

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS DO CONTRIBUINTE

PACÍFICO LUIZ SALDANHA

Pós graduado em Direito Tributário pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS JURÍDICOS - IBET.

Pós graduando em Ciências Penais pela Rede de ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES - UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela FACULDADE DE DIREITO DE SANTO ÂNGELO (1981). Atua nas áreas de Direito Civil, Penal, Trabalhista, Tributário, Administrativo e Empresarial. Sócio do Escritório PACÍFICO SALDANHA & ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S desde 1996.

INTRODUÇÃO

O início deste trabalho está dedicado a fazer um apanhado histórico sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e demonstrar quais os tipos de controle de constitucionalidade albergados pelo Direito Constitucional de nosso País.

A seguir cuidou-se de analisar a questão referente a nulidade e a anulabilidade, detectando-se ter havido evolução do Direito Constitucional Brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, o qual passou a admitir a modulação dos efeitos das decisões do STF tanto em sede de controle concentrado quanto em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Foi salientado que a Lei nº 9.898/99 e a nº 9882/99, ao regulamentar o artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, trouxeram novidades ao controle de constitucionalidade, através das previsões dos seus respectivos artigos 27 e 11, que

tratam dos efeitos prospectivos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

Como visto, anteriormente o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, adotava o entendimento de que as leis inconstitucionais são nulas desde o seu nascedouro e as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade sempre teriam efeitos *ex tunc*. A Corte Suprema Fundamentava a sua posição no postulado da nulidade das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, o qual não admitia relativizações, embora a legislação de alguns países, secundada pela posição de muitos juristas pátrios, já admitissem a modulação dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

Destacou-se o princípio da segurança jurídica para, logo em seguida analisar-se as expressões: *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, que constam dos artigos 27 e 11, das respectivas Leis nº 9.898/99 e 9882/99.

Finalmente, analisou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 556.664-1/RS, em que foram modulados os seus efeitos para se considerarem legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, conferindo-lhe eficácia *ex nunc*.

1. DADOS HISTÓRICOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1824 não permitiu nenhuma espécie de controle de constitucionalidade, a exemplo do que acontecia nos Estados Unidos da América. Tal postura decorreu do modelo francês, em que não era permitido o controle da atividade legislativa, por outro Poder, cabendo, exclusivamente, ao próprio Poder Legislativo: editar as leis: fazer sua interpretação; suspender sua eficácia; efetuar a sua revogação; e guardar a Constituição, velando pelo seu cumprimento. (art. 15, n. 8º e 9º).

O óbice a que os atos legislativos fossem controlados por outros poderes assentava-se no Poder Moderador, segundo o qual cabia ao Imperador o poder supremo de velar pela guarda da constituição e garantir a harmonia entre os poderes, podendo, a seu juízo, modificar os atos legislativos sem observar os critérios da legalidade e constitucionalidade.

Destarte, nesse sistema, em que o Imperador exercia a vigilância suprema e exclusiva sobre os demais poderes, o Poder Judiciário restou alijado do exercício de qualquer fiscalização sobre os demais poderes.

Já a Constituição republicana de 1891, a seu turno, extinguiu o Poder Moderador e introduziu modificações bem avançadas para aquela época, culminando com o fortalecimento do princípio da separação dos poderes. Foi justamente nesse momento que surgiu o controle de constitucionalidade difuso incidental, inspirado no modelo dos Estados Unidos da América, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para julgar a adequação ou não de determinada norma em face do texto constitucional, conforme previu a regra do art. 59, § 1º, da carta maior. Posteriormente, a Emenda Constitucional de 1926, no artigo 60 § 1º, manteve o dispositivo acima referido.

A fragilidade do controle introduzido no sistema, pelas normas constitucionais acima referidas, residia no fato de não ter havido previsão de extensão dos efeitos da decisão a situações análogas, pois, ante a natureza exclusivamente difusa do controle de constitucionalidade, o sistema ressentia-se de um meio de controle de constitucionalidade concentrado, que pudesse retirar do sistema as normas que a Suprema Corte reconhecia sua inconstitucionalidade. Diante da inexistência desse tipo de controle as normas julgadas inconstitucionais, em controle difuso, permaneciam válidas no ordenamento jurídico, pois a aplicação da lei impugnada somente era afastada no caso concreto e, como é óbvio, a ela não restavam vinculados os órgãos da Administração Pública. Resultava, então, que a Administração Pública ou qualquer outro órgão do Poder Judiciário poderia continuar aplicando a lei tida por inconstitucional, pela Suprema Corte.

Como visto, impunha-se a criação de um modelo que desse efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, a fim de ser ela aplicada a todos os demais casos semelhantes e vincular os órgãos da Administração Pública.

A Constituição Brasileira de 1934 manteve o controle difuso incidental e introduziu importantes alterações no sistema de controle de constitucionalidade. Estabeleceu *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, passando a exigir maioria absoluta de seus membros (art. 179), bem como previu competência para o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, item IV).

O mencionado dispositivo constitucional, mantendo hígido o princípio da separação dos poderes, pois somente o Poder Legislativo poderia suspender a execução da lei declarada inconstitucional, pelo Poder Judiciário, admitiu a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas, em sede de controle de constitucionalidade, eximindo o órgão prolator de novas manifestações sobre matéria por ele já decidida.

A Constituição outorgada de 1937, preocupada com o fortalecimento do Poder Executivo, introduziu sérias modificações no sistema de controle de constitucionalidade. No seu artigo 96, § único¹, manteve hígido o controle difuso de constitucionalidade, mas atenuou a supremacia do Poder Judiciário.

Esse dispositivo que, ao prever a possibilidade de o Poder Legislativo revalidar a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, equivalia a uma Emenda Constitucional, foi revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 11/12/1945, voltando, o Supremo Tribunal Federal, a ter a última palavra em matéria constitucional.

¹Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade de seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do Povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

A Constituição de 1946 manteve o controle de constitucionalidade existente. Porém, a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965, foi instituído o controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento constitucional brasileiro, com a alteração ao artigo 101, item I, alínea k, da Constituição de 1946², aumentando o rol das competências do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que caberia ao Supremo Tribunal Federal.

Foi inaugurado, então, o controle abstrato de constitucionalidade, com aptidão para expurgar do ordenamento jurídico brasileiro qualquer lei incompatível com a Constituição Federal, mesmo sem vinculação a um caso concreto.

Na Constituição Federal de 1967, o sistema de controle difuso permaneceu nos moldes da Carta Política anterior, inclusive com a participação do Senado Federal no que tange à suspensão da norma declarada inconstitucional.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas alterações no modelo de controle da constitucionalidade vigente no país. Foram mantidas as linhas mestras dos controles: difuso incidental e concentrado; este profundamente alterado com a introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CF), em substituição à chamada representação contra a inconstitucionalidade, bem como com o alargamento do rol dos legitimados para sua propositura, antes concentrado apenas no Procurador Geral da República.

Não se pode olvidar que a Emenda Constitucional 3/93, acrescentou o § 4º, ao artigo 103 da CF, prevendo a ação declaratória de constitucionalidade. Embora o rol dos legitimados para sua propositura não tivesse a mesma extensão dada à Ação Direta de

²Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

a) (...)

k) a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.

Inconstitucionalidade, a mencionada medida fortaleceu o controle de constitucionalidade brasileiro, dotando-o de mais um poderoso instrumento para a defesa da constitucionalidade.

Por derradeiro, não se pode deixar de comentar o significativo avanço concretizado com a edição das leis ordinárias nº 9868/99 e nº 9882/99, as quais tiveram o objetivo de complementar os dispositivos constitucionais pertinentes ao controle de constitucionalidade, bem como de regular os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade. A Lei nº 9868/99 disciplinou o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, no âmbito federal, e a Lei nº 9882/99 regulou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1º do artigo 102 da CF).

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Traçou-se, alhures, um panorama histórico dos modelos de controle de constitucionalidade previstos na Constituição Federal, os quais se revestem de inquestionável relevância, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a Carta Constitucional como lei Suprema, colocando-a em posição hierárquica privilegiada, atribuindo validade às outras normas quando com ela não se revelarem incompatíveis.

Segundo a estrutura escalonada da ordem jurídica (escala hierárquica das normas) apregoada por Kelsen³, para quem a norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa⁴, no nosso sistema a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas, o que significa afirmar que todas as leis infraconstitucionais e demais instrumentos normativos devem guardar perfeita sintonia com a Lei Fundamental, sobretudo com os valores por ela resguardados.

³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor. 1976, p. 309.

⁴ KELSEN, 1976, op. cit., p. 269.

Com efeito, a necessidade de se controlar a constitucionalidade das leis nasce da indisfarçável constatação de que normas inconstitucionais ingressam no sistema jurídico, pois o nosso sistema é composto de normas valoradas como perfeitas (constitucionais) e imperfeitas (inconstitucionais). Surge, então, o controle de constitucionalidade com a função de harmonizar as normas, atribuindo ao Poder Judiciário, no exercício de sua competência constitucional, a produção de juízo jurídico de valor a respeito das mesmas⁵.

Portanto, o modelo de controle de constitucionalidade hoje existente, apresentado nas suas diferentes formas, as quais serão analisadas adiante, foi inserido no Direito Positivo Brasileiro com a finalidade não só de proteger a Lei Maior, mas, fundamentalmente, de garantir a eficácia dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, em face do Estado, por meio da harmonização das normas que compõem o sistema como um todo.

2.1 Controle preventivo

O controle preventivo pode ser definido como o método utilizado para impedir que sejam introduzidas, no ordenamento jurídico, normas incompatíveis com a Constituição Federal. Este controle tanto pode ser feito pelo Poder Legislativo, através do processo legislativo, quando os parlamentares analisam a constitucionalidade ou não da norma a ser aprovada, quanto pelo chefe do Poder Executivo quando, através do veto, impede de um projeto ou emenda vir a integrar o ordenamento jurídico, alegando sua inconstitucionalidade (art. 66 § 1º). Contudo, o veto presidencial não é suficiente para barrar a entrada no ordenamento jurídico de uma lei tida por inconstitucional, já que este pode ser derrubado pelo Congresso Nacional.

2.2 Controle repressivo

⁵ LINS, Robson Maia. Controle de constitucionalidade da norma tributária. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2005, p. 133/134.

O controle repressivo é exercido, com maior frequência, pelo Poder Judiciário e, indubitavelmente, é o mais eficaz do nosso ordenamento jurídico. São duas as formas de exercício do poder repressivo pelo Poder Judiciário: a primeira, através do denominado controle concreto ou difuso de constitucionalidade, que consiste na arguição perante qualquer juiz ou tribunal da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, quando esta for prejudicial ao julgamento de uma determinada lide. Dá-se sempre no curso de um processo e a arguição é analisada nos exatos limites da relevância que esta lei ou ato normativo representa para o julgamento do caso concreto em litígio; a segunda dá-se por meio do denominado controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, em que as pessoas expressamente legitimadas pela Constituição Federal propõem ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Neste caso, o objetivo é retirar definitivamente do ordenamento jurídico pátrio a lei ou ato normativo federal ou estadual que conflite, total ou parcialmente, a Constituição Federal ou declarar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Carta Constitucional.

No Brasil, como visto, a história constitucional mostra que o legislador fez, inicialmente, a opção pelo sistema de controle difuso de constitucionalidade e, com a promulgação da Emenda Constitucional 16/65, admitiu o modelo de controle concentrado, os quais passaram a conviver de forma harmônica.

2.2.1 Controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, inspirado no modelo austríaco de fiscalização, fruto da criação de Hans Kelsen⁶, complementou o controle difuso ou concreto, então vigente. Conforme referido alhures, o mencionado tipo de controle instalou-se de forma clara e definitiva no sistema jurídico brasileiro com a edição da Emenda Constitucional 16/65 e seu objetivo foi a necessidade de preservação da Lei Fundamental em relação a leis ou atos normativos federais ou estaduais que lhe ofendessem.

⁶ Kelsen, 1976, op. cit., p. 287.

Contrariamente ao que ocorre no controle difuso, em que a declaração da inconstitucionalidade se dá de forma incidental, com observância dos rígidos limites de sua pertinência com o caso concreto analisado, no controle concentrado o objetivo principal da ação é fulminar a lei ou ato normativo ofensivos à Constituição Federal, prescindindo da existência de uma lide para que o Poder Judiciário seja provocado a analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O interesse processual, nesse caso, reside justamente na existência de um vício de inconstitucionalidade no sistema normativo brasileiro, ou na dúvida sobre a validade de alguma lei ou ato normativo federal.

O professor Alexandre de Moraes⁷ sustenta a contemplação, pela Constituição Federal, de quatro formas de controle concentrado de constitucionalidade, a saber: a) a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*).

O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário competente para julgar essas ações, sendo que a concentração de competência em um único órgão tem a vantagem de que, sobre a validade de determinado ato normativo impugnado, seja proferida uma única e definitiva decisão com eficácia *erga omnes*, o que não ocorre no controle difuso, em que podem ocorrer decisões conflitantes, não oponíveis contra todos, proferidas pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, legitimados para apreciá-las.

Com efeito, o controle concentrado brasileiro tem por objeto: a) expungir do ordenamento jurídico brasileiro lei ou ato normativo inconstitucional; b) declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo, cuja validade tenha sido posta em dúvida pela jurisprudência dos tribunais; c) provocar a atuação do Poder Legislativo diante de uma omissão inconstitucional, quando o mesmo omitir-se em legislar sobre matéria a que esteja obrigado a fazê-lo, por mandamento Constitucional; d) provocar a intervenção da

⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001, p. 602.

União Federal nos estados membros, para garantir a observância dos princípios constitucionais, previstos no artigo 34, VII, da Constituição Federal.

2.2.2 Controle difuso ou concreto de constitucionalidade

Na presente forma de controle jurisdicional, a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é analisada em face do caso concreto. É condição indispensável para o seu exercício a existência de uma lide em andamento, em que uma das partes em litígio deseja ser excepcionada do cumprimento de determinada lei ou ato normativo, sob o argumento de inconstitucionalidade.

A decisão proferida em controle difuso só se aplica ao fato examinado no processo, não vinculando qualquer outra situação em que a lei ou ato normativo questionado seja aplicável. Via de consequência, de *per si*, a decisão não expurga do sistema jurídico a lei ou ato normativo declarado inaplicável ao caso concreto examinado, que continua a fazer parte do ordenamento jurídico.

No entanto, o Senado Federal, através de Resolução, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva, nos termos da norma do artigo 52, X, da Carta Magna atual. Tal suspensão, como ocorre nas decisões proferidas em controle concentrado, tem o efeito de retirar a eficácia da norma, tornando-a sem efeito e retirando-a do sistema, como se tivesse sido revogada.

Destarte, a decisão que ostentava eficácia somente em relação às partes envolvidas na lide, passa a ter eficácia contra todos (efeito *erga omnes*), com a ressalva de que, em relação aos não envolvidos no processo julgado, o efeito da suspensão terá eficácia a partir do decreto suspensivo, não alcançando fatos pretéritos.

3. OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez reconhecida a anomalia constitucional de uma norma infraconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade pode ser total ou parcial, surgindo então a dúvida quanto aos efeitos dessa declaração: se retroagem ao nascimento da referida norma (efeito *ex tunc*); ou, se tem eficácia apenas para o futuro (efeito *ex nunc*), ou seja, estamos diante de uma nulidade ou de uma anulabilidade? Ana Paula Oliveira Ávila registra, a esse respeito, a presença de duas posturas, bastante radicais, que impedem qualquer tentativa de diálogo, representadas pelos adeptos das teses da *nulidade* e da *anulabilidade*⁸.

Aos que sustentam a tese da nulidade do ato inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tem efeito *ex tunc*, retroagindo à data de sua inserção no sistema, anulando todas as suas conseqüências. Para estes, tudo aquilo que foi construído em face dessa norma não tem validade, é como se a lei inconstitucional nunca tivesse existido, sendo nulos, de pleno direito, todos os atos praticados na sua vigência.

Segundo Mendes⁹, pertence à tradição do direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Embora não haja na Constituição Federal nenhum dispositivo atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões proferidas em sede de constitucionalidade das leis, predomina na doutrina e jurisprudência pátrias o entendimento quanto ao caráter declaratório e retroativo das referidas decisões, nele vislumbrando um verdadeiro princípio constitucional implícito. Este posicionamento inspirou-se na doutrina norte-americana da *judicial review*, adotada pelo juiz John Marsall no julgamento do caso *Marbury versus Madison*. Trata-se de doutrina fundamentada no princípio da supremacia da constituição sobre as demais leis, segundo a qual sempre que uma lei de hierarquia inferior contrariar a constituição, ela será nula desde o seu

⁸ ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 249.

nascimento, pois o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional, mesmo que por tempo limitado, importaria na suspensão provisória ou parcial da constituição.

Já para os que sustentam a tese da anulabilidade do ato inconstitucional, há a necessidade de manutenção dos atos produzidos pela lei até o momento de sua declaração de inconstitucionalidade, em respeito aos princípios da boa-fé e segurança jurídica. Advogam que a nulidade não é o único meio de preservação da supremacia da constituição, pois em certos casos a anulabilidade possui esse mesmo caráter protetor, como acontece, por exemplo, na Áustria e em Portugal. Embora a tese da nulidade possa merecer aplausos por ter enunciado com clareza o princípio da supremacia da Constituição, o problema está em considerar o princípio da nulidade como um verdadeiro dogma, colocando-o em patamar hierárquico superior aos demais princípios e regras constitucionais, o que não parece correto em constituições caracterizadas como sistemas abertos de normas e princípios, como a nossa.

Na doutrina de direito constitucional, encontram-se basicamente duas correntes que enfrentam a questão da natureza do ato inconstitucional – se nulo, ou anulável – e a conseqüente questão do desfazimento ou manutenção dos efeitos que ele tenha produzido¹⁰.

De um lado, a tese da nulidade do ato inconstitucional, que confere à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*, impondo o desfazimento no tempo de todos os atos ocorridos na vigência do ato inconstitucional. De outro, a tese da anulabilidade, que confere à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex nunc*, no qual a norma inconstitucional não é considerada com um ato nulo *ab initio*, mas um ato normativo existente, sendo caracterizada como constitutiva negativa a decisão que o desfaz. Para Kelsen uma lei inválida não pode ser contrária à Constituição, pois somente a lei é válida com fundamento na Constituição, conforme leciona:

¹⁰ ÁVILA, 2009, op. cit., p. 37.

[...] uma lei inválida não pode ser afirmada como contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, pois inexiste juridicamente. O sentido possível para a expressão “lei contrária à Constituição” só pode ser o seguinte: a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual (lei posterior revoga a anterior), mas também através de um processo especial previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional (...)¹¹.

Segundo a citada lição de Kelsen, não há espaço para o reconhecimento da nulidade no direito, pois uma vez inserida no ordenamento jurídico uma norma somente pode ser anulada e não nula, gerando efeitos apenas para o futuro, sem que sejam atingidos os produzidos até o momento da sua anulação.

O certo é que no Brasil operam paralelamente os dois sistemas de controle de constitucionalidade: o modelo austríaco (abstrato) e o modelo norte-americano (concreto), não se podendo admitir que a regra da nulidade assuma a condição de dogma, tornando a retroatividade dos efeitos da declaração um imperativo inarredável. Segundo a professora Ana Paula Oliveira Ávila:

[...] manter-se uma visão maniqueísta sobre as teses da nulidade e anulabilidade do ato inconstitucional é postura que desconsidera, inclusive, a própria evolução que os dois sistemas de origem (austríaco e norte-americano) experimentam com o passar do tempo. Cabe observar que, na origem, nem o modelo norte-americano e nem o austríaco apresentavam soluções teoricamente satisfatórias para todos os problemas que surgiam de cada avaliação em concreto¹².

Seria coerente que, no atinente ao regime de efeitos no aspecto temporal, houvesse uma interpenetração dos dois modelos, abandonando-se a dicotomia *ex tunc/ex nunc*, em favor de uma ponderação que levasse em consideração as normas constitucionais afetadas pela norma inconstitucional e as afetadas pelos efeitos por ela produzidos¹³.

¹¹ Kelsen, 1976, op. cit., p. 287.

¹² Ávila, 2009, op. cit., p. 45.

¹³ Ávila, 2009, op. cit., p. 46.

No direito comparado, no tocante aos efeitos temporais da decisão, verifica-se que a maior parte dos países que adotaram o controle jurisdicional de constitucionalidade optou pelo modelo norte-americano, em que a decretação da inconstitucionalidade produz efeitos retroativos *ab initio*.

A principal exceção a esta regra deu-se na Áustria, onde se adotou a natureza constitutivo-negativa da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei. Nos demais países, a exemplo da Itália, Alemanha, Espanha, a regra em vigor é a que considera nula *ex tunc* a norma constitucional. Todavia, tais países, tal como o Brasil, já vêm admitindo a flexibilização dessa regra.

Deve ser registrado que até mesmo nos Estados Unidos, berço da doutrina da nulidade, já se admitiu o abrandamento dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, quando em 1965, com a decisão prolatada no caso *Linkletter*, A Suprema Corte americana passou a admitir, em certas situações, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos meramente prospectivos.

Observa-se, pois, que a tendência contemporânea é no sentido de permitir a relativização dos efeitos retroativos da lei declarada inconstitucional.

4. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora o Supremo Tribunal Federal, pela maioria de seus membros, tenha firmado jurisprudência no sentido de adotar a tese da nulidade¹⁴, defendida pelo sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, não se pode ignorar que antes mesmo da edição do artigo 27, da Lei 9.868/1999 alguns Ministros já erguiam suas vozes contra o dogma da retroação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de

¹⁴ A tese em comento defende ser o ato normativo inconstitucional equiparado ao ato nulo, cuja consequência prática é a desconstituição dos seus efeitos a partir da data em que foi inserido no sistema normativo brasileiro.

constitucionalidade¹⁵. Advogavam a necessidade de o mesmo ser temperado, na forma do que foi preconizado pelo sistema austríaco, capitaneado por Hans Kelsen, o qual albergou a tese da anulabilidade da lei inconstitucional, segundo a qual é possível minimizar-se os efeitos das decisões que proclamem a inconstitucionalidade de um ato normativo.

A discussão provocada pelo Ministro Leitão de Abreu tomou corpo no Supremo Tribunal Federal, que passou a ressaltar os efeitos no controle de constitucionalidade, atribuindo efeito *ex nunc* a algumas decisões proferidas em controle difuso, ao argumento de que a falta de um instituto que permitisse estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais¹⁶.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, por meio das Leis nº 9.898/99¹⁷ e nº 9.882/99¹⁸, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Se, de um lado, essa positivação representou elogiável avanço, tendo em conta que a posição majoritária no Supremo Tribunal Federal era pela aplicação indiscriminada do efeito *ex tunc*, circunstância que levava a situação de insegurança jurídica, muitas vezes atingindo

¹⁵ No Recurso Extraordinário nº 93.356/MT, julgado em 24 de março de 1981, o Ministro Leitão de Abreu asseverou que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 316.

¹⁷ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁸ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

direitos individuais, de outro, houve enrijecimento do regime de atribuição dos efeitos, ante o condicionamento ao preenchimento de requisitos formais impostos pelo referido dispositivo, os quais anteriormente não precisavam ser observados pela Suprema Corte, conforme observa Ana Paula Oliveira Ávila:

Percebe-se que o dispositivo manteve, no aspecto temporal, como regra, a retroatividade dos efeitos ao momento da origem da norma controlada, em consonância com a tradicional orientação da jurisprudência. Introduziu, não obstante, algumas situações excepcionais em que a abrangência temporal dos efeitos pode ser modificada pelo Supremo Tribunal Federal. Determina o dispositivo que o Tribunal pode: (a) restringir os efeitos da decisão (*ex tunc* parcial ou relativo), ou seja, estabelecer um termo inicial para a cassação de efeitos que seja posterior à publicação da norma e anterior à decisão declaratória de inconstitucionalidade; (b) determinar que a norma somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*); e, (c) determinar que ela produza efeitos a partir de outro momento que venha a ser determinado (termo *diferido* ou efeito *pro futuro*), hipótese que introduz situação semelhante à *appellentscheidung* do direito constitucional alemão: ou seja, apesar de reconhecida a incompatibilidade da norma em face da Constituição, estabelece o Tribunal que ela permanecerá ainda vigente e eficaz por certo período de tempo¹⁹.

Os permissivos legais, levando em conta a ausência de preclusão da ação declaratória de inconstitucionalidade, além dos requisitos formais a que nos referimos estabeleceram requisitos materiais a serem seguidos na modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, com o objetivo de evitar que a aplicação indiscriminada da tese da nulidade, em certos casos, causasse insegurança jurídica ou prejudicasse o interesse social. Portanto, o órgão julgador deve justificar a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade segundo dois critérios subjetivos, a saber: *razão de segurança jurídica* ou *razão de excepcional interesse social*. Sobre o tema, com a maestria que lhe é peculiar, escreveu o Professor Paulo de Barros Carvalho:

Tratando-se de controle concentrado, em ações objetivas de inconstitucionalidade, como princípio geral, declarava-se a nulidade

¹⁹ ÁVILA, 2009, op. cit., p. 57/58.

da norma, revogando o enunciado em termos prospectivos, isto é, *ipse juri ab initio*, o que significa atribuir efeitos *ex tunc* ao ato decisório. Estabelecido, porém, que a declaração de inconstitucionalidade pode dar-se a qualquer tempo, ou seja, o direito de ação não preclui, passou-se a observar que a aplicação da pena de nulidade, como regra, prejudicaria não somente a certeza do direito, mas também e principalmente o próprio direito, enquanto sistema prescritivo de condutas, uma vez que toda norma goza de presunção de constitucionalidade até ser expulsa do sistema. A providência ensejaria clima de instabilidade, depreciando o sentimento de certeza das mensagens normativas, um dos pilares de sustentação da ordem jurídico-positiva²⁰.

Com efeito, a preocupação surgida, a qual será objeto de abordagem mais adiante, é quanto aos conceitos indeterminados trazidos pelos mencionados dispositivos legais, os quais atribuem considerável margem interpretativa ao Supremo Tribunal Federal, para definir, no caso concreto, as circunstâncias que atendam às razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Embora as opiniões favoráveis à adoção da manipulação dos efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade, não faltam doutrinadores que defendam a inconstitucionalidade ou possível casuísmo dos permissivos legais. É nesse sentido a lição de Ferreira Filho:

Seria preciso não conhecer o Brasil para supor motivada por questões de alta indagação científica essa proposta. Conhecendo-o, fácil é descobrir o que têm em mente os proponentes dessa “nulidade” ou “anulação” deferida. É sempre o ângulo governamental. Com base nessa regra, toda vez que um tributo correr risco de ser julgado inconstitucional – e essas coisas se sabem com antecedência em Brasília – invocando o pesado ônus da devolução do já recebido, o Poder Público pleiteará que a eficácia da decisão seja a partir do trânsito em julgado. Assim, não terá de devolver o já recebido [...] ²¹.

Todavia, afigura-se equivocada esta observação, posto que a Suprema Corte, ao dar efeito prospectivo às suas decisões, não pode deixar de observar o princípio da

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. Porto Alegre: FESDET, 2008, p. 210.

²¹ FERREIRA FILHO, M. G. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996, p. 14.

segurança jurídica, o qual deverá servir como vetor à aplicação dos permissivos legais em questão, sob pena violar o sobreprincípio do Estado de Direito, conforme se demonstrará no próximo tópico.

5. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO

Alguns autores sustentam que segurança é um valor que exprime algo que está livre de qualquer risco, ou seja, inenso a perigo, sob proteção, ou, ainda, sob garantia. Segundo Aurélio, segurança é o estado, a qualidade ou condição de seguro²². Assim definida, a segurança se mostra indispensável à existência humana, pois se relaciona com a própria manutenção da vida.

Para Cármen Rocha, a segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas²³. Esta afirmação faz concluir-se que, para se alcançar o valor maior perseguido pelo direito, a justiça, prescinde-se do valor segurança, pois a justiça somente se realiza, de forma plena, quando se efetiva de forma estável e segura.

Leandro Paulsen identifica a segurança jurídica como um princípio constitucional implícito decorrente do sobreprincípio do Estado de Direito²⁴, posto que a Constituição Federal não proclama o princípio da segurança jurídica de modo expresso.

O festejado mestre Paulo de Barros Carvalho classifica o princípio da segurança jurídica como um sobreprincípio, já que inferido a partir dos demais princípios constitucionais, assim lecionando:

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1563.

²³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Coord. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

²⁴ PAULSEN, Leandro. Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 28.

Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos a sua projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas, como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de realizada que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles que operam para realizá-lo. Se a este tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será difícil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suporte, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança²⁵.

Estando expressos ou implícitos, desde que embasados no próprio ordenamento jurídico positivo, os princípios são normas jurídicas válidas e gozam da mesma eficácia, sem qualquer distinção no que tange ao grau de imperatividade. Ensina Souto Maior Borges:

O princípio implícito não difere se não formalmente do expresso. Tem ambos o mesmo grau de positividade. Não há positividade “forte” (a expressa) e outra “fraca” (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeitos) muito mais acentuada do que um princípio expresso²⁶

Como se vê, algumas normas constitucionais (expressas ou implícitas) veiculam verdadeiros princípios, concebidos como alicerces do sistema Jurídico; ao passo que outras, ostentam simples regras, razão pela qual não podem ser concebidas no mesmo grau de importância. Ensina Geraldo Ataliba:

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica. Revista de Direito Tributário, v. 61, 1994, p. 86.

²⁶ BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. Revista de Direito Tributário, v. 63. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 207.

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos, seus desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências²⁷.

Em se tratando do princípio da segurança jurídica, não é difícil concluir que o mesmo se concretiza nos direitos e garantias individuais, na medida em que, na lição de Sarlet, a enunciação de direitos fundamentais é elemento integrante da noção de Estado de Direito²⁸.

Leandro Paulsen assevera que:

Evidencia-se a segurança jurídica através de garantias, tais como: legalidade geral²⁹, legalidade absoluta e irretroatividade das leis penais³⁰, proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada³¹, acesso à jurisdição³², e devido processo legal³³. Em tais garantias, é possível vislumbrar, com facilidade, a promoção da segurança jurídica através da proteção do bem consubstanciado no conhecimento da lei a que se está submetido, servindo de nexo entre elas e permitindo que se conclua no sentido de que inspira tais garantias fundamentais³⁴.

Como se observa, a promoção da segurança jurídica não pode se afastar do resguardo dos direitos de que as pessoas são titulares com vista à sua proteção, bem

²⁷ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição, atualizada por Rosoléa Miranda Folgosi. São Paulo. Malheiros Editores. 2004. p. 34.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67/68.

²⁹ TÍTULO II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³⁰ Art. 5º [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

³¹ Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³² Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

³³ Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³⁴ PAULSEN, 2006, op. cit., p. 44/45.

como da limitação e controle dos atos do Estado, em face do cidadão enquanto titular de direitos e garantias individuais.

Ana Paula Ávila³⁵ sustenta que: [...] a segurança jurídica, tendo em vista o seu próprio conceito e a utilização que dela tem feito a jurisprudência pátria, é fundamento a ser invocado na proteção dos direitos dos cidadãos, e não exatamente dos interesses do Estado.

6. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

As expressões: *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social* que constam da regra do artigo 27, da Lei nº 9.898/99 e 11 da Lei nº 9.882/99, encerram conceitos indeterminados, pela ausência de significação jurídica em abstrato. Esta indeterminação, por certo, dá ao aplicador do direito a possibilidade de operar na interpretação da norma com uma certa margem de valoração, fazendo com que busque a solução específica para o caso concreto além da própria norma interpretada. Enfim, o intérprete pode lançar mão dos valores, interesses, bens, pautas e argumentos materiais, obtidos no próprio processo de interpretação, os quais podem orientá-lo na escolha e na interpretação das normas.

O perigo apresentado pela abertura dos tipos indeterminados evidencia-se justamente na permissividade que é conferida ao aplicador do direito, na construção do sentido da norma. Tal circunstância pode dar margem à utilização do subjetivismo e da arbitrariedade, critérios nocivos ao processo interpretativo, pois propiciam a que o intérprete inspire-se pelo seu sentimento subjetivo ou pela sua opinião pessoal. Ana Paula Ávila ensina que:

Não obstante, se a isso não bastar – e, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, não basta -, deve o intérprete lançar mão de

³⁵ ÁVILA, 2009, op. cit., p. 102.

considerações históricas, teleológica-objetivas, de analogia ou da redução teleológica, ou, então, recorrer a princípios gerais do direito³⁶.

Não se pode negar que o debate sobre a aplicação dos artigos 27 da Lei nº 9.898/99 e 11 da Lei nº 9.882/99 está centrado na utilização desses dois conceitos: *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social*. Entretanto, não se pode afirmar que tais conceitos sejam absolutamente indeterminados, na medida em que a expressão *segurança jurídica* está suficientemente conceituada pelo ordenamento jurídico, conforme visto antes, posto que é vista como um sobreprincípio constitucional. O mesmo já não ocorre com a expressão *excepcional interesse social*, pois o seu conteúdo é bem mais fluído e contrasta, inclusive, com a necessidade de proteção da previsibilidade, imposta pela *segurança jurídica*, o que levou alguns autores a entender pela inconstitucionalidade do emprego dessa expressão, ao argumento de que a adoção de um conceito imprevisível viola os próprios fundamentos do Estado de Direito.

A doutrina brasileira pouco trabalha com a expressão *interesse social* no tocante ao controle de constitucionalidade. Para Cretella Júnior³⁷, a referida expressão não se define, exemplifica-se, circunstância reveladora da ambigüidade do termo. O certo é que a Constituição Federal se refere a *interesse social* somente no seu artigo 184, *caput*, quando trata da desapropriação para a reforma agrária. Portanto, é fácil concluir-se que o conceito constitucional de *interesse social* não abarca o interesse geral do povo e nem o do Estado, mas de uma determinada classe social.

A absoluta indeterminação desse conceito, conforme referido alhures, contrasta com o princípio constitucional da *segurança jurídica*, o qual exige mecanismos que assegurem previsibilidade e certeza da ordem jurídica. Segundo ensina Ana Paula Ávila³⁸: *E, se essa expressão contrasta com a segurança jurídica, contrasta também com o próprio princípio do Estado de Direito, ao qual a segurança jurídica serve de suporte.*

³⁶ ÁVILA, 2009, op. cit., p. 80.

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro; Forense, 1991, p. 522.

³⁸ ÁVILA, 2009, op. cit., p.166.

Conclui-se que, dada a margem de subjetividade que esses dois conceitos dão ao intérprete, sua aplicação exige a realização de um juízo de valoração, isto é, uma ponderação entre distintos valores, princípios, interesses e bens jurídicos, através dos critérios pelos quais o intérprete pode orientar sua decisão, haja vista ser recomendado esse critério sempre que, devido a indeterminação do conteúdo da norma jurídica, pelo emprego da norma jurídica mais aberta, for insuficiente o método da subsunção.

Ora, se o objeto da ponderação pode envolver os conceitos distintos acima referidos, para efeito de ponderação tais conceitos podem ser abarcados pela noção de princípio. Desse modo, pode se afirmar que os direitos fundamentais devem ser aplicados como princípios³⁹, já que não sendo direitos absolutos podem sofrer relativização quando em rota de colisão.

É interessante perquirir-se, quando da aplicação de eficácia restrita à declaração de inconstitucionalidade de normas, quais argumentos devem ser rechaçados para a integração dos conceitos de *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, ou seja, quais aspectos da Constituição Federal devem prevalecer em relação a esses conceitos e, se entre esses aspectos, se incluem os direitos fundamentais.

7. A MODULAÇÃO DE EFEITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS DE LIBERDADE E PROPRIEDADE DO CONTRIBUINTE

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando eficácia restrita à declaração de inconstitucionalidade de normas tributárias, também em sede de controle difuso de constitucionalidade, contrariando posicionamento anterior da corte no sentido de atribuir efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade dessas normas. E tem feito isso amparado em argumentos tais como: a) ameaça de insolvência da Fazenda Pública; b) dano à saúde financeira do Estado; c) necessidade de evitar avalanche de ações de repetição do indébito, etc., circunstâncias estas que somadas ou isoladamente trariam insegurança jurídica.

³⁹ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre, Livraria advogado, p. 62.

Não resta a menor dúvida de que tais argumentos são consequenciais e desmerecem a prevalência dos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade, que são constitucionalmente protegidos do poder de tributar do Estado.

Recentemente, mais precisamente na data de 12 de junho de 2008, nos autos dos Recursos Extraordinários números: 556.664; 559.882; e, 559.943, o Supremo Tribunal abriu importante precedente em matéria tributária, ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei Federal nº 8.212/91, definindo como inconstitucional o prazo prescricional e decadencial de dez anos e limitando a eficácia retroativa destas decisões, ao atribuir-lhe parcial efeito prospectivo. Ao assim decidir, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 8.212/91 e determinou que os efeitos de sua decisão não atingiriam os contribuintes que haviam pagado as contribuições para a seguridade social e não haviam iniciado a discussão sobre a legalidade do referido tributo até a data da conclusão do julgamento.

A modulação dos efeitos desta decisão para considerar legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, não impugnados antes da data da conclusão do julgamento, veio em flagrante prejuízo aos contribuintes, os quais tiveram afastada a possibilidade de restituição de valores recolhidos nesta condição e, por conseguinte, atingidos no seu direito fundamental de propriedade.

A preocupação decorrente dessa decisão, que assombrou os contribuintes brasileiros, foi exatamente a total ausência de fundamentação a respeito da aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.898/99, posto que o voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, limitou-se a assim fundamentar a modulação: *Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação dos efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese*. Não houve qualquer demonstração de que a garantia do direito fundamental de propriedade do contribuinte poria em risco a segurança jurídica e nem podia ter havido, pois nesse caso a segurança jurídica restou intacta. O que houve foi a mitigação de direitos fundamentais do cidadão contribuinte,

especialmente no que se refere ao direito à liberdade e à propriedade, esculpidos no art. 5º, *caput* e incisos II e XXII, da Constituição Federal de 1988.

É exatamente nesses direitos fundamentais violados que reside o fundamento do poder de tributar do Estado, tornando-se indispensável que a aplicação da regra que permite a modulação de efeitos não conduza à restrição aos direitos fundamentais. Humberto Bergmann Ávila ensina que: *A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia*⁴⁰.

Na hipótese em exame, salvo melhor juízo, não se verificou fundamento suficiente que justificasse a modulação dos efeitos da decisão analisada, a ponto de retirar do contribuinte o direito à repetição do indébito, acarretando a mutilação total da eficácia da regra garantidora do direito à propriedade.

Aliás, o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, trouxe argumentação suficiente para negar a aplicação do artigo 27, da Lei nº 9.898/99, quando demonstrou que desde antes da edição da Lei nº 8.212/91 o Supremo Tribunal Federal já havia assentado a necessidade de lei complementar para disciplinar a prescrição e a decadência e, por essa razão, a decisão que estava sendo proferida, reproduzindo o entendimento anterior, não representava surpresa para o Estado. Portanto, não se podia cogitar de insegurança jurídica, pois esta questão já estava pacificada na Corte Suprema.

Espera-se do Supremo Tribunal Federal que, no uso da prerrogativa de modular os efeitos de suas decisões, especialmente em sede de controle difuso de constitucionalidade, o faça baseado em decisões teleologicamente fundamentadas, tendo em conta sempre o critério da ponderação de princípios, valores, direitos, interesses, etc.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Porto Alegre, Malheiros Editores, p. 146.

O recolhimento de tributo pelo contribuinte com suporte em lei declarada inconstitucional faz surgir o direito subjetivo à restituição. Portanto, qualquer decisão que venha a impedir o exercício desse direito deve estar orientada pela observância da prevalência dos direitos fundamentais, sob pena de ser posta em risco a segurança jurídica do ordenamento constitucional.

Não há dúvida sobre a necessidade de ponderação entre normas internas da Constituição, atribuindo-se um peso a cada um dos bens jurídicos conflitantes, ou seja, de um lado os protegidos pela norma constitucional violada; de outro, os que justificam a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. Entretanto, não se pode admitir que, ao argumento de se tratarem de normas de mesma hierarquia, o intérprete fique livre para escolher essa ou aquela forma de disciplina dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É necessário que o intérprete, a partir de critérios que guiem a prevalência entre os bens em conflito, no caso concreto, encontre a melhor solução do ponto de vista da Constituição. Dentre tais critérios, cuja análise individual este trabalho não comporta, devido sua limitação, não se pode perder de vista a proteção dos direitos fundamentais do contribuinte.

De tudo que foi visto pode se afirmar que a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, deve ser norteadas pela proteção dos direitos fundamentais, circunstância não observada quando da modulação dos efeitos da decisão que julgou inconstitucional os artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91.

É válida a conclusão no sentido de que a interpretação das expressões: *razões de segurança jurídica* ou *excepcional interesse social* deve levar em conta a regra de prevalência dos direitos fundamentais, em detrimento de outros argumentos que possam ser invocados pelo intérprete, sempre que se apresentar uma situação de conflito que demonstre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

CONCLUSÃO

No sistema constitucional brasileiro a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas, surgindo daí a necessidade de ser controlada a constitucionalidade das leis, posto que ingressam no nosso sistema jurídico normas constitucionais e inconstitucionais. O controle de constitucionalidade surge com a função de harmonizar as normas jurídicas.

Desse modo, os artigos 27 e 11, respectivamente das Leis números 9.898/99 e 9882/99, devem ser interpretados teleologicamente no sentido de se permitir a garantia do fiel cumprimento do texto constitucional, na medida em que, conferindo-se ao órgão julgador maior flexibilidade na determinação dos efeitos às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade de norma, com efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, tem de ser assegurado que tal declaração não venha causar danos irreparáveis aos jurisdicionados do País.

Todavia, verificou-se que tais normas jurídicas encerram conceitos indeterminados, pois condicionam a modulação dos efeitos das decisões a *razões de segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, expressões estas que não traduzem significação jurídica em abstrato. Ressaltou-se o perigo que a abertura desses tipos indeterminados representa aos destinatários das normas jurídicas, ante a evidência de certa permissividade ao aplicador do direito, na construção do sentido dessas normas.

Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado as referidas normas jurídicas sem fazer uma interpretação conforme a Constituição, acolhendo argumentos conseqüencialistas, como: a) ameaça de insolvência da fazenda Pública; b) dano à saúde financeira do Estado; c) necessidade de evitar avalanches de ações de repetição do indébito, etc.

Concluiu-se que a aplicação das normas que regulam a modulação dos efeitos, sem uma interpretação teleológica, importa em ato arbitrário, que mitiga os direitos

fundamentais à liberdade e à propriedade do contribuinte, os quais são constitucionalmente protegidos do poder de tributar do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. Dispõe sobre a Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 05 de outubro de 1988.
- 2 _____, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 nov. 1999.
- 3 _____, Lei nº 9.998, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Brasília, 03 dez. 1999.
- 4 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição, atualizada por Rosolêa Miranda Folgosi. São Paulo. Malheiros Editores. 2004.
- 5 MÁVILA, Ana Paula de Oliveira. A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- 6 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Porto Alegre, Malheiros Editores, 2008.
- 7 BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. Revista de Direito Tributário, v. 63. São Paulo: Malheiros, 1997.
- 8 CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica. Revista de Direito Tributário, v. 61, 1994.
- 8 CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. Porto Alegre: FESDT, 2008.
- 9 CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro; Forense, 1991.
- 10 FERREIRA FILHO, M. G. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.
- 11 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

- 12 Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor. 1976.
- 13 Lins, Robson Maia. Controle de constitucionalidade da norma tributária. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2005.
- 14 Mendes, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.
- 15 Mendes, Gilmar Ferreira; Martins, Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva. 2001.
- 16 Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001.
- 17 Paulsen, Leandro. Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- 18 Rocha, Cármen Lúcia Antunes. Coord. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- 19 Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.