecimento ilícito dos Estados não somente para o passado (impossibilidade de repetir o indébito), porém, para o futuro (efeitos somente a partir de 2024), em prejuízo do contribuinte brasileiro acachapado pelo Estado tributante, na mesma medida em que suporta uma alta carga tributária e, paralelamente, por ser tomador de serviços estatais essenciais prestados com extrema ineficácia.

Ao trazer essa argumentação, o STF se socorre de um elemento externo ao sistema do Direito para compor a equação. Além de se valer de elementos internos ao Direito, especificamente do PPA – Plano Plurianual, o STF vai buscar na Economia e nas Finanças Públicas o décimo segundo camelo para supostamente encontrar a melhor solução e causar o mínimo de ruído possível. No entanto, para nós, o que o STF logra com essa espécie de modulação é a irresignação daqueles que constroem o Direito e o real prejuízo econômico-financeiro de milhões de brasileiros. Esse décimo segundo camelo é manco. Se é manco, portanto, não vale um inteiro. Assim, sendo seu valor correspondente a uma fração, ou seja, menor que um inteiro, “a conta não fecha”.

O ruído é tão estrondoso que nos faz lembrar que a Comissão Permanente de Licitação – CPL – Secretaria de Administração e Finanças do STF, em 8 de abr. de 2019, publicou o Edital de Licitação nº 27/2019/2019 – Pregão Eletrônico nº 27/2019, cujo objeto foi a “contratação de empresa especializada para prestação de serviços de fornecimento de refeições institucionais, por demanda, incluindo alimentos e bebidas”, em valor estimado de R\$ 1,13 milhões (BRASIL, 2019).

Pasme nosso leitor! Nesse edital são exigidos serviços de duas a quatro horas por *maitre*, copeiras e garçons com experiência comprovada. O referido edital inclui também um menu, no mínimo, digno de cinco estrelas (ou onze estrelas?). Canapés (de ricota com nozes, roquefort, aspargos, anchovas, carpaccio e salmão), camarão ao vapor, rolinhos de presunto de Parma e mousses frias com torradas (alcachofra com pistache, etc.).

Não para por aí. O edital também exige salada verde com queijo de cabra e figos, carpaccio (de palmito pupunha etc.), ceviche (atum, salmão etc.). Também são objeto do edital: camarão à baiana, medalhões de lagosta com molho de manteiga queimada, bacalhau à Gomes de Sá, frigideira de siri, pato assado (com molho de laranja, etc.), galinha d’Angola assada, vitela assada, codornas assadas, carré de cordeiro e tournedos de filé.

Tudo isso regado a “espumante *brut*, produzido pelo método *champenoise* e que tenha ganhado ao menos 4 (quatro) premiações internacionais”, “vinho tinto fino seco, de uva tipo Tannat ou assemblage contendo esse tipo de uva, de safra igual ou posterior a 2010 e que tenha ganhado pelo menos 4 (quatro) premiações internacionais”. Sim, imprescindíveis a “caipirinha, feita de limão e cachaça de alta qualidade” e “uísques de malte, de grão ou sua mistura, envelhecidos por 12 (doze), 15 (quinze) ou 18 (dezoito) anos, cachaças envelhecidas em barris de madeira nobre por 1 (um) ou 3 (três) anos, gim, vodca, conhaque envelhecido por no mínimo 2 (dois) anos”<sup>†</sup> (BRASIL, 2019).

Enquanto o STF licita medalhões de lagosta e espumante *brut* com pelo menos quatro premiações internacionais, mais de 116 milhões de pessoas, ou seja, mais da metade da população brasileira, sofre de algum grau de insegurança alimentar. Nesse número dramático, para piorar, 19 milhões de pessoas passam fome no Brasil, segundo dados do Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, desenvolvido pela Rede PENSSAN – Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (2021).

Parece importante, nesse passo, destacar que o orçamento do STF para o exercício de 2022 é de nada menos que R\$ 714,5 milhões. Ou seja, estamos diante de um orçamento de R\$ 1,95 milhão por dia. Além desse orçamento estratosférico do STF, como já citado na introdução deste breve estudo, o Congresso Nacional, no apagar das luzes da sessão legislativa do ano de 2021 (17 de dez. de 2021), aprovou a soma de R\$ 5,7 bilhões (sancionada em 21 de jan. de 2022, a Lei nº 14.303/2022 estabeleceu o valor final de R\$ 4,9 bilhões) de recursos públicos para o Fundo Eleitoral de 2022 (BRASIL, 2021).

Diametralmente oposto a essa realidade nefasta, não pode fugir de nosso radar que, segundo o DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2022), em dezembro de 2021, o maior custo do conjunto de bens alimentícios básicos (cesta básica) foi o de São Paulo (R\$ 690,51). E, entre as cidades do Norte e Nordeste (onde a composição da cesta é diferente), os menores valores médios foram observados em Aracaju (R\$ 478,05), João Pessoa (R\$ 510,82) e Salvador (R\$ 518,21).

Isso nos permite afirmar que, se considerado o custo médio da cesta básica em Aracaju, esses R\$ 4,9 bilhões (valor aprovado pelo Congresso Nacional no bojo da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias) de recursos públicos para o Fundo Eleitoral de 2022

<sup>†</sup> Para uma ideia completa desse escândalo com o dinheiro público, vale que o leitor acesse o edital disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/licitacao/fazerDownload.asp?licitacao=46300&andamento=63350>. Acesso em: 25 jul. 2022. As informações completas constam nas referências deste texto.

seriam capazes de custear nada menos que 10,25 milhões de cestas básicas durante o ano de 2022, justamente, para esses milhões de brasileiros em insegurança alimentar. Talvez nosso leitor concorde que há severa dificuldade em se encontrar um adjetivo adequado para essa situação. Essa vergonhosa realidade orçamentária brasileira nos conduz inelutavelmente a questionar: Como isso é possível? Especificamente: como é possível que o STF chancela o enriquecimento ilícito do Estado com o objetivo de minimizar os impactos financeiros sobre o orçamento, quando este (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) vem cobrando tributos inconstitucionais há anos ou décadas? E, ainda, como é possível essa fundamentação na modulação dos efeitos em matéria tributária diante das, porque não dizer, escandalosas destinações orçamentárias do dinheiro público?

Pelo menos em relação à incidência de ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações, a chancela do locupletamento dos Estados dada pelo STF acabou. A reboque do movimento indubitavelmente eleitoral (ou eleitoreiro) às vésperas das eleições presidenciais de 2022 para reduzir o preço dos combustíveis, o atual governo federal logrou aprovar por maioria absoluta no Congresso Federal a Lei Complementar nº 194/2022 que incluiu o art. 18-A ao CTN. Por esse novo dispositivo, para fins de incidência do ICMS, combustíveis, gás natural, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos. Veda-se, assim, a fixação de alíquotas sobre essas operações em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços, com vigência a partir da data de sua publicação, ou seja, 23 de jun. de 2022.

O que era cristalinamente Direito desde 5 de out. de 1988 (por comando do Constituinte Originário de aplicação imediata), em razão da cobrança dolosamente inconstitucional dos Estados teve que ser autorreproduzido pelo próprio Direito em controle difuso de constitucionalidade após, praticamente, dezessete anos do ajuizamento das primeiras ações judiciais nesse sentido. E o que foi autorreproduzido pela via judicial, agora, se “autorreproduz” ou se “reautorreproduz” (se assim pudermos chamar) pela via legislativa. Afinal, como isso é possível?

### 3. CONCLUSÃO

Entendemos ser legítimo, por tudo que foi exposto neste breve estudo, questionar acerca dos reais motivos dos ministros do STF blindarem o orçamento dos entes federados através dessa insustentável modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade

de normas tributárias. Qual é o real propósito desse despropósito? Ou seja, o que está às ocultas nessa modulação dos efeitos? Proteger o orçamento dos entes federados? Ou proteger o próprio orçamento da mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro? Ou, ainda, proteger seus banquetes com medalhão de lagosta e rolinhos de presunto de Parma regados com espumante *brut* com, no mínimo, quatro premiações internacionais?

O cenário é, no mínimo, dantesco. Pois, para além de se proteger o orçamento dos entes federados que, notoriamente, não prestam serviços públicos satisfatórios aos anseios da sociedade brasileira, protege-se um orçamento fiscal evidentemente contaminado por indecorosos interesses políticos e individuais dos agentes políticos nacionais em todas as esferas e planos da federação.

Pior ainda, essa conjuntura orçamentária vexatória e nociva que se quer proteger a qualquer custo (inclusive, com severo prejuízo de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária) se concretiza inescrupulosamente “debaixo de nossos narizes”, enquanto 116 milhões de pessoas no Brasil sofrem de algum grau de insegurança alimentar e, dessas, 19 milhões passam fome.

A toda evidência, o décimo segundo camelo do STF na modulação dos efeitos em matéria tributária é manco (ou, conforme preferir nosso leitor, camelo coxo). Sua deformidade faz necessariamente com que seu valor seja inferior a um inteiro. Somado aos outros onze camelos a serem repartidos entre Achmed, Ali e Benjamin não é capaz de compor doze camelos inteiros. Os herdeiros do beduíno rico continuarão em conflito e sem solução justa e equilibrada. Sob a ótica do pensamento de Niklas Luhmann, portanto, o acoplamento estrutural que o STF faz na modulação dos efeitos não tem encaixe perfeito, trazendo grave insegurança jurídica e severo dano ao real interesse social.

Improvável que um dos onze (referimo-nos aos onze atuais ministros do STF) ou aqueles que futuramente os substituirão leiam este texto. Menos provável, ainda, é que mesmo que leiam, acatem as razões aqui postas para modificar essa postura atual sórdida e sombria na modulação dos efeitos de declarações de inconstitucionalidade em matéria tributária. Logo, infelizmente, as esperanças de que a argumentação realizada neste estudo um dia se torne Direito são remotíssimas.

O dissabor do jurisdicionado brasileiro é desconunal. Carecemos de um Poder Judiciário justo, rápido e sem amarras à quaisquer espécies de regalias e aos disparates orçamentários de nosso país. Um Poder Judiciário que tenha presente em suas decisões os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil para, de fato, erradicar a pobreza,

reduzir as desigualdades sociais e construir uma sociedade livre, justa e solidária (e séria), se é que isso é possível.

## REFERÊNCIAS

- ALBAN, Carlos Eduardo; MAIA, Selmar José. A RESTITUIÇÃO DO DÉCIMO SEGUNDO CAMELO: do direito à sociologia jurídica. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1027-1043, jul/dez 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia. EPE – Empresa de Pesquisa Energética. **Anuário Estatístico de Energia Elétrica 2020 ano base 2019**. 2020. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anu%C3%A1rio%20Estat%C3%ADstico%20de%20Energia%20El%C3%A9trica%202020.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. Agência Senado. **Previsão de fundo eleitoral de até R\$ 5,7 bilhões é promulgada**. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/21/previsao-de-fundo-eleitoral-de-ate-r-5-7-bilhoes-e-promulgada>. Acesso em: 05 jan. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. CPL – Comissão Permanente de Licitação. Secretaria de Administração e Finanças. **Editais de Licitação nº 27/2019/2019**. Pregão Eletrônico nº 27/2019. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/licitacao/fazerDownload.asp?licitacao=46300&andamento=63350>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral RE 574706/PR. EMBTE.: UNIÃO. EMBDO.: IMCOPA IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E INDÚSTRIA DE ÓLEOS LTDA. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de maio de 2021. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756736801>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (Tema nº 745) RE 714139/SC. RECTE.: LOJAS AMERICANAS S.A. RECD.: ESTADO DE SANTA CATARINA. Relator: Ministro Marco Aurélio (Redator: Ministro Dias Toffoli). Brasília, DF, 18 de dezembro de 2021. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 mar. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (Brasil). DIEESE. **Em 2021, cesta básica aumenta em todas as capitais**. 2022. NOTA À IMPRENSA. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2021/202112cestabasica.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios.

- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento.
- LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir, (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon.
- \_\_\_\_\_. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. São Paulo: Vozes, 2016b.
- NASCIMENTO, Luciano. Professor Luciano Nascimento - Linguagem e Argumentação Jurídicas - Aula 1. Direção de Hipólito Lucena. Coordenação de Codecom - Coordenadoria de Comunicação da Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande: Tv Uepb, 2020a. (26:48 min.), P&B. Disponível em: <https://youtu.be/tZoa8LW85fM>. Acesso em: 02 jul. 2022.
- \_\_\_\_\_. Professor Luciano Nascimento - Linguagem e Argumentação Jurídicas - Aula 2. Direção de Hipólito Lucena. Coordenação de Codecom - Coordenadoria de Comunicação da Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande: Tv Uepb, 2020b. (37:32 min.), P&B. Disponível em: <https://youtu.be/g6EShQbhX9c>. Acesso em: 18 jul. 2022.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2020. Tradução de Maria Ermantina Galvão [revisão da tradução Eduardo Brandão].
- REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM SOBERANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (Brasil). Rede Penssan. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. 2021. Disponível em: [http://olheparaafome.com.br/VIGISAN\\_Inseguranca\\_alimentar.pdf](http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf). Acesso em: 05 jan. 2022.