

A INSEGURANÇA DO CONTRIBUINTE NO TOCANTE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Amanda Aparecida Costa MARCELINO ¹
Lírian Correia de BARROS ²

RESUMO: Ao longo deste breve estudo foi discorrido sobre o controle de constitucionalidade, a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e a insegurança do contribuinte. Buscou-se demonstrar que o contribuinte que recolheu tributo com base em lei declarada inconstitucional deve ter o direito à restituição e que somente pode ser impedido se o Supremo Tribunal Federal aplicar o método de ponderação de interesses visto que os conceitos previstos no artigo 27 da Lei 9868/99 são indeterminados, sob pena de incorrer em ato arbitrário. Ademais, objetivou-se demonstrar a possibilidade da edição de leis sabidamente inconstitucionais, configurando verdadeira insegurança jurídica e violação ao poder de tributar do Estado.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Modulação. Contribuinte. Supremo Tribunal Federal. Insegurança. Ponderação.

1 INTRODUÇÃO

Para a realização deste artigo, utilizou-se do método dedutivo e histórico com o intuito de esclarecer o impasse em questão.

Inicialmente, cumpre tecer algumas considerações a respeito do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade entre a lei ou o ato normativo e a Constituição Federal.

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material. A inconstitucionalidade formal ocorre quando há um vício no processo de criação da norma. Por sua vez, a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo da norma viola a Constituição, e não o processo de sua formação.

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. amandacostam@outlook.com.

² Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. liriancorreia@gmail.com.

O controle de constitucionalidade, quanto ao momento de sua realização, classifica-se em preventivo e repressivo. Aquele busca impedir que um projeto de norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, esse visa retirar uma norma já em vigor que contrarie a Constituição.

O controle preventivo é realizado pelo Poder Legislativo, através das comissões de constituição e justiça, e pelo Poder Executivo, através do veto jurídico. Excepcionalmente, o Poder Judiciário realiza o controle preventivo, através de mandado de segurança proposto por um deputado federal ou senador.

O controle repressivo é realizado, em regra, pelo Poder Judiciário. O Poder Legislativo em algumas hipóteses também pode realizar o controle repressivo, quais sejam, para rejeitar uma medida provisória entendendo que ela é inconstitucional, e para sustar os atos do presidente (art. 49, CF).

O controle repressivo se subdivide em controle difuso e concentrado. No controle difuso, qualquer juiz pode declarar uma lei inconstitucional, desde que haja caso concreto, e os efeitos, em regra, são gerados apenas para as partes daquele processo. Já o controle concentrado é realizado por via de ações constitucionais, sendo elas, ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a, primeira parte), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, segunda parte) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Após essas considerações acerca do controle de constitucionalidade é possível adentrar ao tema central do presente estudo.

Declarada a inconstitucionalidade da norma, surge a dúvida quanto aos efeitos dessa declaração.

A doutrina internacional construiu duas teses acerca dos efeitos do ato tido como inconstitucional: a tese da nulidade e a tese da anulabilidade.

O modelo estadunidense teve como marco o julgamento “Marbury versus Madison”. Para esse modelo, o ato inconstitucional é nulo; assim, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma terá efeito *ex tunc*, isto é, retroagirá desde a sua origem, anulando todas as suas consequências, sob o fundamento de que o

reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional, ainda que por tempo limitado, implicaria na ineficácia da Lei Maior.

O modelo austríaco, por sua vez, assume a tese da anulabilidade, ou seja, os efeitos são *ex nunc*, não retroagem, em respeito aos princípios da boa fé e segurança jurídica.

O Brasil adotou o modelo estadunidense; deste modo, a decisão de inconstitucionalidade possui efeitos *ex tunc*, retroagindo desde o nascimento da lei, invalidando tudo aquilo que foi realizado com base na norma inconstitucional.

Contudo, constatou-se que a teoria da nulidade não apresentava soluções satisfatórias a todo caso levado a julgamento, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgamentos, achou por bem flexibilizar a teoria da nulidade, não aplicando o efeito retroativo, mas sim atribuindo a decisão o efeito *ex nunc*, iniciando os efeitos com a decisão de inconstitucionalidade ou até mesmo posterior à decisão (*profuturo*).

Posteriormente, sobreveio a Lei nº 9.868/1999, passando a ser expressa a aplicação da teoria da anulabilidade, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de modular os efeitos de suas decisões que declaram inconstitucionalidade de ato normativo, desde que sejam respeitados os requisitos do artigo 27, senão vejamos:

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.

A modulação temporal, portanto, ocorre quando o Supremo Tribunal Federal, atribui efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* a uma decisão em sede de controle de constitucionalidade que inicialmente teria efeito retroativo (*ex tunc*).

A preocupação com relação ao artigo 27 é com relação aos conceitos indeterminados trazido pelo mencionado dispositivo legal, quais sejam, segurança

jurídica e excepcional interesse social, o que levaria o intérprete da lei ao subjetivismo e arbitrariedade.

Paulo de Barros Carvalho (1994, p. 86) entende ser a segurança jurídica um sobreprincípio, uma vez que é extraído dos demais princípios constitucionais:

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

Vale dizer que, o fato do princípio ser implícito não significa que ele é menos relevante que o explícito. De acordo com Souto Maior Borges (1997, p. 207):

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 expresso.

No que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, Ana Paula Ávilla (2009, p. 102) afirma 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.

No tocante a expressão “interesse social”, esta é somente citada no artigo 184, caput, que trata da desapropriação para a reforma agrária, sendo possível concluir que a referida expressão não abarca o interesse geral do povo e nem do Estado, mas apenas de uma determinada classe social.

Desse modo, diante da indeterminação das expressões mencionadas faz-se necessário a existência de um juízo de valoração, isto é, uma ponderação de princípios, valores, interesses e bem jurídicos distintos.

Assim, o contribuinte que recolheu tributo com base em lei declarada inconstitucional deve ter o direito subjetivo à restituição, e qualquer decisão que impeça o exercício desse direito deve observar a prevalência dos direitos fundamentais, sob pena de ser posta em risco a segurança jurídica do ordenamento constitucional.

Outro ponto a ser enfrentado é a insegurança jurídica imposta ao contribuinte de ter que custear compulsoriamente tributo sabidamente inconstitucional.

A lei tributária tem como princípio a confiança na lei tributária que traduz na possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar as suas obrigações tributárias baseado exclusivamente na lei.

É totalmente possível que a modulação dos efeitos implique em incentivo ao desrespeito da fazenda pública em face dos contribuintes, configurando verdadeira violação aos limites imperativos do poder de tributar e à segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que a modulação dos efeitos é uma exceção à regra e somente pode ser aplicada se presentes os requisitos do artigo 27 supramencionado, e por conter conceitos indeterminados no referido artigo, a ausência do método de ponderação por parte do Supremo Tribunal Federal configura ato arbitrário, mitigando os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade do contribuinte. Outrossim, resta claro que a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal frente ao contribuinte caminha para verdadeira violação da segurança jurídica e do poder de tributar do Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fabrício Duarte. *Modulação temporal de efeitos em controle de constitucionalidade de norma tributária modificando jurisprudência consolidada*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30644/modulacao-temporal-de-efeitos-em-controle-de-constitucionalidade-de-norma-tributaria-modificando-jurisprudencia-consolidada/1>> Acesso em 26/03/2015.

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.

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

FONSECA, Edson Pires da. *O que é modulação temporal dos efeitos da decisão?* Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/concursos/o-que-e-modulacao-temporal-dos-efeitos-da-decisao/2133/>> Acesso em 26/03/2015.

SALDANHA, Pacífico Luiz. *A modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e os Direitos do Contribuinte*. Disponível em: <http://www.pacificosaldanha.com.br/artigos/art_a_modulacao.pdf> Acesso em 26/03/2015.

SOARES, Abel Rafael; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira. *Modulação de Efeitos e a Insegurança do Contribuinte*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d23828354a4c3e1d>> Acesso em 26/03/2015.