

MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FUNDAMENTADO NA SEGURANÇA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

Marcelo Agamenon Goes de SOUZA¹
Lucas Octávio Noya dos SANTOS²

RESUMO: Por meio de uma simplória, porém consistente, análise do controle de constitucionalidade aplicado ao campo do Direito Tributário, utilizando-se inclusive da análise de alguns casos concretos, o presente apontamento buscou questionar o famigerado entrave entre os princípios da anterioridade tributária quando da sua aplicação prática na tutela declaratória de constitucionalidade frente ao princípio da segurança jurídica como fundamento da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Trazendo a cabo esta discussão, foi possível observar que o campo da tutela declaratória da inconstitucionalidade quando se vale da segurança jurídica para relativizar o princípio da anterioridade tributária vale-se da técnica da transposição da teoria jurídica para o campo da aplicação prática, sem contudo, macular a declaração de inconstitucionalidade, bem como, mantendo-se ambos os institutos postos em questão.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Tutela Declaratória. Modulação. Efeitos Práticos.

1 INTRODUÇÃO

Diante das recentes manifestações e incursões sociais na política de combate à corrupção, a qual o país atualmente se submerge, é possível notar a insatisfação do povo brasileiro com o atual governo.

Alguns sociólogos apontam a existência de uma crise batendo às portas do Brasil. Contudo, não se trata de uma crise política entre a base aliada e

¹ Mestre em Direito Constitucional pela ITE de Bauru. Mestre em Direito Processual Penal pela UNOESTE de Presidente Prudente, Consultor ad hoc do Conselho da Justiça Federal. Professor de Direito Constitucional e de Prática Jurídica Penal da Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP, onde também é membro do Conselho Superior de Administração – CSA. Foi Assessor Especial da Presidência da Câmara Municipal de Presidente Prudente para Assuntos Jurídicos entre 2007/2010. Advogado.

² Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: octavio.ins@gmail.com, Bolsista do Programa de Iniciação Científica, Grupo de Pesquisa: O Estado de Direito: aspectos políticos, jurídicos e filosóficos. Voluntário no Grupo de Pesquisa: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estagiário de Direito no Escritório Agamenon Advocacia e Consultoria.

seus respectivos partidos, bem como seus representantes. Cuida-se de uma crise de representação, na qual o povo brasileiro não se sente suficientemente bem representado, o que gera a revolta contra todos os atos do governo, desde a simples cobrança de tributos até a discussão do atual sistema político.

Utilizando-se da metodologia dedutiva, a pesquisa aponta uma conclusão no sentido de estabelecer se há ou não violação ao princípio da anterioridade tributária quando da declaração de inconstitucionalidade.

2 BREVE APONTAMENTO SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A bem da verdade, a interpretação da norma jurídica é cabível a todo e qualquer operador do Direito e, como não poderia ser diferente, todo doutrinador do Direito.

Porém, a temática se propõe a buscar a materialização da interpretação das normas constitucionais quando da sua aplicação, seja em sede de controle difuso ou em controle concentrado.

Nesta toada, é de suma importância analisar alguns aspectos do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

2.1 Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade

Há que se observar que, sendo difuso ou concentrado, tais espécies de controle de constitucionalidade, em essência, destonam do modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser analisados de forma autônoma para, em seguida, serem comparados ao que se adota no sistema pátrio.

Tido por Sistema Norte Americano de Controle de Constitucionalidade, o controle difuso³ é aquele exercido de forma incidental, *incidenter tantum*, alegado

³ O controle difuso surgiu com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, no qual o juiz John Marshall decidiu que cabe a todo juiz defender a Constituição.

em matéria de defesa, e decidido por todo e qualquer magistrado estando ele em primeira ou em última instância, em meio a um processo judicial.

Segundo Vicente Paulo (2006, p. 453):

No âmbito do controle difuso qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo conflitantes com a Constituição, com o fim de afastar a sua aplicação ao caso concreto.

Uma determinada formalidade a ser observada é a reserva de plenário estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal⁴. Somente pelo voto da maioria absoluta é que se poderá declarar a inconstitucionalidade da Lei atacada.

É imperioso salientar ainda que o controle difuso, por ser incidental, não possui força de vincular outros casos, destacando-se que apenas gera efeito entre as partes, a menos que seja declarada inconstitucionalidade pela Suprema Corte.

Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 113) explica

Lembre-se do *stare decisis*. Por este princípio, os juízes de instâncias inferiores seguem as decisões proferidas nos Tribunais Superiores. É o que acontece com a Suprema Corte. Seus vereditos apresentam *efeito vinculante*, em virtude da força dos *precedentes* do Direito americano, verdadeiros *paradigmas* que vinculam o entendimento de todos os órgãos judiciais. Trata-se de um mecanismo fiscalizatório da supremacia da Carta americana de 1787, porque, quando a Suprema Corte declara uma lei inconstitucional, todos os juízes passam a considerá-la letra morta.

Partindo da lição de Bulos, é possível estabelecer que a norma é atacada no plano de sua eficácia, portanto, será declarada inconstitucional com efeito *ex tunc*.

Feitas essas considerações, destacamos que o controle difuso gera efeito *inter partes* quando declarada por juízo de primeira instância e *erga omnes* quando declarada por Tribunal Superior e, por fim, tem efeito *ex tunc* por atacar a Lei no plano de sua eficácia.

Já o controle concentrado, que é também conhecido por sistema austríaco de controle de constitucionalidade, representa exatamente o polo oposto do controle difuso.

Preconizado pelo jurista e filósofo Hans Kelsen, o controle concentrado tem a principal característica de apenas poder ser exercido pela Suprema Corte,

⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

concentrando-se nas mãos de um único órgão jurisdicional. Daí a origem da expressão “controle concentrado”.

Por meio desta forma de controle de constitucionalidade a própria Lei que figurará no polo passivo das ações de inconstitucionalidade (BULOS, 2007, p. 113).

Outra grande diferença reside no plano da aplicabilidade, tendo a sentença que declara sua inconstitucionalidade caráter de tutela constitutiva, não declaratória. Assim, a regra é de que a norma será inconstitucional do momento da prolação da sentença em diante, *ex nunc*.

Neste exato contexto, chegaremos à origem do Princípio da Presunção de Constitucionalidade⁵. Conforme leciona Vicente Paulo (2006, p. 442):

As leis e os atos normativos editados pelo Poder Público são protegidos pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, segundo o qual esses atos deverão ser considerados constitucionais, válidos, até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente.

As leis presumem-se constitucionais, vale dizer, enquanto não reconhecidas como inconstitucionais deverão ser cumpridas, presumindo-se que o legislador agiu em plena sintonia com a Constituição. (grifo nosso)

Isto posto, evidenciamos que o sistema austríaco resguarda uma relação de completo antagonismo frente ao sistema norte americano de controle de constitucionalidade.

Nota-se que ambas as formas de controle se relacionam-se com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Desta feita, passamos a analisar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

2.2. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

Não se estabeleceu uma obrigatoriedade em seguir rigorosamente um ou outro sistema, motivo pelo que, o Brasil condensou os sistemas de controle de

⁵ Inobstante o princípio da presunção de constitucionalidade resguardar sua origem no sistema austríaco de controle de constitucionalidade, esta norma não possui relação com o efeito constitutivo ou declaratório da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, motivo pelo que, ao tratar deste princípio, a doutrina se utiliza do termo “reconhecer” e não “declarar” quando da inconstitucionalidade.

constitucionalidade criando sua própria regra para realizar o juízo de adequação constitucional.

Em regra, o ajuizamento de uma das ações de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal é um pressuposto da declaração de inconstitucionalidade. Excepcionalmente, como vimos, qualquer magistrado poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando rompida a inércia do magistrado e, incidentalmente, a questão for suscitada em um processo judicial como matéria de defesa. Tal questão também pode ser suscitada por meio de Recurso Extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, conforme expõe o artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” da Constituição Federal.

Inobstante a regra ser da declaração de inconstitucionalidade via controle concentrado, a inconstitucionalidade no Brasil atinge o campo da eficácia, havendo então uma mescla do efeito *ex tunc*⁶ com o controle concentrado austríaco.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

Devemos observar que a aplicação dos institutos propostos pela temática está adstrita a uma aplicação técnica jurídica que se baseia principalmente no sistema contramajoritário, que garante ao Poder Judiciário brasileiro a imposição de suas decisões independente de aceitação daquele que a ela se submete.

Nesse contexto, ainda que se demonstre a essência naturalística da proteção do princípio da anterioridade tributária, bem como da segurança jurídica do contribuinte, tais institutos são instrumentos de aplicação técnica do judiciário para a proteção do sistema jurídico vigente.

Desta forma, devemos vislumbrar o princípio da anterioridade tributária e a tutela declaratória que vem a proteger tal instituto a um só tempo, assim, será possível concluir que a anterioridade tributária alcança sua eficácia quando uma sentença que declara a inconstitucionalidade de um determinado tributo, seja em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, determina que seus

⁶ Devemos lembrar também que é dado ao magistrado modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma a incidir tão somente em data posterior à da prolação da decisão. Contudo, a regra é de que, em razão de sua natureza declaratória, os efeitos são *ex tunc*.

efeitos sejam aplicados *ex tunc*, ou seja, traz ao campo do mundo fático o que já era presente no mundo jurídico.

Dizer que a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *ex tunc* não significa dizer que seus efeitos são retroativos. Na verdade, quando fazemos tal afirmação, estamos dizendo que a norma atacada pelo controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) não foi capaz de atingir a sua eficácia, logo, nunca existiu no ordenamento jurídico, ainda que presumivelmente constitucional.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao dizer que a Lei que instituiu determinado tributo é inconstitucional, estamos dizendo que aquela Lei nunca existiu no ordenamento jurídico, ou seja, o tributo arrecadado nunca existiu, devendo o contribuinte, por força do efeito declaratório ordinário, voltar ao seu *status quo ante*.

Ora, se o princípio da anterioridade tributária é desrespeitado por uma Lei inconstitucional e somente a declaração de inconstitucionalidade por sentença transitada em julgado é capaz de dar plena eficácia a tal princípio, uma vez que seu efeito *ex tunc* é o único capaz de trazer o contribuinte ao seu *status quo ante*, logo, presumir-se-ia que o efeito *ex tunc* da tutela declaratória de inconstitucionalidade é o verdadeiro responsável pela proteção do princípio da anterioridade tributária.

Em alguns casos, como os das ADIN 4628 e 4713 e do Recurso Extraordinário nº 680.089, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do Protocolo CONFAZ nº 21/2011 que previa a cobrança de ICMS para vendas realizadas a comprador de um estado diferente de onde efetuara a venda, por meio de internet, em ambos os Estados.

Contudo, ao julgar tal recurso o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da tutela declaratória de modo que os efeitos para fins de restituição se dariam apenas *ex nunc*, ou seja, doravante.

Então, seria correto afirmar que, em casos como este, o Supremo Tribunal Federal violou o princípio da anterioridade tributária porque, de fato, não concedeu a restituição do tributo baseando-se na proteção da segurança jurídica?

Há que se observar, *a priori*, que os princípios vivem conflitantes entre si, de forma que a existência de um não revoga a existência de outro. Desta forma, a aplicação *de per se* de um princípio não viola o outro.

Muito além dessa ceara, devemos nos atentar para o fato de que, como afirmado acima, não se trata do efeito *ex tunc*. Na verdade, a tutela

declaratória tem o único efeito de, no campo fático, tornar inexistente o que no campo jurídico já o era. Apenas a consequência dessa declaração, que ataca a eficácia da norma jurídica (não a validade como se dá no Sistema Austríaco de controle de constitucionalidade) é que poderá gerar modificações práticas, quais sejam, a restituição do tributo inconstitucional.

Basta atentar-se para o fato de que em um processo que se busca a tutela meramente declaratória não é possível que se antecipe a tutela, uma vez que não é possível declarar precariamente a inconstitucionalidade ou não.

3 CONCLUSÃO

Assim, podemos concluir afirmando que não se trata de violação do princípio da anterioridade tributária frente à segurança jurídica na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou em insegurança jurídica frente ao princípio da anterioridade na manutenção dos efeitos ordinários da tutela declaratória de inconstitucionalidade, pois, na verdade o que se percebe na modulação dos efeitos é que estamos lidando com a transportação da situação jurídica para o campo concreto, resultando nos efeitos práticos da tutela declaratória e não a declaração em si, que, por sua vez, é aplicada somente ao campo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. 1 ed., Buenos Aires: Astrea, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito Tributário & Direitos Fundamentais: Uma revisão do Princípio da Tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito**. 1 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2006.

RUSCHMANN, Cristiano Frederico. **Direito Tributário**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 680.089-SE**, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2014. Brasília: STF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4628**, Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Brasília: STF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4713**, Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Brasília: STF, 2014.