

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO DA PUC-SP (COGEAE)**

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECISÕES EM MATÉRIA DE INSTITUIÇÃO E
MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS – ESTUDO DE CASOS**

GUSTAVO PEREZ TAVARES

São Paulo

2014

MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECISÕES EM MATÉRIA DE INSTITUIÇÃO E MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS – ESTUDO DE CASOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista no curso de pós-graduação em direito processual tributário pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP (COGEAE), sob a orientação do Prof. Dr. Renato Lopes Becho.

São Paulo
2014

**MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECISÕES EM MATÉRIA DE INSTITUIÇÃO E
MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS – ESTUDO DE CASOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista no curso de pós-graduação em direito processual tributário pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP (COGEAE).

Aprovado em ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: _____

Prof. Dr. Renato Lopes Becho - Orientador

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP (COGEAE)

Prof.

Prof.

Dados Gerais de Identificação

Aluno: Gustavo Perez Tavares

RA nº 00106125

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Julho/2011.

Advogado inscrito na OAB/SP nº 310.852, integrante do escritório Machado Associados Advogados e Consultores.

AGRADECIMENTOS

à minha família e aos amigos, pelo apoio e compreensão

a Adriana, por ser, sempre, sustentáculo das minhas conquistas

ao Professor Renato Lopes Becho, pela inspiração em sala
e pela orientação gentil e precisa deste trabalho

aos demais Professores do curso, em especial,
ao Professor José Eduardo Soares de Melo

aos colegas de curso e ao Professor Felipe Breda,
pelos debates, risadas e amizades

“ignis aurum probat, miseria fortes homines”

(Seneca)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da técnica de modulação de efeitos, pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise de constitucionalidade de leis que instituíram ou majoraram tributos.

Para tanto, buscou-se trazer elementos essenciais para a compreensão da importância do controle de constitucionalidade na manutenção do Estado de Direito, desde a sua evolução histórica até os seus contornos atuais e, mais especificamente, sua implementação no Brasil.

Após, procurou-se demonstrar as situações excepcionais que justificam a modulação de efeitos em decisões de declaração de inconstitucionalidade, notadamente quando, em hipótese de choque de princípios, haja a prevalência de algum sobre o princípio da Soberania da Constituição, bem como os requisitos estritos para a aplicação desta técnica no Brasil, após a edição da Lei nº 9.868/99.

Seguindo, analisou-se a possibilidade de modulação de efeitos em matéria de instituição ou majoração de tributos, tendo em vista as características intrínsecas do direito tributário no Brasil.

Ao final, buscou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para saber se, em matéria de instituição ou majoração de tributos, a Corte entende ser possível modular efeitos, bem como se argumentos de “quebra de Erário” justificam a mitigação da nulidade da lei inconstitucional.

Palavras-chave: **TRIBUTÁRIO.** **CONSTITUCIONAL.** **PROCESSUAL.**
MODULAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA

ABSTRACT

This study aims to analyze the technique of attribution of prospective effects on judicial review by Brazil's Supreme Court, when analyzing the constitutionality of laws which established or increased taxes .

To do so, we attempted to bring essential elements for understanding the importance of judicial review in maintaining the rule of law, since its historical evolution to its present contours and, more specifically, its implementation in Brazil.

After that, we tried to demonstrate the exceptional circumstances that justify the attribution of prospective effects on judicial review in Brazil, especially when there is the prevalence a constitutional principle over the sovereignty of the Constitution, as well as the strict requirements in the event of a clash of principles, especially after the enactment of Law No. 9.868/99.

Following that, we analyzed the possibility of attribution of prospective effects on judicial review of laws that established or increased taxes, considering the inherent characteristics of the tax law in Brazil.

At the end, we sought the jurisprudence (case law) of the Supreme Court as to whether, in respect of the institution or increase of taxes, the Court considers it possible to attribute prospective effects on judicial review, as well as if arguments like “financial breakdown of Treasury” justify the mitigation of the invalidity of the unconstitutional law.

Keywords: TAX LAW. CONSTITUTIONAL LAW. LITIGATION. PROSPECTIVE EFFECTS ON JUDICIAL REVIEW. JURISPRUDENCE. CASE LAW.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	11
I.1 Aspectos Históricos	11
I.1.1 A Obsolescência da Bipolaridade dos Sistemas de Controle Americano e Austríaco, e a Convergência para os Sistemas de Controle Mistos	16
I.2 Controle De Constitucionalidade No Brasil	20
II. MODULAÇÃO DE EFEITOS	26
II.1 Origem	26
II.2 Modulação de Efeitos no Direito Brasileiro	29
II.2.1 Requisitos Para a sua Aplicação	31
II.2.2 Modulação de Efeitos no Controle Difuso	38
II.2.3 Modulação de Efeitos em Matéria Tributária	41
III. ESTUDO DE CASOS	49
III.1 Decisões que Declararam Inconstitucionais Leis que Instituíram ou Majoraram Tributos	50
III.2 Decisões que Declararam Constitucionais Leis que Instituíram ou Majoraram Tributos	60
III.3 Recurso Extraordinário nº 556.664 – Precedente para a Modulação de Efeitos em Matéria Tributária?	64
III.4 Conclusão Quanto à Jurisprudência do STF	67
CONCLUSÃO	71
BIBLIOGRAFIA	73

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.868/99 tornou positiva, em nosso ordenamento jurídico, a previsão de modulação de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Por “modulação de efeitos”, entende-se o mecanismo de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade decorrente de Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (“ADCon”), ou, ainda, em controle difuso¹, nos termos previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99 (para a ADI e para a ADC, e no art. 11 da Lei nº 9.882/99 para a ADPF), que assim dispõe:

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.

Note-se que o termo “modulação de efeitos”, no presente estudo, refere-se a toda mitigação do efeito *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade (regra geral), tanto para a fixação de eficácia prospectiva da decisão (a partir do trânsito em julgado), quanto para a fixação da eficácia para um momento determinado (modulação temporal), seja para o passado (modulação retroativa), seja para o futuro (modulação *pro futuro*).

Em nosso entendimento, a função do Poder Judiciário deveria se restringir, em regra, ao de legislador negativo, de modo que suas decisões deveriam resguardar eventos pretéritos, enquanto o Poder Legislativo se encarrega de fazer prescrições para o futuro. Além disso, a nossa Lei Maior instituiu o Supremo Tribunal Federal com o cargo de Guardião da Constituição Federal, de modo que permitir a existência de uma decisão da nossa Suprema Corte, que convalide leis inconstitucionais, também não nos parece ser a consagração do espírito constitucional.

No entanto, situações surgem no cotidiano do judiciário que demandam uma maior maleabilidade do julgador – e, nesse caso específico, do Supremo Tribunal Federal – para evitar que a decisão que demande estrita observância da Constituição não cause prejuízo

¹ A modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade já foi reiteradas vezes admitida pelo STF, como por exemplo, no julgamento do RE nº 556.664/RS.

maior aos cidadãos do que a própria lei inconstitucional, principalmente nos casos em que a revogação ab initio da norma causaria vácuo normativo.

Para evitar, portanto, o *horror vacui*, a modulação de efeitos encontra a sua justificativa, forçando o julgador a proceder a uma ponderação de valores constitucionais para extrair a decisão mais benéfica à coletividade.

Contudo, existiria essa necessidade de ponderação de valores quando a inconstitucionalidade tratar da instituição ou majoração de tributos? Existe, dentro do campo restrito designado pela Lei nº 9.868/99 (fundamentos de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”) algum argumento que justifique a manutenção, ainda que temporária, da lei inconstitucional? Acreditamos que não.

Para comprovar isso, nos capítulos do presente trabalho pretendemos demonstrar que, em matéria tributária, o legislador já previu exaustivamente regras que garantem a necessária segurança jurídica ao sistema (com regras estritas de decadência e prescrição, além da previsão de repetição de indébito), além de não haver excepcional interesse social que justifique a atitude do Estado de infringir a propriedade privada sem a autorização do Poder Legislativo, representante dos cidadãos.

Porém, a análise em teoria desse posicionamento em nada serve se que se volte a atenção à aplicação que o Pretório Excelso faz da modulação de efeitos em matéria de instituição e majoração de tributos. Realmente, por se tratar de questão de ponderação de valores, aliada a conceitos abertíssimos de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, a única forma de proceder a uma análise útil é através do estudo da jurisprudência do STF.

Assim, no presente trabalho, também analisamos os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar que, também para a Suprema Corte, não é possível a modulação de efeitos em matéria de instituição e majoração de tributos.

I. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

I.1 – ASPECTOS HISTÓRICOS

As constituições como as conhecemos surgem no século XVIII, notadamente com as revoluções burguesas na França e nos Estados Unidos, e representam um marco no ápice do Estado Moderno.

Entre as muitas definições possíveis, prevalece o conceito de constituição proposto por Konrad Hesse, como sendo a ordem jurídica fundamental da coletividade (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*), de modo que a constituição não se prestaria a codificar, mas tão somente regular, notadamente em linhas essenciais, aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição. Relevante trazer à baila a definição elaborada por Gilmar Ferreira Mendes:

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos, as normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural²

Pode-se, ainda, definir constituição por um sentido formal, como também faz Gilmar Mendes³: “Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico”.

Desse modo, a completude necessária ao ordenamento jurídico não se extrairia da constituição, sendo esta característica relevante para atribuir a flexibilidade necessária ao

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

³ Ibidem. p. 59.

ordenamento jurídico. Isso porque, a flexibilidade do ordenamento jurídico possibilita o desenvolvimento evolutivo do direito através do tempo e, com isso, perpetua o texto constitucional diante das diversas alterações filosóficas e sociais que, eventualmente, ocorram em determinada sociedade.

Portanto, tem-se que a constituição deve, constantemente, equilibrar a flexibilidade necessária para que o ordenamento jurídico não congele no tempo, sem perder de vista a rigidez necessária para garantir a estabilidade do Estado de Direito. Não existiria, pois, uma pretensão de completude no ordenamento constitucional. Bem por isso, a imposição constitucional da organização política do Estado, bem como o traço da ordem jurídica da sociedade, garantem a flexibilidade necessária para perpetuação do texto diante das alterações filosóficas e sociais, bem como a rigidez indispensável para manutenção da estabilidade estatal.

Assim, Hesse consagra uma concepção material de constituição, de modo a conciliar a abertura constitucional necessária para garantir a evolução da ordem jurídica do Estado através do tempo, com a rigidez necessária para a manutenção da estabilidade estatal.

A exemplo da definição proposta por Hesse, em 1787, os Estados Unidos editou a primeira constituição do mundo moderno. Os sete artigos de seu texto foram destinados a determinar a separação dos poderes, a igualdade entre os cidadãos americanos, além de positivarem algumas garantias e liberdades individuais. Dessa forma, a constituição americana não traz qualquer traço de codificação à ordem jurídica daquele país, mas garante a estabilidade política do Estado, bem como demonstra os fundamentos da ordem jurídica daquela comunidade.

Poucos anos mais tarde, em 1791, a França, em meio à Revolução Francesa, editou sua constituição. Ao contrário da constituição americana – dotada, inicialmente, de apenas sete artigos –, a constituição francesa, em que pese não codificar o ordenamento jurídico, impôs, de forma menos concisa, as delimitações necessárias ao desenvolvimento de uma codificação infraconstitucional.

Diante do surgimento das constituições, a análise de todo ordenamento jurídico do Estado deve se contrapor ao Texto Maior, impondo ao intérprete a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, ato ou conduta. Como

ensina Jorge Miranda⁴, referidos termos possuem conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”.

A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou conduta não se trata, pois, de uma análise lógica ou intelectual, mas sim de análise normativa e valorativa da conduta.

Assim, assevera Jorge Miranda⁵:

não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro quid, ou a desconformidade entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.

Contudo, independentemente da verificação se a norma ou conduta vai de encontro ao texto constitucional, é bem verdade que a constituição não tipifica qualquer sanção ao agente que produz norma ou realiza conduta dita inconstitucional. Nesse sentido, a ausência de sanção retira a imperiosidade do texto constitucional, transformando o termo “inconstitucional” em mero adjetivo à norma ou conduta, no sentido de censura ou crítica.

Kelsen, nessa linha de entendimento, informa que a garantia constitucional para anulação de norma ou conduta dita inconstitucional não é obrigatória. Isso porque, uma sanção direta ao órgão ou agente que veicula ato inconstitucional não retira, necessariamente, referido ato do ordenamento jurídico. Portanto, de rigor a existência de um órgão ligado à proteção do texto constitucional, cujas funções seriam a de zelar pela anulação de atos incompatíveis com a constituição.

Confira-se, nas palavras do jurista austríaco:

Embora não se tenha consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma forma jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de

⁴ MIRANDA, Jorge *apud* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

⁵ MIRANDA, Jorge *apud* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material”⁶

O procedimento para anulação dos atos inconstitucionais, para Kelsen, seria uma espécie de sanção qualificada, de modo que o conceito de inconstitucionalidade não estaria restrito à ideia de desconformidade com o texto constitucional, mas sim que inconstitucional seria o ato que incorrer em sanção qualificada, isto é, inconstitucional será o ato considerado nulo ou anulável por estar em confronto com a constituição.

Diante dessa premissa, assevera Gilmar Mendes⁷:

os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se, propriamente, a atos ou omissões dos Poderes Públicos.

Nesse sentido, para que fosse consagrado o sistema constitucional, com a extirpação do mundo jurídico de atos considerados contrários ao texto maior, surge, nos Estados Unidos, o embrião do que, mais tarde, ficou conhecido com controle de constitucionalidade.

Em 1803, a Suprema Corte americana, especialmente no aclamado caso *Marbury versus Madison*, provoca uma mudança de paradigma, ao se atribuir ao juiz responsável por conhecer do conflito de interesses a competência para aferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato (*judicial review*). Este posicionamento rompe com a tradição inglesa no que diz respeito à soberania do Parlamento, de modo que o posicionamento

⁶ Kelsen, Hans *apud* Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso Avançado de Direito Constitucional*. Brasília. 2009. Disponível em < <http://www.idponline.com.br/Default.aspx> > Acesso em: 11.11.2013 p.07

⁷ *Ibidem*.

adotado pela Suprema Corte americana no caso *Marbury versus Madison* irá influenciar a adoção do modelo em diversos países do mundo.

Com efeito, o caso *Marbury versus Madison* está inserido no contexto das eleições para Presidente dos Estados Unidos, em que Thomas Jefferson venceu John Adams. Este último, ao ser derrotado no certame, nomeou diversos juízes, dentre eles Willian Marbury, objetivando a manutenção de relativo controle sobre o Estado. Ocorre que, devido ao curto período de tempo transcorrido entre a nomeação de Marbury e o início do mandato de Thomas Jefferson, não foi dada a posse do cargo à Willian Marbury. Após, a pedido de Thomas Jefferson, foi negada a nomeação de Willian Marbury como juiz de paz.

Assim, Marbury impetrou mandado de segurança em face do então Secretário de Justiça americano, James Madisson. Diante disso, decidiu a Suprema Corte Americana que a lei que lhe atribuíra competência para conhecer do writ era inconstitucional e, assim, deixou de apreciar o caso. Fixava-se, assim, o primeiro precedente pela qual o Poder Judiciário se manifestava pela inconstitucionalidade de uma lei.

Em 1920, a constituição austríaca, por influencia das lições de Hans Kelsen, insere em seu texto uma espécie de controle de constitucionalidade. De acordo com este modelo de controle, a inconstitucionalidade, ao contrário do modelo americano, apenas poderia ser realizado através de ação direta, para discussão da lei em tese. Ou seja, não cabia a arguição de inconstitucionalidade de lei para que o magistrado afaste sua aplicação no caso concreto, mas ter-se-ia que lançar mão de ação própria, para ver a declaração de inconstitucionalidade de lei. Esta ação apenas poderia ser intentada por alguns órgãos políticos.

O modelo austríaco e o modelo americano representaram a bipolarização de sistemas de controle de constitucionalidade. A ideia de controle difuso (modelo americano) e controle concentrado (modelo austríaco) de constitucionalidade influenciou diversos países ao redor do globo, mas hoje está obsoleto, de modo que os ordenamentos jurídicos vêm evoluindo, como no Brasil, para adoção de um sistema misto.

I.1.2 A OBSOLESCÊNCIA DA BIPOLARIDADE DOS SISTEMAS DE CONTROLE AMERICANO E AUSTRIACO, E A CONVERGÊNCIA PARA OS SISTEMAS DE CONTROLE MISTOS

Conforme destacado, o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis ou atos normativos surge e se consolida, basicamente, por meio de dois sistemas com características bastante opostas, notadamente o modelo norte-americano do judicial review of legislation, e o austríaco-kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*).

Nesse momento, cumpre trazer a análise de Francisco Fernández Salgado⁸, em que bem destaca a convergência desses dois sistemas, notadamente no período do segundo pós-guerra, época em que ambos os sistemas começam a incorporar aspectos antes reservados ao seu contraposto, influenciando os sistemas de outros países.

Com efeito, o sistema norte-americano ou difuso se caracteriza por ser incidental, surgindo sempre como uma questão a ser ultrapassada para a solução de uma lide preexistente (e não o objeto da lide em si), específico, constituindo-se da análise da constitucionalidade em uma situação determinada, produzindo efeito apenas inter partes (mas possuindo certa vinculação pelo *stare decisis*) e declaratório, é dizer, reconhece uma situação preexistente de inconstitucionalidade, do que decorre seus efeitos *ex tunc*, atingindo ainda todos os atos dele decorrentes.

Já o sistema austríaco-kelseniano ou concentrado opõe-se diametralmente ao americano, configurando-se como principal, tratando a questão constitucional em ação própria, surgida pelo próprio questionamento da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, genérico, em que a declaração atinge a própria validade da norma, extinguindo-a do ordenamento jurídico, com efeito erga omnes, e constitutivo, respeitando os atos produzidos sob a vigência da norma declarada inconstitucional, de modo que seus efeitos são apenas ex nunc.

Além disso, os sistemas clássicos também se diferencia quanto ao órgão legitimado para declarar a inconstitucionalidade da norma atacada. No norte-americano, a

⁸ SALGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de La bipolaridad tradicional* (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. Direito Público, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, out/nov/dez/2003

competência é de todo e qualquer juiz ou órgão jurisdicional, ao passo em que a competência para a declaração de inconstitucionalidade, no sistema kelseniano é privativo do Tribunal Constitucional, órgão especificamente criado para ser o guardião da constituição.

Assim, por apresentarem diferenças tão expressivas em suas bases, os sistemas norte-americano e austríaco se tornaram sinônimos dos modelos de controle difuso e concentrado, respectivamente.

Contudo, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, os países passaram a perceber a possibilidade de convergência entre os dois sistemas, de modo a permitir, de um lado, a declaração incidental de inconstitucionalidade em modelos kelsenianos, e de outro, ações diretas em modelos de controle tradicionalmente difusos.

Já em 1929, adverte SALGADO⁹, a reforma constitucional austríaca (Emenda Constitucional nº 7 à Constituição de 1920) alargou os legitimados à análise da constitucionalidade de normas, pois permitiu que os dois tribunais superiores (Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa) levassem ao Tribunal Constitucional questões de inconstitucionalidade surgidas em processos judiciais. Confira-se:

En definitiva, la reforma constitucional de 1929, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, alteraba el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que quedaban legítimos para plantear ante el Tribunal Constitucional lapertinente "demanda" - en los términos del art. 140.1 de la Constitución -, antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar el planteamiento de la cuestión.

Conforme se observa, ao criar essa sistemática, a Constituição austríaca acabou por instituir um “primeiro controle de constitucionalidade” exercido pelos tribunais judiciais, os quais, tendo decidido pela existência de uma inconstitucionalidade, remeteriam a questão ao Tribunal Constitucional, ao qual caberia concordar ou discordar da decisão judicial. Caso contrário (entendessem pela constitucionalidade da norma), a questão não seria levada ao Tribunal Constitucional.

Com isso, o monopólio do controle de constitucionalidade da *Verfassungsgerichtsbarkeit* foi mitigado, tornando-se um monopólio apenas da declaração de

⁹ Op. Cit. p. 67

inconstitucionalidade, ao passo em que a declaração de constitucionalidade poderia ser feita pelos tribunais judiciais.

Essa forma combinada (ou mista) de controle, em que se permite que os órgãos jurisdicionais comuns analisem questões de constitucionalidade para, apenas em um segundo momento, levá-las ao órgão de controle constitucional (por exemplo, um Tribunal Constitucional), ganhou força na Europa, em países como a Alemanha, Itália e Espanha, até culminar com uma nova reforma na constituição austríaca em 1975, abrindo ainda mais o controle de constitucionalidade para que fosse exercido por tribunais judiciais de segunda instância¹⁰.

Outra diferença entre os sistemas que inicialmente se mostrou imperativa, diz respeito à eficácia das decisões tomadas em controle de constitucionalidade. No *judicial review of Legislation*, a Suprema Corte americana, ao reconhecer inconstitucional uma norma, o faz por meio de sentença declaratória, ou seja, reconhece com nula a lei desde a sua criação, de modo que os efeitos de sua decisão retroagem, são *ex tunc*.

Já no sistema da *Verfassungsgerichtsbarkeit*, a decisão de inconstitucionalidade da norma possui caráter constitutivo, produzindo efeitos apenas para o futuro, em consagração à segurança jurídica e à presunção de legalidade da lei vigente.

Porém, como anota Ricardo Lobo Torres¹¹, essa delimitação estreita também não mais persiste no direito norte-americano, o qual já reconhece a prevalência de situações operadas na vigência da lei declarada inconstitucional, notadamente a força da coisa julgada. Confira-se:

No sistema americano da *judicial review*, a generalização do precedente judicial se dá pelo princípio do *stare decisis* e a declaração de inconstitucionalidade operava *ex tunc*, conforme defendia a doutrina mais antiga.

Mas esse sistema de eficácia declarativa ou *ex tunc* sofreu, com o tempo, ajustamentos e reinterpretações legais, jurisprudenciais e doutrinárias. De modo que hoje já não é lícito dizer que, tanto nos Estados Unidos, onde se afirmou originariamente, como nos outros países para os quais emigrou, o juízo de inconstitucionalidade volta ao passado em qualquer circunstância.

Cappelletti, em erudito estudo de direito comparado sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, anota que a Corte americana, sob o estímulo crítico do realismo jurídico e interpretando a Constituição como um

¹⁰ Op. Cit. p. 68

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Consequencialismo e a Modulação de Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Direito Tributário Atual nº 24. São Paulo: Dialética, 2010. p. 443.

living document prefere, em matéria civil e administrativa, respeitar certos ‘efeitos consolidados’ (dentre os quais emerge particularmente a autoridade da coisa julgada), produzidos sob a lei declarada contrária à Constituição; e tudo isso em consideração ao fato de que, se assim não fosse, haveria grave repercussão sobre a paz social, que exige um mínimo de certeza e estabilidade nas relações e situações jurídicas.

Ricardo Lobo Torres¹² também destaca a mudança trazida pela reforma constitucional austríaca, que mitigou a eficácia apenas ex nunc da decisão:

O sistema austríaco, reformado em 1929, mitigou a regulamentação de 1920, com reconhecer a possibilidade de aplicar retroativamente a decisão que declara a inconstitucionalidade ao caso concreto que a motivou em via de exceção. E o próprio Kelsen introduziu algumas modificações em sua doutrina, para admitir a invalidade da lei ab initio, por defeitos relacionados com a sua formação, que não seria uma declaração de nulidade (*Nichtigkeitserklärung*), mas uma anulação com eficácia retroativa (*rückwirkende Vernichtung*).

Já na Alemanha, em que pese a estrutura de controle constitucional possuir forte influência austríaca, o Tribunal Constitucional Federal, quando reconhece a inconstitucionalidade da norma, o faz também de forma declaratória, anulando seus efeitos desde a sua criação, em consonância com a tese da nulidade do direito norte-americano, em um exemplo bem sucedido de convergência entre os dois sistemas de controle (sistema misto de controle).

Novamente cumpre trazer à baila a lição de Ricardo Lobo Torres¹³:

A Alemanha Federal adota o sistema americano de eficácia ex tunc, com a diferença de que a decisão vale erga omnes por dispositivo expresso da própria constituição. A competência do Judiciário é para declarar nulo (*für nichtig erklären*) o direito federal (*Bundesrecht*) ou estadual (*Landesrecht*) no que colidirem com a Constituição. O controle das normas inconstitucionais pode ser abstrato (*abstrakte Normenkontrolle*) e concreto (*konkrete Normenkontrolle*).

O sistema alemão também solucionou o entrave encontrado no modelo kelseniano, ao instituir a figura do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e permitir a qualquer cidadão o direito de pleitear o controle de constitucionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional, após esgotar as outras instâncias ordinárias.

¹² Op. Cit. p. 446.

¹³ Op. Cit. p. 447.

E, como veremos adiante, essa convergência de sistemas influenciou sobremaneira a forma de controle de constitucionalidade no Brasil, notadamente o modelo alemão.

I.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como asseverado, o controle de constitucionalidade se demonstra como um dos mais influentes institutos do direito constitucional atualmente. Especificamente no caso brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1891, com clara influência do modelo americano, foram inseridos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Nesse sentido, Gilmar Mendes exalta as pertinentes palavras de Rui Barbosa:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2^a, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.

Não se diz aí que os tribunais, sentenciarão sobre a validade, ou invalidade das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que ‘Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal’ (art. 60, a); como ainda que ‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado foi contrária (art. 59, §1º, a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.¹⁴

A vigência do controle jurisdicional de constitucionalidade sob a égide da Constituição Federal de 1891 fica ainda mais sedimentada a partir da edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ao dispor, em seu artigo 13, §10, o seguinte:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Cumprе ressaltar, que na Constituição Federal de 1891 já se reconhecia a competência para o Poder Judiciário declarar a nulidade de lei considerada inconstitucional. Isso porque, não é de competência do Poder Judiciário anular os atos praticados pelo Poder Legislativo, mas sim declarar a sua nulidade. Por este motivo, a exemplo da prática americana, a decisão que declara a nulidade, por inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo tem efeitos retroativos.

Assim ensina Rui Barbosa:

(...) uma coisa é declarar a nullidade. Outra, annullar. Declarar a nulidade, isso fazem os tribunaes, legitimamente, a respeito de leis ordinarias, quando inconciliaveis com a lei fundamental. Em taes casos declarar nulla uma lei é simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, lei primaria e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hypothese nenhuma, como conclusão da sentença e objecto do julgado. Se o fizessem, se o dispositivo da sentença pudesse consistir na annullação formal da lei, o acto do juiz então rescindiria, cassaria, revogaria o acto do legislador. (...) Cancelar, abrogar, rescindir, cassar, destruir uma lei, é, rigorosamente, legislar. As leis, logo, não se annullam, technicamente, senão por outras leis.¹⁵

Graças à grande influencia do controle de constitucionalidade instituído pelos Estados Unidos no ordenamento constitucional de 1891, o controle de constitucionalidade só

¹⁴ Kelsen, Hans *apud* Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso Avançado de Direito Constitucional*. Brasília. 2009. Disponível em < <http://www.idponline.com.br/Default.aspx> > Acesso em: 11.11.2013 p.21

¹⁵ BARBOSA, Rui *apud* OLIVEIRA, Aline Lima de, *A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>. Acesso em 07.01.2014

se operava de modo incidental, ou seja, apenas a partir de questionamento de constitucionalidade de lei no caso concreto.

Nas palavras de ALINE LIMA DE OLIVEIRA¹⁶:

Tem-se, pois, que qualquer juiz ou tribunal podia analisar a questão constitucional quando trazida aos autos pelas partes, devendo afastar a aplicação da lei contrária à Constituição. Não se tratava, em realidade, de competência para declarar nula a lei, mas apenas para afastá-la a fim de solucionar o caso concreto. Como diz Bonavides, “a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental”¹⁰. Aliás, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a Justiça Federal, deixava isso claro ao estabelecer no § 10 do art. 13 que: ‘os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição’.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1934 alterou significativamente o mecanismo de controle de constitucionalidade jurisdicional vigente no Brasil. Sob a premissa de se evitar a insegurança jurídica diante da flutuação dos entendimentos dos tribunais, determinou-se que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser realizada mediante a anuência da maioria dos membros do tribunal (art. 179).

Ademais, no inciso IV de seu artigo 91, a Constituição Federal de 1934 dispôs que o Senado Federal teria a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, através da chamada “reserva do Plenário”. Portanto, a Constituição Federal de 1934 procura mitigar o mecanismo americano de controle de constitucionalidade, emprestando, ainda que com anuência do Senado Federal, efeitos erga omnes à decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato.

Isso porque, conforme apontado no capítulo anterior, o mecanismo americano de controle jurisdicional de constitucionalidade peca no sentido de atribuir efeitos apenas inter partes à decisão de declara a inconstitucionalidade da lei ou ato. É dizer, alheio ao conflito de interesses em que é reconhecida a inconstitucionalidade de lei ou ato não irá aproveitar

¹⁶ OLIVEIRA, Aline Lima de, *A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>. Acesso em 07.01.2014

daquela decisão, devendo levar ao poder judiciário seu próprio conflito de interesses para que seja reconhecida a inconstitucionalidade em seu caso concreto.

Referido mecanismo, ainda que se trate de procedimento legítimo para limitar o poder do Estado, tem grande potencial de causar insegurança jurídica, na medida da flutuação do entendimento de cada magistrado (ressalvado o princípio do *stare decisis* e seus *binding effects* horizontal e vertical).

A Constituição Federal de 1937, por outro lado, representou um retrocesso na consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade no Direito Brasileiro. De se salientar que, nesta época, o Brasil atravessava a ditadura de Getúlio Vargas, de modo que o cenário político certamente influenciou a adoção do novo mecanismo. Confirmam-se as lições de Gilmar Mendes¹⁷ sobre o período:

A Carta de 1937 traduz inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando-se, inclusive, a exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, 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, poderia ao Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Apesar de representar um retrocesso no processo de evolução do controle de constitucionalidade, o mecanismo adotado pela Constituição Federal de 1937 possuiria alguns admiradores. Por exemplo, Cândido Motta Filho salientava que

A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despidido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua *Teoría de La política*, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, que distribui poderes e competências fundamentais.¹⁸

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso Avançado de Direito Constitucional*.. Brasília. 2009. Disponível em <<http://www.idponline.com.br/Default.aspx>> Acesso em: 11.11.2013 p.23

¹⁸ MOTTA FILHO, Cândido. *A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. RF n. 86.

Com o final da “Era Vargas”, foi editada a Constituição Federal de 1946 pela qual foi retomado controle jurisdicional de constitucionalidade nos moldes daquele existente na Constituição Federal de 1891. Além disso, a Constituição Federal de 1946 disciplinou a apreciação dos recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal em seu artigo 101, III. Confira-se a redação do dispositivo constitucional:

Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou ato;
- d) quando da decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada foi diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Ademais, foi incorporada nova sistemática ação de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, foi atribuída ao Procurador Geral da República a competência para questionamento da constitucionalidade de ato que violaria os princípios da forma de Estado (republicana federativa), a independência e harmonia entre os poderes, a temporariedade das funções eletivas, a proibição da reeleição de prefeitos e governadores, a autonomia municipal, a prestação de contas da administração e as garantias do Poder Judiciário.

Ainda sob a égide da Constituição Federal de 1946, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle jurisdicional de constitucionalidade tomou novos contornos. Como bem salienta Gilmar Mendes¹⁹:

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de ‘árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade’. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes, ao enfatizar que ‘atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso Avançado de Direito Constitucional*.. Brasília. 2009. Disponível em <<http://www.idponline.com.br/Default.aspx> > Acesso em: 11.11.2013 p.25

próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado’.

A Constituição Federal de 1967, por sua vez, não inovou o mecanismo de proteção à constituição, mantendo-se a sistemática já consagrada pela Constituição Federal de 1946.

O mesmo não pode ser dito da Constituição Federal de 1988, que ampliou de forma significativa o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Confira-se as lições de Gilmar Mendes²⁰ sobre a novel carta republicana:

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, a, b e c). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.

Além de ampliar o rol de ações diretas visando ao controle da constitucionalidade das leis, pela primeira vez, a Constituição Federal Brasileira experimenta as declarações de inconstitucionalidade por omissão. São instituídas, dentre outras, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Mandado de Injunção. Além disso, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade difuso, a partir da Emenda Constitucional nº 45, foi instituído o requisito da Repercussão Geral, para admissão de recurso extraordinário.

É dizer, agora o discussão da inconstitucionalidade de lei não deve dizer respeito apenas às partes envolvidas no caso concreto, mas deve ser demonstrado o efeito da decisão em toda sociedade.

²⁰ Ibidem. p.30.

II - MODULAÇÃO DE EFEITOS

II.1 – ORIGEM

Conforme destacado, o modelo atual de controle de constitucionalidade brasileiro foi fortemente influenciado pelo modelo alemão, notadamente quanto às formas de controle, às pessoas legitimadas para propô-las, bem como à extensão de seus efeitos.

Antes disso, no entanto, como destaca Salgado²¹, a própria constituição austríaca, em seu art. 140.3, previa um prazo (inicialmente de seis meses e, após, de um ano), para que a declaração de inconstitucionalidade passasse a produzir efeitos, em verdadeira modulação temporal dos efeitos da decisão. Confira-se:

A este respecto, conviene recordar que já El mismo Kelsen, a fim de evitar lós inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir lós efectos de la anulación hasta la expiración de um determinado plazo contabilizado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. Em coherencia com este planteamiento, el art. 140.3 de la Constitución austríaca habilita al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de lós efectos de la sentencia de anulación

Em outros países igualmente influentes, a relativização da eficácia *ex tunc* das decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis também ganhou destaque na segunda metade do século XX.

Nesse sendo, Ricardo Lobo Torres²², abordando o judicial review of Legislation americano afirma que:

A questão da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade tem sido profundamente discutida nos últimos anos, mais exatamente a partir da década de 1980, assim pelos tribunais que pela doutrina dos Estados Unidos. O argumento consequencialista torna-se o motor das novas modificações no controle judicial da constitucionalidade. (...)

²¹ Op. Cit. p. 74/75

²² TORRES, Ricardo Lobo. *O Consequencialismo e a Modulação de Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal. Direito Tributário Atual*. nº 24. São Paulo: Dialética, 2010. p. 443/445.

A doutrina americana tem procurado aprofundar o estudo da eficácia no tempo dos julgados sobre a inconstitucionalidade. (...)

A doutrina americana vinha se manifestando no sentido de que a decisão judicial que trouxesse novidade não deveria ter eficácia retro-operante. Em primeiro lugar, porque não seria equitativo que a decisão inesperada, que introduziu direito novo, anulasse relações pretéritas livremente estabelecidas sob a égide da legislação que não se encontrava sob a suspeita de ilegitimidade constitucional. Depois, porque o objetivo da eficácia retroativa é proteger o cidadão contra a reiteração de práticas inconstitucionais, o que não ocorreria no caso de 'new law'. Terceiro, porque a decisão judicial, por inesperada, implica sobrecarga para o Tesouro Público, inclusive por falta de previsão orçamentária.

Porém, certo é que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, inclusive no que diz respeito à modulação de efeitos, seguiu o modelo adotado na Alemanha²³.

Em notável obra sobre a modulação de efeitos no Brasil, em comparação com o de outros países, Aline Lima de Oliveira²⁴ discorre sobre os efeitos da declaração na Alemanha:

Em que pese o Direito alemão, ao construir um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, tenha se inspirado no modelo kenesiano, no que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a inspiração foi outra. Diferentemente do modelo austríaco e, aproximando-se da técnica norte-americana, o Direito alemão adotou como regra a fórmula da declaração de nulidade absoluta da lei inconstitucional. Originalmente, quando o Tribunal Constitucional Federal se convencia de que uma norma violava a Constituição, declarava a sua nulidade, com eficácia ex tunc. Embora não houvesse nenhuma norma expressa no sentido de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei seriam retroativos, a jurisprudência alemã se utilizou dessa fórmula, inicialmente, como única solução para fazer valer a supremacia da Constituição. Em decisão de 23/10/1951, ficou assentado que “se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da Grundgesetz é nula por causa de sua incompatibilidade com a Grundgesetz, tal lei não tem, desde o início (ex tunc), eficácia jurídica” (BVERFGE 1, 14 – Südweststaat).

Essa orientação, no entanto, foi sendo atenuada na medida em que o Tribunal Constitucional Federal, na condição de intérprete da Constituição,

²³ Em que pese exposição de motivos da Lei nº 9.868/99 trazer diversos exemplos dos modelos de controle em países como Portugal e Espanha, para nós, fica clara a predominância da influência germânica, até mesmo quantitativamente nos exemplos referidos. A exposição de motivos, bem como o projeto na sua íntegra, podem ser conferidos no endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=82F61466CBF3A7FA275F48A20FB6B68A.node1?codteor=1130464&filename=Avulso+-PL+2960/1997>. Acesso em 07.01.2014.

²⁴ OLIVEIRA, Aline Lima de, *A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>. Acesso em 07.01.2014

passou a adotar outras variantes de decisão, além da declaração absoluta de nulidade da lei inconstitucional e da interpretação conforme a Constituição, que desde o início da sua jurisdição já utilizava. Verificou-se, assim, o desenvolvimento de alternativas para a efetiva aplicação da Lei Fundamental, quais sejam: a declaração parcial de nulidade sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e o apelo ao legislador nos casos de lei “ainda” constitucional (ou seja, em processo de inconstitucionalização), inadimplemento de dever constitucional de legislar ou falta de evidência da ofensa à Constituição.

O § 78, 1º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional dispõe que “caso o Tribunal Federal constitucional forme a convicção que o direito federal é incompatível com a Lei fundamental ou que o direito estadual conflita com a Lei Fundamental ou outro direito federal, deve declarar a sua nulidade”. Essa é a fórmula tradicional, que assenta na nulidade uma consequência lógica da inconstitucionalidade. O 2º período do referido parágrafo, por sua vez, trata da extensão da declaração de nulidade, a qual poderá incidir sobre outros dispositivos da mesma lei (não impugnados) caso o Tribunal os considere inconstitucionais pelos mesmos fundamentos.

Em que pese a nulidade absoluta da lei inconstitucional continue sendo dominante na tradição alemã, os efeitos ex tunc dessa decisão têm pouca relevância prática posto que a proteção da coisa julgada, estabelecida pelo § 79 da Lei do Tribunal Constitucional como limite aos efeitos retroativos, implica na intocabilidade das sentenças transitadas em julgado mesmo quando tiver fundamento em norma declarada nula, com exceção das sentenças penais, as quais poderão ser revistas inclusive quando a decisão da Corte Constitucional for declaratória da mera incompatibilidade com a Lei Fundamental.

O modelo alemão, além de influenciar nas ações diretas adotadas pela Constituição de 1988, também foi amplamente adotado para a edição das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, principalmente pela influência do então Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Gilmar Ferreira Mendes (elaborador do projeto de lei que viria a se tornar a Lei nº 9.868/99), que logo após veio a se tornar Advogado-Geral da União e, finalmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

De fato, em razão da intensa dedicação ao estudo do sistema alemão de controle de constitucionalidade do Ministro Gilmar Mendes (mestre e doutor pela *Universität Münster*), a germanização do nosso sistema de controle é evidente.

II.2 – MODULAÇÃO DE EFEITOS NO BRASIL – A LEI Nº 9.868/99

Foi, portanto, influenciada pelo sistema alemão que a Lei nº 9.868/99²⁵ trouxe o tão contestado art. 27, o qual prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por 2/3 de seu pleno, restringir a eficácia temporal das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei. Confira-se a dicção do referido dispositivo:

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.

De se destacar que duas tentativas anteriores de introduzir a modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal já haviam fracassado. A primeira, já na Constituinte de 1988, veio por projeto apresentado pelo Senador Maurício Corrêa, e tinha o seguinte teor: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória” (art. 127, 2º).

A segunda, de lavra do então Deputado Nelson Jobim, durante a Revisão Constitucional de 1994, sugeria o acréscimo de um parágrafo ao art. 103 da CF, no seguinte sentido: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão”.

Ambas as propostas foram rejeitadas, e a previsão positiva da possibilidade de modulação de efeitos só veio com a Lei nº 9.868/99, não sem a forte oposição de parcela do legislativo.

Com efeito, ao se consultar o “site” da Câmara dos Deputados, é possível verificar que o referido art. 27 causou discussões (e resistência) ainda no Poder Legislativo, tendo sido defendido que “a subjetividade dos julgadores pode decidir que para alguns efeitos a lei ou ato

²⁵ Além da previsão no art. 27 da Lei nº 9868/99, posteriormente, o legislador repetiu seus termos no art. 11 da Lei nº 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

normativo é inválido, e para outros, não, pois é isso que significa restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade”²⁶.

Em sentido oposto, a exposição de motivos²⁷ da referida lei traz o seguinte fundamento para o art. 27:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Portanto, o objetivo do art. 27, ao menos originariamente, era de evitar o surgimento de lacuna na legislação decorrente da declaração de inconstitucionalidade, como poderia ocorrer no clássico exemplo utilizado pela doutrina sempre que se fala em modulação de efeitos, qual seja, a hipótese do STF vir a declarar inconstitucional a lei do salário mínimo, situação na qual a inexistência de lei que regule o salário mínimo (lacuna) constituir-se-ia em uma ofensa superior àquela causada pela lei inconstitucional.

Nada obstante tenha vindo ao plano de normatização positiva apenas pela referida Lei nº 9.868/99, importa destacar que a fixação prospectiva de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em nosso sentir, independe de previsão em lei.

De fato, o pressuposto da declaração de inconstitucionalidade de uma norma reside no princípio da supremacia da constituição. No entanto, assim como todos os demais, esse princípio (da supremacia) não é absoluto ou ilimitado, mas possui fronteiras definidas pelos

²⁶ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20NOV1998.pdf#page=76>. Acesso em 07/01/2014.

²⁷ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=82F61466CBF3A7FA275F48A20FB6B68A.node1?codteor=1130464&filename=Avulso+-PL+2960/1997. Acesso em 07/01/2014.

demais princípios constitucionais, como por exemplo, o da segurança jurídica, do interesse social e da dignidade da pessoa humana.

Assim, independentemente da existência do art. 27 da Lei nº 9.868/99, o julgador, ao se deparar com uma situação em que um princípio constitucional (como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo) se sobreponha ao da supremacia da constituição, deveria aplicar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Portanto, entendemos ser equivocado dizer que a Lei nº 9.868/99 trouxe a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, se houve instituição alguma, esta foi de uma limitação à modulação, uma vez que agora ela está restrita a prevalência de segurança jurídica e excepcional interesse social (e não de quaisquer princípios preponderantes). Esse seria, talvez, um dos motivos para declarar inconstitucional o referido art. 27, contudo, esta análise está fora do campo do presente estudo.

Independentemente da constitucionalidade ou não do art. 27, certo é que a previsão encontra-se vigente e amplamente defendida e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que se faz mister analisar a sua aplicação.

II.2.1 – REQUISITOS PARA A SUA APLICAÇÃO

Logo de início, é possível perceber no art. 27 dois requisitos mínimos para a modulação de efeitos. O primeiro, de natureza formal, consistente na necessidade de aprovação da modulação por maioria qualificada de dois terços dos seus componentes.

Há também um requisito de natureza material, traduzido na necessidade de se entender haver motivo de (I) segurança jurídica ou (II) excepcional interesse social que justifiquem a sua aplicação.

Aline Lima de Oliveira²⁸ ainda destaca outros requisitos de observância necessária para a aplicação da modulação de efeitos, quais sejam, a coisa julgada (hostilizada apenas via ação rescisória²⁹), a lei penal mais branda em face da legislação aplicável após a declaração de inconstitucionalidade, e ainda, a prescrição e a decadência (situação em que a autora já adentra a questão da repetição de indébito tributário, do qual trataremos apenas adiante). Confira-se:

Pode-se verificar, ainda, outras três hipóteses limitativas à manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil. A primeira a ser acrescida aos limites constantes nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 é a coisa julgada, que não deixa de ser, todavia, uma expressão do próprio princípio da segurança jurídica. Aliás, é em nome da estabilidade e da organização da Justiça que não se pode considerar automaticamente invalidada a coisa julgada ao se declarar, em sede de controle abstrato, a inconstitucionalidade da norma que lhe serviu de fundamento. Assim, há muito se entende que “a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória”. Lembre-se, aliás, que a inatingibilidade da coisa julgada, com exceção dos processos em matéria criminal, é prevista na Lei do Tribunal Constitucional alemão (art. 79, (1)).

A segunda hipótese limitativa a ser acrescida são os casos em que a norma penal declarada inconstitucional era mais branda do que a lei que vem a ser repristinada com a declaração de inconstitucionalidade, em atenção ao princípio da irretroatividade da lei penal menos benéfica, consagrado no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

A terceira, por fim, diz respeito aos institutos da prescrição e da decadência. Estes, da mesma forma que a coisa julgada, também se relacionam com o princípio da segurança jurídica, constituindo as chamadas situações juridicamente consolidadas. Sábias as considerações de Canotilho, quando se refere a tais situações:

²⁸ OLIVEIRA, Aline Lima de, *A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>. Acesso em 07.01.2014.

²⁹ Além da ação rescisória propriamente dita, gostaríamos de adicionar a hipótese prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, o qual permite atacar a execução de sentença, via embargos à execução, com fundamento em declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive com caráter rescindendo, tema este para ser abordado em trabalho específico. Por ora, consigne-se apenas a dicção do referido dispositivo processual:

“Art. 741 - Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a declaração de inconstitucionalidade, com a consequente nulidade ipso jure, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer-se que a norma viciada de inconstitucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevantes a sua subsequente declaração de inconstitucionalidade.

Esse é o caso, por exemplo, da prescrição do direito de pleitear a restituição do indébito tributário, pois a declaração de inconstitucionalidade do tributo não enseja a reabertura do prazo para se ingressar com a ação de repetição, que visa a obter a restituição ou compensação do que foi pago indevidamente. Pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – competente para a análise do termo inicial da contagem da prescrição para o ajuizamento das ações de repetição de indébito – que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso ou concentrado, em nada influencia o termo inicial da prescrição.

Para o que nos interessa nesse momento, vamos nos ater aos requisitos materiais constantes do art. 27, ou seja, a existência de motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade.

E é justamente nesse ponto que reside o principal problema da modulação de efeitos no sistema brasileiro. Por se tratarem de expressões polissêmicas, de conceitos muitíssimo abertos, não há objetividade alguma na aferição da necessidade ou não de modulação de efeitos.

É dizer, não há como se predeterminar, até que haja a deliberação do Supremo Tribunal Federal, se dada situação comporta ou não modulação de efeitos, simplesmente porque não há diretriz objetiva a ser seguida.

Heleno Taveira Torres bem expressa a abrangência do conceito de segurança jurídica³⁰:

A segurança jurídica pode assumir múltiplas qualificações na ordem jurídica como “exigência”, “princípio”, “garantia”, “fim constitucional”, e esta imprecisão revela-se na doutrina, ora referida como “exigência fundamental”, “princípio superior”, “princípio geral do direito” e outros. Repete-se que segurança jurídica é uma expressão polissêmica e pode ser concebida como “fim” do direito ou “função” do Estado. Pode vir

³⁰ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário* – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 192

considerada como um valor suprapositivo, prévio à própria ordem jurídica, ou fundamento de legitimidade (ao gosto dos jusnaturalistas); pode coincidir com o conteúdo da certeza do direito, entendida como expressão da legalidade de conceber a segurança jurídica; apresentar-se como decorrência da confiança em um procedimento lógico-racional de construção dos seus conteúdos ou integrar-se ao conteúdo do sistema jurídico. Todas essas hipóteses de designação são conhecidas.

Juha Raitio³¹, professor de direito europeu na Universidade de Helsinki, na Finlândia, compara a dificuldade (ou até impossibilidade) de se conceituar o que viria a ser “segurança jurídica” com outros princípios basilares aos ordenamentos jurídicos modernos, como a noção de democracia e de legalidade, concluindo não ser possível conceituá-los de maneira isolada:

What does legal certainty mean? This question might be as broad and difficult as the question concerning the meaning of democracy, or rule of law. The principle of legal certainty cannot be expressed by definitions alone, because it is an underlying general principal of law

Igual dificuldade se encontra na definição de “excepcional interesse social”, o segundo requisito formal para que seja possível a modulação de efeitos.

Com efeito, a expressão “interesse social” foi utilizada por vezes pela Constituição Federal de 1988, principalmente para separar os interesses dos cidadãos do interesse do Estado (em contraponto à expressão “interesse público”). Daí já ser possível excluir o simples interesse público dos requisitos para a modulação.

Ainda com relação ao “interesse social”, Ada Pellegrini Grinover³² define-o como:

(...) interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

³¹ RAITIO, Juha. Legal certainty, non-retraactivity and periods of limitation in EC Law. *apud* TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 192, nota 23.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. Revista de Processo, n. 97, janeiro-março de 2000, p. 9.

Porém, o art. 27 não exige fundamento de “interesse social” para ensejar a modulação de efeitos, mas sim de “excepcional interesse social”, ou seja, deverá ser apurado no caso concreto pelo Tribunal, que ponderará os princípios, direitos e garantias que se encontrarem em conflito na declaração de inconstitucionalidade.

Realmente, apenas com a análise de casos concretos é que se poderá firmar um entendimento do que venha a ser, para o Supremo Tribunal Federal, o excepcional interesse social, bem como a segurança jurídica que justifique a modulação de efeitos.

No entanto, não basta a existência de um desses fundamentos (excepcional interesse social ou segurança jurídica) para que se tenha a necessidade de modulação de efeitos, mas sim, que esse fundamento (princípio) tenha tamanha vultura que exija a sua sobreposição ao próprio princípio da Soberania da Constituição.

De fato, toda decisão sobre a modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade pressupõe uma ponderação, pelo julgador, de princípios conflitantes: de um lado, a soberania da constituição, ensejadora da declaração de inconstitucionalidade; e, de outro, o fundamento de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Sobre a ponderação de valores Dworkin demonstra que uma vez que há conflito entre regras no sistema, deve-se verificar qual delas é, de fato, válida e apta a regular o problema ou caso sob análise:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.³³

Já no que diz respeito ao conflito entre princípios (como na modulação), sua solução se dá de maneira diferenciada, tendo-se em vista que se algo é vedado por determinado princípio, mas consentido por outro; não há que se falar na declaração de nulidade de um ou de outro, visto que é notório que não há hierarquia entre princípios no sistema jurídico, pois estes são harmônicos entre si, e orbitam o sistema conjuntamente.

Deve-se ter em mente que, diante de determinado caso concreto, havendo a colisão de determinados princípios, existirá a necessidade de que um prevaleça em relação ao outro.

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2a Edição. 2007. São Paulo: Martins Fontes, p. 43

Haverá portanto um sopesamento dos valores expressos e consagrados por cada princípio a fim de que se torne possível a aplicação de um ou de outro em relação ao caso concreto.³⁴

Evidencia o jurista Robert Alexy, que em relação à questão sob análise, a solução do conflito de princípios diverge das regras pelo fato de que estes ocorrem no meio da validade, enquanto aqueles na dimensão do valor, razão pela qual é necessário haver uma ponderação de valores diante de princípios colidentes:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se deve dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.³⁵

Desse modo, fica evidente a imprescindibilidade de realizar a ponderação dos valores expressos por cada um dos princípios existentes no ordenamento, de modo que através disso poderá o interprete buscar a maior efetividade em sua prestação jurisdicional; sem que isso implique na invalidação do princípio cujo valor ou dimensão tenha sido considerado menor.

O conceito de ponderação ou sopesamento de valores, repousa na idéia de que um princípio poderá ceder lugar quando, em determinado caso concreto, confere-se um peso maior a outro princípio. Estando o intérprete judicial diante de um determinado caso que versa sobre diversas garantias e valores consagrados por princípios diversos, caberá a ele, a fim de buscar a melhor solução ao caso em questão, sopesar os princípios em conflito de modo a pretender uma precedência geral.³⁶

Nesse sentido ensina Robert Alexy que há uma conexão entre os princípios e a chamada “máxima da proporcionalidade”, na medida em que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”, em outras palavras, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, conceitos que derivam da teoria da máxima da proporcionalidade, decorrem da natureza dos princípios.³⁷

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* – tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 93

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 100.

Ainda sobre a questão da ponderação, cabe trazer a conceituação dada pela professora Ana Paula Barcellos, no sentido de que a ponderação “em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”.³⁸

Barroso e Ana Paula Barcellos apresentam ainda que o processo de ponderação pode ser descrito em três etapas, na qual a primeira consiste no fato de o intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos existentes; secundariamente, caberá ao intérprete examinar os fatos concretos do caso bem como sua interação com os elementos normativos; e por fim, na última etapa que irá ocorrer, de fato, a ponderação na medida em que, utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade (como bem elucidou Robert Alexy), o intérprete irá examinar a repercussão dos fatos do caso conjuntamente de forma a averiguar qual norma ou grupo de normas deverá preponderar na solução daquele caso.³⁹

Voltando à modulação de efeitos, essa técnica de ponderação de valores está muito mais estreitada pelo ordenamento positivado, pois o art. 27 da Lei nº 9.868/99 permite que apenas na colisão dos princípios de segurança jurídica e excepcional interesse social, o julgador examine a prevalência destes sobre o princípio da Supremacia da Constituição.

Portanto, para que haja a modulação de efeitos no Brasil, após a edição da Lei nº 9.868/99, ao menos dois terços dos ministros do STF devem decidir que, no choque entre segurança jurídica ou excepcional interesse social com a supremacia da Constituição, haja a prevalência daqueles em detrimento deste, de modo que surja a necessidade de se convalidar, por um determinado período, os efeitos de uma lei inconstitucional.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55

II.2.2 – MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

Após a introdução, no plano do direito positivo, da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade via ação direta (art. 27 da Lei nº 9.868/99) e na ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 11 da Lei nº 9.882/99), surgiram questionamentos sobre a possibilidade de sua aplicação também para o controle difuso.

Isso porque, a rigor, não haveria previsão em lei para essa modulação, tendo em vista que ambas as previsões legais tratam de ações de controle de constitucionalidade abstrato da norma.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal superou esses questionamentos, ao modular efeitos de decisões, com fundamento no art. 27 da Lei nº 9.868/99, em recursos interpostos perante o Tribunal no âmbito de controle difuso. É, por exemplo, o caso da modulação de efeitos sofrida pela decisão que declarou inconstitucional os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratavam de prescrição e decadência de contribuições sociais.

Esse movimento (de aplicar regras do controle concentrado para o controle difuso de constitucionalidade) recebeu a denominação de “abstrativização do controle difuso”⁴⁰, e vem aumentando nas decisões do STF nos últimos anos, do qual faz parte, inclusive, a sistemática da Repercussão Geral prevista no art. 543-A do CPC.

No caso da modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também se posicionou no sentido de serem os mesmos requisitos necessários para a sua aplicação, notadamente o quorum qualificado de 2/3 de seus membros. A exigência desse requisito, no entanto, gerou grande debate na Corte.

A questão foi debatida recentemente (início de 2013) em Questão de Ordem no RE nº 586.453, ocasião em que os Ministros, por maioria, votaram no sentido de ser necessário o quorum qualificado.

Confira-se excertos dos debates travados no referido julgamento:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há mais, Presidente, a modulação, Vossa Excelência disse muito bem, foi transportada para o processo subjetivo a partir do que se contém na regência do objetivo. O

⁴⁰ DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. Curso de Direito Processual Civil, 7ª ed., Bahia: JusPODIVM, vol. 3, p. 343

fenômeno ocorre sem a exigência do quórum de oito votos? Ou seja, estar-se-á criando a modulação, criando-a, como legisladores positivos, para admiti-la presente seis votos? (...)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Foi a primeira vez que isso ocorreu. Agora, o que se interpreta, considerado o que dispõe o artigo 27 da Lei de Ação Direta, é se a exigência da maioria qualificada de 2/3 (oito votos, portanto, no Supremo Tribunal Federal) revela-se aplicável, tão somente, aos processos de fiscalização abstrata, nos quais haja sido declarada a inconstitucionalidade de ato normativo, ou, então, se se mostra possível a utilização dessa técnica de modulação em face de processos que envolvam situações concretas. (...)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A técnica da modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tem como pressuposto legitimador a necessidade de preservar a segurança jurídica (que representa um dos subprincípios do Estado democrático de direito) ou de proteger a existência de excepcional interesse social.

Mostra-se tão importante a utilização dessa técnica de julgamento – que implica abrandamento da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais – que esta Suprema Corte já reconheceu, uma vez presentes os requisitos que a condicionam, que a modulação temporal pode ser compreendida como ‘um dever do órgão julgador’, independentemente, até mesmo, de pedido da própria parte (ADI 3.601-ED/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

Primeiramente, importante destacar o peso dado pelos ministros ao caráter excepcional da modulação de efeitos, pautada principalmente na manutenção da segurança jurídica. O fato é importante pois, se o objetivo maior para a aplicação da modulação é garantir a segurança jurídica, como esta poderia se dar com uma votação por maioria simples ou eventual do Plenário, em desrespeito ao que diz a legislação?

É nesse sentido que se desenvolveram os debates quanto ao quórum exigido, tendo prevalecido, ao final, o entendimento exposto pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que deve ser seguido o quórum estabelecido na lei, sob pena de criar-se outra situação de insegurança jurídica.

A conclusão do Ministro Marco Aurélio é, em nosso entender, precisa e, apesar de um pouco extensa, merece leitura integral. Confira-se:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, começo ressaltando que a divergência que maior descrédito provoca é a intestina, dentro do mesmo tribunal.

Durante anos e anos – e recordou a Ministra Rosa Weber –, fez-se a distinção quanto à matéria de fundo. Lembro-me de meus dias no Ministério Público do Trabalho, nos idos de 70, depois no Regional do Trabalho, e, posteriormente, no Tribunal Superior do Trabalho, aqui também tendo votado na matéria. Mas o Tribunal está evoluindo para colocar na vala comum situações, a meu ver, díspares, assentando que, em se tratando de

previdência privada, a competência é sempre e sempre da Justiça Comum. Assim percebi a visão da maioria e não sei se percebi bem.

Em segundo lugar, Presidente, quanto mais escassa a possibilidade de se reverter o quadro decisório, maior deve ser o cuidado do julgador. Não é a circunstância de não termos acima deste Tribunal um órgão para corrigir as decisões que profira que nos levará a descambar para o estabelecimento do critério de plantão.

Em terceiro lugar, esperava julgar, em processo objetivo, a harmonia, ou não, do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 – que introduziu, no cenário nacional, a modulação – com a Carta da República. Esse artigo, sob a minha óptica – e com a licença do ministro Gilmar Mendes –, acaba por afastar a higidez da Lei Maior do País, como se até então não estivesse em vigor, mas permanecido em stand by. Outro registro que faço: a interpretação é realmente ato de vontade. Mas é ato de vontade vinculado. Vinculado a quê? Ao Direito posto. O Supremo pode atuar como legislador negativo, jamais como positivo, nem mesmo em andado de injunção, porque, neste, fixam-se as condições necessárias ao exercício do direito previsto constitucionalmente e que está na dependência de regulamentação. Para demonstrar isso, basta considerar que, vindo uma lei dispondo em sentido diverso, em se tratando de relação jurídica continuada, ela afasta – e, portanto, a decisão está submetida a condição resolutiva – o que decidido.

Qual é a modulação que se tem hoje? É a definida no citado artigo 27. Ante a excepcionalidade do instituto, esse artigo 27 prevê o quórum qualificado de 2/3.

Ouvi muito e me preocupou, Presidente, que nossa decisão, nestes dois processos, repercutirá como se fosse vinculante, como se editado um verbete vinculante de súmula. Mas só podemos chegar a tanto, como previsto no 103-A da Constituição Federal, após reiteradas decisões.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Mas eu não coloquei em votação essa questão de súmula vinculante, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fora isso, Presidente, é chegar-se ao Direito que se apontou como encontrado nas ruas, o Direito alternativo.

Lembro-me de algo que ouvi certa vez, que estampa bem um exemplo do que pode resultar do denominado direito alternativo, algo que evidentemente está no âmbito do folclore: no interior, em certa localidade, ocorreu um homicídio. O velho delegado saiu investigando e chegou a uma testemunha que seria capaz de fazer um retrato falado do agente que cometera o homicídio. Pediu um perito à capital. Então o perito ouviu a testemunha, fez o retrato falado e o delegado saiu no encalço do agente. Quando o encontrou, ao lado estava um irmão gêmeo univitelino, idêntico. Para não perder a viagem, o delegado colocou os dois no xilindrô e ficou observando. Passados trinta dias, um permaneceu como era e o outro engordou dez quilos. Desceu os livros de medicina legal, de penal, processo penal, os compêndios de jurisprudência e chegou a uma conclusão: indiciou para responder pelo crime aquele que permaneceu como era e libertou o que engordara dez quilos. Qual foi a "premissa jurídica adotada?": "O que não mata engorda".

Receio muito, Presidente, o abandono do aspecto que ressaltei, do aspecto vinculante da atividade judicante. Decidimos, implementando ato de vontade, tanto que, como Juiz, aprendi desde cedo que, defrontando-me com conflito de interesse, devo eleger, para o caso concreto, a solução mais justa

para, somente após, indo à dogmática, buscar o indispensável apoio – mas sempre buscando esse indispensável apoio –, não podemos abandonar os parâmetros normativos, não podemos criar, para o processo subjetivo, regência que não existe. Ou bem estendemos a modulação tal como disciplinada na Lei nº 9.868/99 – e então há a exigência dos oito votos, do quórum qualificado – ou não estendemos.

Como sou contra o afastamento da higidez da Constituição Federal, como acredito que o cidadão brasileiro tem direito – quer seja a pessoa natural, quer se tenha reunião de cidadãos, tratando-se de uma pessoa jurídica – à jurisdição, não posso conceber sequer a modulação. Mas, como está em votação apenas saber-se o quórum, vou confessar: tenho a mais absoluta má vontade com esse instituto, que é o da modulação –, voto no sentido de entender que, a ser observada, deve ser conforme disciplinada em lei, ou seja, exigindo-se os oito votos. Não sei se a cadeira que está ao meu lado esquerdo vazia votaria!

Do trecho destacado, vale tecer algumas considerações sobre o entendimento do Ministro Marco Aurélio quanto a figura da modulação de efeitos. A primeira a ser observada, e a mais óbvia delas, é a contrariedade do Ministro com essa possibilidade, chegando o mesmo a declarar a sua mais “absoluta má vontade com esse instituto, que é o da modulação”. Esse posicionamento poderá ser observado quando da análise de casos efetuada no Capítulo III adiante.

Outro ponto a ser observado e, este, em especial, ao qual nos filiamos inteiramente, é a crítica à tendência atual do STF a deixar de lado o que a lei prevê para, baseando-se em fatores diversos (como políticos, econômicos, influências de direito comparado etc), julgar casos pensando na consequência da decisão. É dizer, o Ministro critica a “importação pela metade” da figura da modulação de efeitos para a sua aplicação ao processo subjetivo e afirma: “não podemos abandonar os parâmetros normativos, não podemos criar, para o processo subjetivo, regência que não existe. Ou bem estendemos a modulação tal como disciplinada na Lei nº 9.868/99 – e então há a exigência dos oito votos, do quórum qualificado – ou não estendemos”.

Assim, tem-se que o posicionamento (ainda que por maioria) do STF é no sentido de ser possível a modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade, aplicando-se os mesmos requisitos do controle concentrado.

Em nosso entendimento, o posicionamento atual do Supremo está correto. Isso porque, a maioria dos temas ainda chega ao STF sob a via do Recurso Extraordinário, não podendo o Tribunal se dar ao luxo de julgar ao menos duas vezes a mesma matéria (uma vez

ou mais em controle difuso e, outra mais, em controle concentrado), para só então poder aplicar a modulação de efeitos da decisão.

Inclusive, imagine-se o cenário de enxurrada de ações individuais que adviriam da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, sem que fosse possível a modulação de efeitos? Além disso, para aqueles que ajuizaram ações individuais, a declaração de inconstitucionalidade produziria efeitos *ex tunc*, enquanto, para o restante (atingido via ação direta), apenas efeitos prospectivos?

Ademais, após a instituição da sistemática da Repercussão Geral, o julgamento de um Recurso Extraordinário pode atingir todos os processos que versam sobre a mesma matéria, sobrestados nos Tribunais inferiores, de maneira muito assemelhada ao que ocorreria no julgamento em controle concentrado, de modo a não ser possível afastar a aplicação da modulação de efeitos na via do controle subjetivo.

Quanto aos requisitos para a sua aplicação, filiamo-nos completamente ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, uma coisa é aplicar um instituto definido em lei (modulação de efeitos) para uma situação diversa daquela originalmente prevista (controle difuso), mas na qual os efeitos seriam praticamente análogos, para evitar um cenário de insegurança jurídica. Outro, muito diversa, é modificar esse instituto, em verdadeiro ato positivo de legislar, criando figura nova no ordenamento.

Muito provavelmente, anteriormente à edição da Lei nº 9.868/99, o Pretório Excelso possuiria uma flexibilidade maior na aplicação dos requisitos para a modulação, tendo em vista que se tratava (até então) de uma figura apenas implícita na Constituição (como consagração do princípio da segurança jurídica). Porém, após a positivação do instituto, não pode mais o julgador modificá-lo ao seu bel prazer.

Assim, entendemos não ser possível aplicar critérios diversos àqueles previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99 para a modulação de efeitos em controle difuso.

II.3 – MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Conforme analisado no decorrer do presente trabalho, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do norte-americano, tem por base a teoria da nulidade da lei inconstitucional, de modo que não é possível conceber a sua existência dentro do ordenamento jurídico.

Assim, a previsão de modulação de efeitos da decisão que declara inconstitucional uma determinada norma é previsão excepcionalíssima, que deverá ser utilizada com muita cautela pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Nesse sentido, e na linha do que nos propusemos, cumpre analisar a sua aplicação para casos que versem sobre matéria tributária, notadamente quanto à criação ou majoração de tributos.

Para tanto, fundamental lembrar o conceito de tributo, como sendo obrigação ex lege, decorrente do poder de *imperium* do Estado, consagrado no art. 3º do Código Tributário Nacional nos seguintes termos:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Renato Lopes Becho⁴¹ destaca que, em que pese não ser função da lei estabelecer conceitos, o conceito de tributo trazido pelo supratranscrito art. 3º foi em grande parte adotado e repetido pela doutrina.

É voz corrente na dogmática jurídico-tributária nacional (v.g. ATALIBA, 1996, p. 31) que o legislador agiu mal ao elaborar a definição de tributo. Não pelo seu conteúdo, que apesar de imperfeito (como, de resto, todas as obras humanas) é muito razoável. O legislador deveria, apenas e simplesmente, compor comandos normativos, deixando para a doutrina as definições.

Entretanto, a existência de uma definição legal – e razoavelmente construída – fez com que nossa dogmática laborasse muito ligada ao definido pelo legislador, ajustando aqui e ali uma redundância terminológica. Essa foi a opção, por exemplo, de Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 374 e s.).

⁴¹ BECHO, Renato Lopes. Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

De nossa parte, apresentamos o tributo como o objeto da relação jurídica de direito público interno, criado por lei, de natureza pecuniária, compulsória e decorrente de fatos jurídicos lícitos.

Para Ricardo Lobo Torres⁴², o conceito de tributo trazido pelo CTN foi constitucionalizado pela CF/88 (e, anteriormente, pela CF/67/69). Entretanto, para o Autor, o conceito do art. 3º do CTN é insuficiente, posto que o faz apenas pelo gênero próximo, sem as diferenciais características, que devem ser buscadas na própria Constituição, de modo a estabelecer que o tributo, além de “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” é também:

(...) um dever fundamental, ao lado dos deveres militares e do serviço do júri; limita-se pelos direitos fundamentais, através das imunidades e das proibições de tratamento desigual previstas no art. 150, posto que nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade; obedece aos princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º) ou do custo-benefício (art. 145, II e III) – aquele informa principalmente os impostos e este, as taxas e as contribuições de melhoria – sendo-lhe a rigor estranhos os princípios como os da solidariedade social ou econômica; destina-se a suportar os gastos essenciais do Estado ou as despesas relacionadas com as atividades específicas do Estado de Direito, vedado o seu emprego para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações ou fundos (art. 167, VIII, CF) e excluída do seu conceito a finalidade puramente extrafiscal; emana do poder específico de legislar sobre tributo no marco do poder distribuído pela Constituição (arts. 145, 148, 149, 150, I e § 6º, 153, 154, 155 e 156), inconfundível com o poder genérico de legislar (art. 5º, II e 48).

De qualquer forma, o ponto relevante a se extrair do conceito de tributo é a sua inafastável natureza de obrigação decorrente de lei, pressuposto fundamental de sua existência.

Ademais, cumpre destacar que a tributação é exceção ao direito fundamental de propriedade⁴³, de forma que a sua instituição ou majoração deve seguir estritamente os contornos postos pela Lei Maior. É por isso que, em direito tributário, a Constituição previu

⁴² TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional financeiro e tributário, vol. IV – Os tributos na Constituição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 40/41)

⁴³ O direito à propriedade está previsto no caput do art. 5º da Constituição:

“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:”

tantos princípios de limitação à competência tributária, como o da estrita legalidade tributária (art. 150, I) e da vedação ao confisco (art. 150, IV).

Sendo tributo obrigação ex lege, representativa do poder de *imperium* do Estado, que invade o patrimônio do particular, cumpre indagar se é possível conceber uma hipótese de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social” que justifiquem a manutenção de um tributo inconstitucional.

E, para nós, a resposta é negativa, sob pena de afronta à própria natureza do Estado de Direito. Nesse sentido, Andrei Pitten Velloso⁴⁴ destaca:

A atribuição de efeitos *ex tunc* às declarações de inconstitucionalidade de leis impositivas é exigida não só pelo postulado da supremacia da Constituição, mas também por uma nota conceitual, intrínseca à noção de tributo. Referimo-nos ao caráter ex lege dos tributos (...). Tributos são emanados do poder de império estatal, impondo-se inexoravelmente aos contribuintes que, ao realizarem os fatos jurídicos, veem-se envolvidos em relações jurídico-obrigacionais para cujo nascimento não assentiram. (...) É inconcebível sustentar que o exercício inconstitucional do poder de império estatal possa originar obrigações heterônomas válidas, sujeitando os cidadãos-contribuintes ao pagamento de exação que, além de não contarem com a sua aquiescência, vilipendiam os ditames da Lei Maior. Por tais razões, não se afigura possível validar obrigações heterônomas mediante a exclusão dos efeitos retrooperantes inerentes à pronúncia de inconstitucionalidade: fazê-lo significaria afirmar que o Poder Público pode apropriar-se da propriedade dos cidadãos sem contar nem mesmo com o consentimento popular, que, num Estado de Direito, há de ser expresso mediante edição de lei harmônica com os ditames constitucionais.

Com efeito, dentro da possibilidade aberta pela Lei nº 9.868/99, ou seja, ao se considerar apenas fundamentos de “segurança jurídica” e de “excepcional interesse social”, não vislumbramos possibilidade de se modular efeitos em matéria de instituição ou majoração de tributos.

Isso porque, como já exposto, a modulação de efeitos leva em consideração, necessariamente, uma ponderação de valores. Essa ponderação envolve, de um lado, a soberania da Constituição Federal e, de outro, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, únicos argumentos possíveis após a edição da Lei nº 9.868/99.

E, ademais, como resultado desse choque de princípios, deve sobressair a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, para que se possa aplicar a modulação.

44 VELLOSO, Andrei Pitten. *A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária*. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 157, 2008, p. 11.

Contudo, não vislumbramos qualquer possibilidade dessa prevalência em matéria de majoração ou instituição de tributos inconstitucionais.

Importante ressaltar que, nos termos como editada, a Lei nº 9.868/99 não permite que o Supremo Tribunal Federal se utilize de argumentos meramente consequentialistas para modular efeitos da decisão que declara inconstitucional determinada lei. Ao revés disso, a decisão pela modulação exige fundamentação específica quanto à ocorrência de ao menos uma das duas hipóteses previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Para ser bastante direto: argumentos como os de “quebra de Erário”, “rombo orçamentário” e “esgotamento das reservas públicas” não se enquadram nas hipóteses de “segurança jurídica” e de “excepcional interesse social”, mas sim representam argumentos meramente consequentialistas e devem ser prontamente rejeitadas pelo Pretório Excelso.

Ricardo Lobo Torres⁴⁵ já destacava:

O argumentum ad consequentiam, se exacerbado, leva à falácia, como acontece no exagero na alegação de risco de esgotamento de recursos públicos para o atendimento de condenações judiciais.

Helena Taveira Torres⁴⁶ também é enfático ao analisar a possibilidade de modulação de efeitos trazida pela Lei nº 9.868/99, à luz de argumentos consequentialistas, para concluir pelo seu descabimento em matéria tributária.

O consequentialismo não se confunde com a modulação ou efeitos prospectivos nas declarações de inconstitucionalidade. A decisão pode até ser modulada e isso integrar o propósito consequentialista, mas não é uma condição necessária. (...)

A doutrina nacional, na esteira de terminologia usual no Common Law, passou então a falar em ‘consequentialismo jurídico’, para designar a possibilidade de acomodação do julgamento de certa matéria com o exame das questões materiais e repercussões concretas, com vistas a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em matéria tributária, porém, prevalece a certeza jurídica, e todo o plexo de normas volta-se para garantir, a partir de um estado de normalidade, a estabilidade do ordenamento e a confiança legítima dos contribuintes. Por conseguinte, não há oportunidade, no modelo de Sistema Constitucional Tributário brasileiro, para argumentos consequentialistas, à semelhança de ‘quebra de erário’, ‘dificuldades de caixa’ ou ‘crises econômicas’ como pretexto para descumprir a Constituição.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O Consequentialismo e a Modulação de Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Direito Tributário Atual nº 24. São Paulo: Dialética, 2010. p. 441.

⁴⁶ Op. Cit. p. 364/365

No caso do sistema constitucional tributário, a certeza vê-se atendida pela legalidade e suas variantes formais e materiais, como, no Direito Tributário, tem-se, na definição das espécies de tributos e discriminação material de competências, proibição de analogia, reserva de lei complementar, exigência de legalidade formal para instituir ou aumentar tributos e determinação dos critérios para efetividade material dos direitos e garantias fundamentais em matéria tributária.

No Estado Democrático de Direito, os núcleos funcionais da segurança jurídica operam mediante as funções de certeza, confiabilidade e estabilidade sistêmicas. Para tanto, a normalidade será sempre o pressuposto fundamental desse ‘estado de segurança’ ou do ‘estado de confiança’. (...)

Conforme se observa, tendo em vista as peculiaridades do sistema tributário brasileiro, o Autor rechaça a possibilidade de modulação em matéria tributária, nos termos como hoje prevista na Lei nº 9.868/99, e conclui dizendo⁴⁷:

A autorização do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração deve cingir-se igualmente aos pressupostos de fundamentação, quais sejam, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Portanto, nenhuma liberdade ‘ponderadora’ pode ser extraída dessa demarcação material, ao menos *a priori*. Aceitar atuações do Tribunal por motivações alheias a esses pressupostos, ao menos em matéria tributária, levaria suas decisões ao risco do ‘justicialismo’ ou do ‘fiscalismo’, a pretexto de ‘ativismo judicial’, com pesada dose de subjetivismo.

Ademais, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento em “segurança jurídica” é ainda mais incabível em matéria tributária. Isso porque, a necessidade de restrição temporal de uma decisão só pode ser justificada pela ausência de regramento específico nesse sentido. É dizer, para situações em que a limitação temporal aos direitos e obrigações já estejam definidas em lei, torna-se desnecessário qualquer limitação adicional.

E, nesse sentido, o direito tributário talvez seja a área com maior delimitação temporal de direitos e obrigações. De fato, regras de prescrição e decadência se encontram em farta quantidade no Código Tributário Nacional e em leis esparsas.

Também quanto à questão da repetição de indébito – “relevante fundamento” apresentado pelas Procuradorias para justificar a modulação em matéria de obrigações fiscais – se encontra perfeitamente regulada pelo CTN, o qual prevê o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados a partir do pagamento tido por indevido, para que o contribuinte busque reaver os valores pagos indevidamente (CTN, art. 168).

⁴⁷ Op. Cit. p. 366.

Portanto, em nosso sentir, especificamente quanto a leis que instituem ou majoram tributos, não é possível a modulação de efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade. Não há interesse social maior do que impedir a tirania de um Estado que abusa do poder de império. O maior interesse social é que o Estado haja conforme as regras constitucionais, administre devidamente os recursos legalmente arrecadados etc.

E o Supremo Tribunal Federal, ao menos até o momento, também não parece propenso a aceitar a modulação em matéria de instituição ou majoração de tributos, conforme passamos a demonstrar.

III – ESTUDO DE CASOS

Com efeito, após discorrermos sobre a importância do respeito à Constituição, as formas de controle de constitucionalidade pelo mundo e também no Brasil e, mais especificamente, quanto à questão da modulação de efeitos das decisões proferidas nesse controle, em matéria tributária, cumpre agora analisarmos casos em que o STF declarou a inconstitucionalidade de determinada norma em matéria tributária e, diante da possibilidade de modulação, resolveu por aplicá-la ou não ao caso concreto.

Para tanto, restringimos nosso campo de análise às ações (e recursos) de controle de constitucionalidade que versaram sobre a criação e/ou majoração de tributos, julgadas constitucionais ou inconstitucionais.

De se destacar que, nos termos já expostos, por ser figura intrínseca ao controle de constitucionalidade, a modulação de efeitos, em nosso sentir, independia de lei para a sua existência, de modo que as decisões analisadas foram proferidas antes e depois da edição da Lei nº 9.868/99, bem como em controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Por isso, não houve um corte temporal específico e, assim, os casos analisados datam da década de 1990 até os dias atuais.

Após essa primeira análise dos casos de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis que instituíram ou majoraram tributos, e, diante da constatação de que o STF não tem por costume modular os efeitos dessas decisões (acertadamente, em nosso sentir), voltamos nossa análise para o Recurso Extraordinário nº 556.664, muitas vezes apontado como precedente favorável à modulação em matéria tributária.

Porém, conforme demonstraremos, o referido Recurso Extraordinário nº 556.664 não se constitui em precedente hábil a justificar a modulação em matéria de instituição ou majoração de tributos, em que pese versar sobre questões que poderiam facilmente ser aplicadas a elas.

A fim de melhor organizar o estudo, confira-se abaixo os precedentes que foram analisados no presente estudo.

(a) Decisões que declararam inconstitucionais leis que instituíram ou majoraram tributos:

- RE nº 121.336 (Empréstimo Compulsório sobre Veículos e Combustíveis);
- RE nº 150.764 (Majoração alíquotas FINSOCIAL);
- RE nº 153.771-0 (Alíquotas Progressivas do IPTU/BH);
- ADI nº 1102/DF (Contribuição Social sobre “empresários” e “avulsos”)
- RE nº 203.075/DF (ICMS-importação – Pessoa Física);
- RE nº 357.950-9/RS, RE nº 390.840-5/MG, RE nº 358.273-9/RS e RE nº 346.084-6/PR (Alargamento da Base de Cálculo do PIS e da COFINS/Conceito de Faturamento Lei nº 9.718/98); e
- RE nº 363.852 (FUNRURAL 2010).

(b) Decisões que declararam constitucionais leis que instituíram ou majoraram tributos:

- RE nº 150.755-1 (FINSOCIAL Prestadores de serviço);
- RE nº 353.657/PR e RE nº 370.682/SC (Vedação crédito IPI alíquota zero); e
- RE nº 377.457-3/PR e RE nº 381.194/MG (COFINS Sociedades Profissionais).

III.1 – DECISÕES QUE DECLARARAM INCONSTITUCIONAIS LEIS QUE INSTITUÍRAM OU MAJORARAM TRIBUTOS

RE 121336/CE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento em 11/10/1990

O primeiro caso analisado, de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, tratava da inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288/86, instituído sobre a compra de automóveis e combustíveis.

A grande questão combatida pelos contribuintes dizia respeito à forma de restituição desse tributo que, nos termos do referido Decreto-Lei, deveria ser feito não em moeda, mas em títulos do Fundo Nacional de Desenvolvimento.

Ao final, o STF declarou inconstitucional o empréstimo. Confira-se abaixo a ementa do *decisum*:

"Empréstimo compulsório". (DI. 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis de passeio, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade. 1. "Empréstimo compulsório, ainda que compulsório, continua empréstimo" (Victor Nunes Leal): utilizando-se, para definir o instituto de Direito Público, do termo empréstimo, posto que compulsório - obrigação "ex lege" e não contratual-, a Constituição vinculou o legislador a essencialidade da restituição na mesma espécie, seja por força do princípio explícito do art. 110 Código Tributário Nacional, seja porque a identidade do objeto das prestações recíprocas e indissociável da significação jurídica e vulgar do vocábulo empregado. Portanto, não é empréstimo compulsório, mas tributo, a imposição de prestação pecuniária para receber, no futuro, quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: conclusão unânime a respeito. 2. Entendimento da minoria, incluído o relator segundo o qual - admitindo-se em tese que a exação questionada, não sendo empréstimo, poderia legitimar-se, quando se caracterizasse imposto restituível de competência da União - , no caso, a reputou inválida, porque ora configura tributo reservado ao Estado (ICM), ora imposto inconstitucional, porque discriminatório. 3. Entendimento majoritário, segundo o qual, no caso, não pode, sequer em tese, cogitar de dar validade, como imposto federal restituível, ao que a lei pretendeu instituir como empréstimo compulsório, porque "não se pode, a título de se interpretar uma lei conforme a Constituição, dar-lhe sentido que falseie ou vicie o objetivo legislativo em ponto essencial"; dúvidas, ademais, quanto a subsistência, no sistema constitucional vigente, da possibilidade do imposto restituível. 4. Recurso extraordinário da União, conhecido pela letra "b", mas, desprovido: decisão unânime.

Após o julgamento de inconstitucionalidade, não houve cogitação de qualquer delimitação temporal para os efeitos da decisão, ou seja, a declaração produziu efeitos *ab initio*, retroagindo até a data de entrada em vigor do empréstimo compulsório.

RE 150.764/PE – Relator Min. Sepúlveda Pertence – Relator para Acórdão
Min. Marco Aurélio – Julgamento em 16/12/1992

O segundo caso sob análise, em apertada síntese, teve como controvérsia a inconstitucionalidade do art. 9º. da Lei n. 7.689/88, que manteve a FINSOCIAL mesmo com a criação da CSLL, e foi utilizado para majorar a alíquota da FINSOCIAL, que partiu de 0,5% e chegou a 2%.

Nesse caso, a inconstitucionalidade foi proclamada em apertada maioria, que acompanhou o voto divergente do Ministro Marco Aurélio. Confira-se a ementa:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de

incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo a edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.

Apesar de não ter havido, propriamente, discussão entre os Ministros quanto à possibilidade de modulação dos efeitos, cabe destaque para o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio ao divergir do Min. Sepúlveda Pertence (Relator):

Senhor Presidente, não me preocupa o problema de caixa do erário, como também não preocupa aos demais ministros que integral esta Corte. Preocupa-me, sim, a manutenção, a intangibilidade da ordem constitucional.

É dizer, diante de argumentos de possível impacto no orçamento, o Min. Marco Aurélio foi firme em consignar sua despreocupação com esses temas diante de uma inconstitucionalidade. Esse posicionamento do Ministro viria a tona novamente em outras discussões, como veremos a seguir.

RE 153.771/MG – Relator Min. Carlos Veloso – Relator para Acórdão Min. Moreira Alves

No RE 153.771/MG, o Supremo Tribunal Federal firmou seu posicionamento pela impossibilidade de se estabelecer alíquotas progressivas para o IPTU, fora da hipótese prevista na Constituição (função social da propriedade), ao declarar inconstitucional a Lei Municipal n. 5.641/89 de Belo Horizonte.

Nesse julgamento específico não houve pedido de modulação de efeitos. Entretanto, a questão das alíquotas progressivas do IPTU foi diversas vezes reiterada perante o Pretório Excelso, o qual manteve seu posicionamento e, em adição, pode analisar a questão da modulação.

Com efeito, no RE n. 338.859/RJ, a Procuradoria do Estado Fluminense pediu a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos embargos de declaração, analisados e rejeitados pelo Min. Dias Toffoli, nos seguintes termos:

Quanto ao pleito de atribuição de efeitos prospectivos, nada há a prover. As razões que dão ensejo à atribuição de efeitos prospectivos aos julgados não estão associadas à omissão, obscuridade ou contradição (...) Entendo que o pleito de que sejam atribuídos efeitos prospectivos ao julgado demonstra apenas inconformismo e resistência em pôr termo ao processo, em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

Conforme se observa, entendeu o Min. Dias Toffoli que a Procuradoria não conseguiu demonstrar a existência dos requisitos para a modulação de efeitos.

Já no RE n. 356.422, o Ministro Marco Aurélio mostrou novamente seu posicionamento manifestamente contrário à modulação de efeitos em matéria de leis que majoram ou instituem tributos, destacando que essa prática motivaria o Poder Público a instituir leis inconstitucionais prevendo a modulação. Confira-se a ementa da decisão:

TRIBUTO - DESARMONIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - EFICÁCIA PROSPECTIVA - INADEQUAÇÃO. A fixação de efeito prospectivo a decisão no sentido da glosa de tributo disciplinado em norma não compatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República, visando à feitura de caixa, com o enriquecimento ilícito por parte do Estado - gênero -, em detrimento dos contribuintes, que já arcam com grande carga tributária.

Apenas a título informativo, ambas essas decisões foram tomadas em julgamento de Turmas, não em sessão plenária.

ADI nº 1102/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa – Julgamento em 05/10/1995

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1102/DF (assim como nas ADIs 1108 e 1116, julgadas em conjunto), os contribuintes discutiam a constitucionalidade das expressões “empresário” e “autônomo” contidas no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91, que cuida da Contribuição Social incidente sobre a folha de pagamentos.

O entendimento do STF já havia se consolidado em julgados anteriores, no sentido de que essas expressões não estariam contidas nas fontes de custeio previstas no art. 195, I, da Constituição Federal, de modo que a procedência das ADIs, no mérito, não demandou dos Ministros grandes debates.

Por outro lado, em razão do parecer lavrado pelo então Subprocurador Geral da República Carlos Roberto Siqueira Castro, que defendia o julgamento de procedência da Ação Direta e, no entanto, pedia a modulação (antes, portanto, da Lei nº 9.868/99) dos efeitos da decisão (efeitos prospectivos apenas), com fundamento no grande impacto aos cofres da Previdência Social.

À época do julgamento, realizado em 1995, o ordenamento jurídico não havia fixado os contornos estritos da modulação (segurança jurídica ou expressional interesse social, apenas), o que significa que, ao menos em tese, os argumentos possíveis para a modulação de efeitos poderiam ser mais amplos do que atualmente.

Disso decorre que o Ministro Relator foi expresso em apontar argumentos consequencialistas para defender a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Confira-se:

Contudo, parece-me de inteira procedência, a irresignação ministerial quanto aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória por insuficiência de caixa.

Em contrapartida, o Min. Sepúlveda Pertence, ao acompanhar o Min. Relator quanto ao mérito, entendeu que não seria o caso de modulação de efeitos, em que pese o seu posicionamento favorável à modulação em casos excepcionais.

Aliás, interessantíssimo o fato de que o Ministro Sepúlveda defendeu a modulação de efeitos apenas em situações das quais decorreria insegurança jurídica ao sistema, e não para o caso em análise (cujo fundamento apoiara-se nas consequências orçamentárias da declaração), justamente no sentido em que posteriormente seria editada a Lei nº 9.868/99. Confira-se:

O caso presente, entretanto, não é adequado para suscitar a discussão.

O problema dramático da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era ‘dada de barato’, e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social.

(...)

Sou, em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ex radice da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade do inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91, acabou atingindo a lei desde a sua criação, sem modulação de efeitos.

Esse julgamento, além de sua importância estatística, também corrobora nossas alegações no sentido de que a modulação de efeitos era possível mesmo antes da Lei nº 9.868/99 e, muito provavelmente, com um escopo maior do que o permitido atualmente (prevalência da segurança jurídica ou do excepcional interesse social).

RE nº 203.075/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa – Julgamento em 05/08/1998

Neste caso, a discussão girava em torno da incidência do ICMS-importação sobre a importação de bens por pessoas físicas, para uso próprio, ou seja, sem intuito comercial ou atividade de mercancia, antes do advento da Emenda Constitucional n. 33/2001. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. 2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria. Recurso extraordinário não conhecido.

Ao declarar a inconstitucionalidade por maioria (também apertada), novamente não se cogitou no Plenário a modulação dos efeitos da decisão, em linha com a tradição da Corte. No entanto, merece destaque mais uma manifestação do Ministro Marco Aurélio contrariamente à mitigação dos efeitos em matéria de instituição de tributos. Confira-se:

Costumo dizer que o Estado tudo pode. O Estado legisla, o Estado executa a lei, o Estado julga a aplicação da lei. Que o faça bem e, em se tratando de tributo, que se atenha ao figurino constitucional. (...)

Sou daqueles que dizem que, havendo uma dúvida quanto à legitimidade constitucional de um certo tributo cobrado pelo Estado, impõe-se concluir pelo conflito dessa cobrança com a Lei Básica Maior. Não inverte a situação; não procuro encontrar uma base mínima para salvar o tributo, já que, como afirmei, o Estado tudo pode.

Conforme se observa, a posição do Ministro Marco Aurélio sempre foi firme na prevalência da soberania da constituição sobre os demais argumentos invocados em julgamentos que envolvem impactos no Erário.

RE nº 357.950-9/RS, RE nº 390.840-5/MG, RE nº 358.273-9/RS e RE nº 346.084-6/PR – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento em 09/11/2005

Nos processos ora analisados, julgados em conjunto, os contribuintes discutiam a indevida majoração da base de cálculo do PIS e da COFINS, em razão da edição da Lei n. 9.718/98, que equiparou os conceitos de receita bruta e de faturamento, antes da Emenda Constitucional n. 20/98. Confira-se a ementa do julgado:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobreposição ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

A importância desse julgamento, além de se tratar de declaração de inconstitucionalidade de uma majoração de tributo julgada mais recentemente, reside no fato

de que a discussão envolveria cerca de 29 bilhões de reais, ou seja, representaria um impacto orçamentário considerável.

Porém, também nesse caso a modulação de efeitos não foi nem mesmo aventada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em mais uma demonstração do posicionamento firme da Corte.

Também nesse caso, o Ministro Marco Aurélio, Relator, expressou sua posição de rejeitar qualquer vigência à lei inconstitucional que resulta em encargo financeiro ao contribuinte:

A hierarquia das fontes legais, a higidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmutá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita.

Como no caso anterior, o Ministro Marco Aurélio, fora da discussão sobre a possibilidade de modulação, fez consignar seu posicionamento firme na higidez da Constituição Federal.

RE nº 363.852/MG – Rel. Ministro Marco Aurélio – Julgamento em 03/02/2010

No último caso de declaração de inconstitucionalidade de tributo definitivamente julgado pelo STF, a discussão se deu em torno da Contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (“FUNRURAL”) sobre as receitas de comercialização de produtos rurais prevista no artigo 1º da Lei 8.540/92. Confira-se a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas

naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações.

Declarada inconstitucional a FUNRURAL, a Advocacia Geral da União pediu a modulação dos efeitos da decisão, alegando a existência de grave prejuízo aos cofres públicos, em petição avulsa entregue diretamente no gabinete do Ministro Relator, que acabou por trazer a questão ao Plenário, o que resultou na mais importante discussão sobre a matéria até então para casos de majoração ou instituição de tributos.

Primeiramente, destacamos as manifestações do Ministro Relator Marco Aurélio que, como sempre, foram em sentido contrário à modulação:

Presidente, no dia de hoje, veio ao Gabinete uma petição da União que – numa premonição, imaginou que este recurso seria realmente provido, como está sendo – , com tintas fortes, em termos de argumentação quanto ao arrecadado, ou ao que poderá deixar de ser, pleiteia – é o que submeto ao Colegiado como Relator – modular-se o pronunciamento do Supremo. Que se dê, neste processo subjetivo, eficácia à Constituição Federal a partir deste julgamento, como se realmente não tivesse sido promulgada de forma rígida em 1988.

Presidente, tenho me pronunciado, até mesmo em processos objetivos, quanto à necessidade de se adotar postura pedagógica, não se estimulando o descumprimento da Carta Magna. Tenho votado no sentido da eficácia da Lei Maior tal como se contém, independentemente da guarda – e se tem a guarda, não a possibilidade de mitigação – atribuída ao Supremo. (...)

Não posso, a essa altura, dizer, invertendo valores – e a inversão de valores está no momento em voga -, que até aqui prevaleceria a lei inconstitucional e não a Carta Federal, e que esta somente passa a vigorar, com o sentido reconhecido pelo Supremo, a partir dessa data. Por isso, adianto ponto de vista no sentido da inadequação da modulação pretendida.

Conforme se verifica, o Ministro Relator é enfático ao afastar a possibilidade de modulação, e até mesmo um pouco irônico ao afirmar que a AGU estaria postulando pela negativa de vigência da Constituição Federal até o momento do julgamento.

Imediatamente após o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes (que, como sabemos, foi um dos criadores e fervoroso defensor da modulação de efeitos no Brasil) se manifestou no sentido de que a Corte já teria reconhecido a possibilidade de modular efeitos em matéria tributária, no julgamento do RE n. 556.664 (o qual analisaremos posteriormente e, em verdade, tratou de prescrição em matéria tributária, mas não de majoração ou instituição de tributos). Confira-se abaixo:

Nós, no caso da Previdência Social, na prescrição previdenciária, fizemos uma modulação de efeitos limitada, entendendo que era possível sim, fazer essa modulação de efeitos desde que não afetasse os processos (...) só para lembrar que já houve um precedente inclusive em matéria tributária. (...)

Só para deixar claro que já houve em matéria tributária esse tipo de modulação de efeitos (...) porque há uma tese corrente que não aceita a modulação de efeitos em matéria tributária.

A Ministra Ellen Gracie chegou, então, a apoiar a modulação de efeitos no caso, ressaltando que o encargo financeiro do tributo teria sido repassado aos consumidores. Entretanto, não foi acompanhada por outro Ministro. O Ministro Marco Aurélio, então, tocou em um ponto que já destacamos anteriormente no presente trabalho: a questão da segurança jurídica que se resolveria pela prescrição (e pela decadência) e a repetição de indébito:

Quanto à segurança jurídica, sabemos que há um elemento que a informa – a prescrição – a abranger a repetição de indébito. Então creio que, no caso, no que se quis preservar a segurança jurídica se preservou, cogitando de um prazo para ajuizamento da ação.

E, nesse ponto, foi magistralmente complementado pelo então Ministro Cezar Peluso:

Com o devido respeito aos votos divergentes, só quero dizer que essa generalização da modulação de efeitos, em matéria tributária, na prática implica, pura e simplesmente, abolição do instituto de repetição do indébito. Se, em todos os casos de decisão de inconstitucionalidade, em matéria tributária, o Tribunal dispuser que só valerá dali para a frente, a repetição de indébito tributário e a prescrição não serve para mais nada!

Também seguindo os que votaram pela não modulação, o Ministro Dias Toffoli, após louvar os trabalhos da AGU, afirmou:

O Tribunal, ao dar provimento ao recurso extraordinário, declarou essa norma inconstitucional e, evidentemente, isso vai gerar, e gera, direitos: aqueles que foram à Justiça e aqueles que eventualmente pretendam ir à Justiça futuramente.

Não vejo como determinar a modulação de efeitos a fim de impedir que as pessoas busque um direito reconhecido pela mais alta Corte do país.

Para completar, a Ministra Carmen Lúcia bem destacou que a modulação, além de somente ser possível em situações excepcionalíssimas, ainda está vinculada a fatores sociais (“excepcional interesse social”) e não econômicos ou financeiros. Confira-se:

Primeiros, a Constituição, como lembrou o Ministro Marco Aurélio, aliás, de maneira muito firme tem repetido aqui que essa é uma Constituição rígida que, uma vez que afrontada, tendo sido afrontada, e, a não ser em situações excepcionalíssimas, em que a execução do que nós decidimos gere mais problemas sociais, principalmente, não econômicos ou financeiros, mas sociais, que realmente poderiam ensejar uma prática dessa natureza em caráter excepcionalíssimo, nós temos de manter até o que é pedagógico para os órgãos do Estado. Não se pode afrontar a Constituição, nem nós aqui, que nos submetemos à Constituição, nem o Congresso Nacional, nem o Poder Executivo. Errou, eu pago na minha vida pessoal e o Estado paga também quando ele erra. Então, não se pode fazer realmente disso uma prática comum.

Conforme se observa, além de destacar a caráter excepcional da modulação, a Ministra ainda reforça o caráter pedagógico que deve prevalecer nas declarações de inconstitucionalidade em matéria de instituição e majoração de tributos, para coibir essa nefasta prática do Estado.

Em conclusão, em que pese a afirmação do Ministro Gilmar Mendes, a jurisprudência do STF mostra a resistência (acertada em nosso sentir) em modular efeitos de decisões que declaram inconstitucional a majoração ou instituição de tributos.

Como veremos a seguir, a situação permanece em casos de declaração de constitucionalidade, em que o contribuinte seria o maior prejudicado, em tese, pela declaração.

III.2- DECISÕES QUE DECLARARAM CONSTITUCIONAIS LEIS QUE INSTITUÍRAM OU MAJORARAM TRIBUTOS

RE nº 150.755/PE – Relator Ministro Carlos Velloso – Relator para Acórdão **Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento em 18/11/1992**

Nesse primeiro caso, discutia-se a constitucionalidade da FINSOCIAL após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobre a receita bruta das prestadoras de serviços.

O Supremo acabou por declarar constitucional a cobrança, sob o argumento de que o conceito de receita bruta, à época de instituição da FINSOCIAL, equivaleria ao de faturamento. Confira-se a ementa:

I. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PROBLEMA DO FINSOCIAL EXIGÍVEL DAS EMPRESAS DE SERVIÇO. 1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E MECANISMO DE CONTROLE INCIDENTE DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS, CUJO ÂMBITO MATERIAL, PORTANTO, NÃO PODE ULTRAPASSAR O DA QUESTÃO PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE SOLUÇÃO NECESSÁRIA PARA ASSENTAR PREMISSE DA DECISÃO DO CASO CONCRETO. 2. CONSEQUENTE LIMITAÇÃO TEMÁTICA DO RE, NA ESPÉCIE, A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA L. 7.738/89, ÚNICA, DAS DIVERSAS NORMAS JURÍDICAS ATINENTES AO FINSOCIAL, REFERIDAS NO PRECEDENTE EM QUE FUNDADO O ACÓRDÃO RECORRIDO, QUE É PREJUDICIAL DA SOLUÇÃO DESTE MANDADO DE SEGURANÇA, MEDIANTE O QUAL A IMPETRANTE - EMPRESA DEDICADA EXCLUSIVAMENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS -, PRETENDE SER SUBTRAÍDA À SUA INCIDÊNCIA. II. FINSOCIAL: CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELAS EMPRESAS DEDICADAS EXCLUSIVAMENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: EVOLUÇÃO NORMATIVA. 3. SOB A CARTA DE 1969, QUANDO INSTITUÍDA (DL. 1940/82, ART. 1º, PAR. 2º), A CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL DEVIDA PELAS EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - AO CONTRÁRIO DAS OUTRAS MODALIDADES DO TRIBUTO AFETADO A MESMA DESTINAÇÃO -, NÃO CONSTITUIA IMPOSTO NOVO, DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DA UNIÃO, MAS, SIM, ADICIONAL DO IMPOSTO SOBRE A RENDA, DA SUA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DISCRIMINADA (STF, RE 103.778, 18.9.85, GUERRA, RTJ 116/1138). 4. COMO IMPOSTO SOBRE RENDA, QUE SEMPRE FORA, E QUE DITA MODALIDADE DE FINSOCIAL - QUE NÃO INCIDIA SOBRE O FATURAMENTO E, PORTANTO, NÃO FOI OBJETO DO ART. 56 ADCT/88 - FOI RECEBIDA PELA CONSTITUIÇÃO E VIGEU COMO TAL ATÉ QUE A L. 7.689/88 A SUBSTITUISSE PELA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, DESDE ENTÃO INCIDENTE TAMBÉM SOBRE TODAS AS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO PAÍS. 5. O ART. 28 DA L. 7.738 VISOU A ABOLIR A SITUAÇÃO ANTI-ISONÔMICA DE PRIVILÉGIO, EM QUE A L. 7.689/88 SITUARA DITAS EMPRESAS DE SERVIÇO, QUANDO, DE UM LADO, UNIVERSALIZOU A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO, QUE ANTES SÓ A ELAS ONERAVA, MAS, DE OUTRO, NÃO AS INCLUIU NO RAIO DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O FATURAMENTO, EXIGÍVEL DE TODAS AS DEMAIS CATEGORIAS EMPRESARIAIS. III. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL EXIGÍVEL DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO, SEGUNDO O ART. 28 L. 7.738/89: CONSTITUCIONALIDADE, PORQUE COMPREENSÍVEL NO ART. 195, I, CF, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. 6. O TRIBUTO INSTITUÍDO PELO ART. 28 DA L. 7.738/89 - COMO RESULTA DE SUA EXPLÍCITA SUBORDINAÇÃO AO REGIME DE ANTERIORIDADE MITIGADA DO ART. 195, PAR. 6., CF, QUE DELAS

É EXCLUSIVO - É MODALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E NÃO, IMPOSTO NOVO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DA UNIÃO. 7. CONFORME JÁ ASSENTOU O STF (RREE 146733 E 138284), AS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL PODEM SER INSTITUÍDAS POR LEI ORDINÁRIA, QUANDO COMPREENDIDAS NAS HIPÓTESES DO ART. 195, I, CF, SÓ SE EXIGINDO LEI COMPLEMENTAR, QUANDO SE CUIDA DE CRIAR NOVAS FONTES DE FINANCIAMENTO DO SISTEMA (CF, ART. 195, PAR. 4º). 8. A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL QUESTIONADA SE INSERE ENTRE AS PREVISTAS NO ART. 195, I, CF E SUA INSTITUIÇÃO, PORTANTO, DISPENSA LEI COMPLEMENTAR: NO ART. 28 DA L. 7.738/89, A ALUSÃO A "RECEITA BRUTA", COMO BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO, PARA CONFORMAR-SE AO ART. 195, I, DA CONSTITUIÇÃO, HÁ DE SER ENTENDIDA SEGUNDO A DEFINIÇÃO DO DL. 2.397/87, QUE É EQUIPARÁVEL A NOÇÃO CORRENTE DE "FATURAMENTO" DAS EMPRESAS DE SERVIÇO.

Após a declaração de constitucionalidade, a modulação de efeitos não foi cogitada, de modo que os efeitos da decisão produziram efeitos *ex tunc*.

RE nº 353.657/PR – Relator Min. Marco Aurélio – e RE nº 370.682/SC – Relator Min. Gilmar Mendes – Julgamento conjunto em 06/10/2010

Nos referidos Recursos Extraordinários, julgados conjuntamente, o Supremo Tribunal Federal, após longos debates e por estreita maioria, alterou seu posicionamento para considerar constitucional a vedação ao aproveitamento de créditos de IPI em aquisições sujeitas à alíquota zero. Confira-se a ementa do julgado:

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.

Após o julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou a questão da modulação, tendo em vista, principalmente, a alteração do posicionamento da Suprema Corte.

Senhor Presidente, antes de terminar o julgamento, tendo em conta a alteração na jurisprudência até agora assentada por esta Corte – e por uma estreita maioria hoje –, indago a Vossa Excelência se seria oportuno suscitar, desde logo, a eventual concessão de efeitos prospectivos a essa decisão hoje proferida.

Conforme se observa, o caso em tela tratava de reversão diametral da jurisprudência do STF, a qual inclusive tinha influenciado diversas decisões dos Tribunais inferiores, de modo que até faria mais sentido algum tipo de modulação temporal. Contudo, mantendo-se a coerência da Corte, o Supremo decidiu pela não modulação dos efeitos.

Confira-se excerto do voto do Ministro Marco Aurélio, trazendo novamente a questão a negativa de vigência à Constituição:

A questão de ordem é levantada, de ofício, por integrante da corrente que, no julgamento procedido, mostrou-se minoritária. Implica a mitigação do provimento do recurso extraordinário, como se houvesse duas regências, uma anterior a esse julgamento e outra posterior; como se houvesse duas Constituições Federais, uma anterior ao julgamento e uma posterior; como se houvesse disciplinas distintas, a anterior, contemplando o crédito, e a posterior, afastando-o. (...)

Ora, a fixação de um termo inicial de vigência do entendimento deste Plenário, além de implicar a mitigação da Constituição Federal, como se esta fosse flexível, como se esta não houvesse figurado até aqui, resultará em manifesta injustiça. A passagem do tempo é irrefreável, tendo consequências no mundo jurídico considerados os institutos da prescrição e da decadência.

Assim, uma vez mais foi afastada a possibilidade de modulação em matéria de instituição ou majoração de tributos.

RE nº 377.457/PR – Relator Min. Gilmar Mendes – e RE nº 381.194/MG – Relator Min. Cezar Peluso – Julgamento em 17/09/2008.

Nos últimos casos que analisaremos nesse subitem, o STF tratou da inconstitucionalidade da revogação da isenção da COFINS (anteriormente concedida às sociedades civis de prestação de serviços de profissão regulamentada pela Lei Complementar no 70/91) pelo artigo 56 da Lei Ordinária n. 9.430/96. Confira-se a ementa:

Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à

distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.

Caso fosse declarada constitucional, os Contribuintes postularam pela modulação dos efeitos da decisão, fundamentando-o basicamente nos altos valores envolvidos e, também, em suposta alteração de posicionamento do Corte (bastante parecidos, portanto, com os argumentos utilizados pelos Fiscos). Contudo, também nesse caso, não foram modulados os efeitos da decisão.

Com efeito, a matéria já possuía súmula do Superior Tribunal de Justiça em favor dos contribuintes e, até pouco tempo, o STF vinha considerando a questão como sendo infraconstitucional, de modo que o caso apresentava grande argumento de segurança jurídica. Ao analisar a questão da modulação, entretanto, o julgamento terminou empatado em 5x5, de modo que não houve quórum necessário para se declarar afixação temporal da decisão.

Assim, encerrando a análise dos julgamentos do STF em casos de instituição ou majoração de tributos, concluímos que a Corte Suprema possui entendimento forte no sentido de não ser possível a mitigação de efeitos da decisão de pronuncia de inconstitucionalidade, e nem tampouco em casos de confirmação da constitucionalidade.

No entanto, esse posicionamento aparentemente firme da Corte pode, eventualmente, ser alterado. E o precedente nesse sentido talvez já exista no STF, produzido durante o julgamento do RE n. 556.664.

III.3 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 556.664 – PRECEDENTE PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA?

Conforme nos posicionamos durante todo o trabalho, entendemos que a modulação de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade não podem ser aplicadas aos casos de instituição ou majoração de tributos, principalmente porque não existe fundamento

de “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social” que conseguiria se sobrepor às garantias constitucionais que regem o direito tributário, o qual, inclusive, possui regras próprias e bem definidas para dar segurança jurídica ao sistema.

E, também como já demonstramos, a jurisprudência do STF é firme e não modular os efeitos dessas decisões em casos de majoração ou instituição de tributos, notadamente naqueles casos em que o Poder Público tenta fundamentar a modulação com argumentos consequentialistas de dano ao Erário ou esgotamento dos recursos públicos.

No entanto, em dezembro de 2008, o STF julgou o RE n. 556.664/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes e, ao final, modulou os efeitos da decisão.

Confira-se abaixo a ementa do referido julgado:

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

Conforme se observa pela ementa, a questão tratada no RE dizia respeito ao prazo prescricional de 10 anos para que a Fazenda Nacional exigir créditos previdenciários instituído pela famigerada Lei n. 8.212/91, em razão da sua natureza de lei ordinária, quando a Constituição exige Lei Complementar.

No entanto, acolhendo o pedido da Procuradoria, o Ministro Gilmar Mendes votou pelo acolhimento da modulação dos efeitos da decisão, restringindo o direito à repetição de indébito dos contribuintes que já haviam realizado os recolhimento das contribuições.

Ao analisarmos o voto do Min. Relator, veremos que não há grande desenvolvimento dos fundamentos de “segurança jurídica”, e que questões de excepciona interesse social não foram sequer cogitadas:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese, mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Como se observa, não houve a modulação para aplicar eficácia *ex nunc* para a decisão. É dizer, os arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 foram revogados *ab initio*. O que se mitigou foi o direito dos contribuintes de se ressarcirem dos valores pagos.

Cumpramos destacar que o voto do Min. Gilmar Mendes foi acompanhado por maioria, tendo ficado vencido o Min. Marco Aurélio que, como vimos na análise dos outros casos, possui posição firme contrariamente à modulação.

No entanto, voltando ao questionamento que inaugura este tópico, o julgamento do RE n. 556.664/RS teria criado precedente para a modulação de efeitos em matéria tributária? Entendemos que a resposta seja negativa.

Isso porque, em primeiro lugar, a questão debatida pelos ministros, em que pese circunscrever matéria tributária, tratava especificamente de prescrição e decadência. Esse fato é relevante pois, como já destacamos, a modulação de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma pressupõe sempre uma ponderação de valores constitucionais, notadamente os de soberania da constituição, segurança jurídica e excepcional interesse social, e algum outro atinente ao caso específico.

E, como já afirmamos, no Brasil, essa ponderação está restrita aos argumentos de segurança jurídica e excepcional interesse social, os quais, em nosso sentir, não conseguem

prevalecer sobre os princípios da estrita legalidade, proibição ao confisco e propriedade privada que regem as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Já no caso de prescrição e decadência, como o caso do RE n. 556.664/RS, o princípio maior informador da controvérsia é justamente o da segurança jurídica. Como já discurremos, o sistema tributário brasileiro é exemplarmente estruturado na questão da segurança jurídica, prevendo prazos decadenciais e prescricionais para a constituição do crédito tributário, bem como para a repetição de indébitos.

Assim, no julgamento do RE n. 556.664/RS, não houve contraposição de princípios constitucionais, mas apenas a consagração de um único princípio: o da segurança jurídica.

Devemos consignar que não concordamos com a modulação levada a efeito no caso específico, tendo em vista que ela levou a situações absurdas, como o de privilegiar os contribuintes infratores (que não recolheram as contribuições), tendo em vista que a União foi impedida de cobrar o crédito tributário fora do quinquênio previsto no CTN, ao passo em que os contribuintes que agiram de acordo com a Lei não puderam reaver os valores indevidamente pagos. A modulação ainda incentivou a litigação, pois os contribuintes que contestaram o prazo prescricional na justiça tiveram seu direito salvaguardado.

Entretanto, para os fins a que nos propusemos no presente trabalho, devemos reconhecer que o julgamento do RE n. 556.664/RS não se traduz em precedente hábil a autorizar a modulação de efeitos em matéria de majoração ou instituição de tributos, figuras incompatíveis com a modulação, em nosso sentir.

III.4 – CONCLUSÃO QUANTO À JURISPRUDÊNCIA DO STF

Conforme demonstrado, em 100% dos casos analisados, nos quais o Supremo Tribunal Federal se deparou com discussões acerca da constitucionalidade de leis que instituíram ou majoraram tributos, não houve a modulação de efeitos da declaração.

Essa análise, praticamente estatística, é importante para mostrar que, apesar de vagos, os conceitos de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” não são uma “carta branca” para que o STF decida, discricionariamente, e por fatores consequencialistas, se a declaração de inconstitucionalidade terá efeitos totais ou mitigados.

A análise também é importante para corroborar nossas alegações anteriores no sentido de que o sistema tributário brasileiro já previu regramentos que garantem a segurança jurídica, tanto para os contribuintes como para o Poder Público, através dos institutos da decadência, prescrição e repetição de indébito. Essa tese foi suportada pelos Ministros Marco Aurélio e César Peluso no julgamento do RE nº 363.852/MG.

Também nesse julgado, a Ministra Cármen Lúcia apontou o caráter pedagógico que deve ter a declaração de inconstitucionalidade de leis que instituem ou majoram tributos, sob pena de estimular o Poder Público a editá-las, confiantes na modulação de uma posterior decisão declaratória de inconstitucionalidade.

A existência de um precedente, em matéria tributária, em que houve a modulação de efeitos, como no RE n. 556.664/RS, ao contrário do que poderia se supor, além de não afetar a marca de 100% contrária à modulação nas decisões do STF sobre leis que majoram ou instituem tributos, também não contrariou a tese por nós defendida, no sentido de que não há prevalência de segurança jurídica ou excepcional interesse social sobre a soberania da constituição, em relação a leis que instituem ou majoram tributos.

De fato, no caso do RE n. 556.664/RS, a questão de fundo discutida referia-se a decadência e prescrição tributárias, ou seja, regras de estrutura visando à segurança jurídica. Assim, nesse caso específico, não há choque de princípios, mas apenas a maximização de um único preceito (segurança jurídica).

Prova disso é que, recentemente (em fevereiro/2014), o Ministro Luiz Fux, ao analisar pedido de medida liminar na ADI nº 4.628/DF, voltou a defender a necessidade de se invalidar, *ab initio*, normas que instituem ou majoram tributos.

O caso a que nos referimos trata da discussão sobre a inconstitucionalidade do Protocolo CONFAZ ICMS nº 21, em que os Estados de Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe, além do Distrito Federal, exigem o recolhimento de ICMS aos Estados de destino das mercadorias nas vendas de mercadorias por meios não

presenciais (como internet e telefone), em afronta à Constituição Federal que determina ser o imposto devido ao Estado de origem dos bens.

Ao analisar o pedido de medida liminar, o Ministro Fux suspendeu os efeitos do Protocolo nº 21 desde a sua edição, ou seja, atribuiu eficácia retroativa em sede de medida liminar (originalmente dotada de efeitos prospectivos), em verdadeira aplicação (talvez inédita) da técnica da modulação.

Confira-se o que disse o Ministro para fundamentar a aplicação da modulação retroativa:

Como cediço, a decisão que defere o pleito cautelar é dotada de efeitos *ex-nunc* (prospectivos), conforme dispõe o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99. O caso, porém, merece tratamento diverso, impondo a modulação dos efeitos do provimento cautelar efeitos para emprestar-lhe eficácia *ex-tunc* (efeitos retroativos).

A técnica da modulação se impõe por questões de segurança jurídica e de relevante interesse social, como bem apregoa o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Trata-se de um sopesamento entre, de um lado, os efeitos produzidos pela norma reconhecida como inconstitucional (no caso, o Protocolo ICMS nº 21/2011), e, do outro, os valores protegidos pelas normas constitucionais violadas pelo ato normativo (no caso, os art. 155, VII, alínea b, art. 150, incisos IV e V e art. 150 § 7º).

Isso significa que, ao dosar os efeitos, esta Suprema Corte deve levar em consideração os impactos da declaração de inconstitucionalidade na esfera jurídica dos envolvidos. Assim, resta incontroverso, pelos argumentos aduzidos até o momento, o manifesto prejuízo experimentado pelos contribuintes do ICMS nestas operações mercantis de cunho interestadual.

Mas não é só. A modulação de efeitos deve possuir uma dimensão pedagógica. Ela se presta coibir a prática de atos manifestamente inconstitucionais perpetrados pelos órgãos estatais, em todas as esferas da Federação. Sendo mais claro: a técnica da modulação deve inibir, e não estimular, a edição de atos normativos que inequivocamente transgridam os preceitos da Lei Fundamental. Assim, o recado que esta Suprema Corte deve passar é o de que comportamentos manifestamente contrários à Lei Fundamental não apenas são inválidos como também não compensam.

E é precisamente o que ocorre no caso. O Protocolo ICMS nº 21/2011 ofende flagrantemente a Constituição, tanto do ponto de vista formal quanto material. É dizer, o texto constitucional é claro o suficiente ao estabelecer as regras referentes à cobrança de ICMS, de modo que a tentativa de burlar esta sistemática constitucional pelos Estados subscritores deve ser repudiada.

Deste modo, dois imperativos informam a modulação dos efeitos nesta cautelar: em primeiro lugar, em razão do manifesto prejuízo sofrido pela cobrança da alíquota de ICMS prevista no Protocolo impugnado, quando nas operações interestaduais, o destinatário final não for contribuinte habitual do tributo; e, em segundo lugar, como forma de inibir tais práticas por outras unidades da federação. Do contrário, este cenário de “guerra fiscal” dificilmente será equacionado.

Obviamente, a referida decisão deverá ser submetida ao Pleno do STF, de modo que a sua influência na análise da jurisprudência da Corte deve ser minimizada, até mesmo por representar a opinião de apenas um Ministro, mas serve como indicativo de que, caso venha a ser julgada procedente, a ADI nº 4.628/DF não sofrerá mitigação de seus efeitos.

Novos capítulos da modulação de efeitos em matéria de instituição e majoração de tributos podem surgir nos próximos meses, tendo em vista estar pendente de julgamento o pedido de modulação de efeitos no RE nº 559.537, em que foi declarada inconstitucional a majoração de base de cálculo do PIS e da COFINS na importação. Resta aguardarmos.

CONCLUSÃO

Conforme procuramos demonstrar, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil deriva da junção dos modelos mais tradicionais (americano e europeu-kelseniano), na criação de um modelo misto, à semelhança do que ocorreu em países como a Alemanha e Portugal.

Esse sistema misto que, em regra, se sustenta na teoria da nulidade das leis inconstitucionais, permite uma flexibilização (ou mitigação) dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade, tendo em vista argumentos de “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”.

No entanto, esses argumentos não são aplicáveis em matéria de instituição ou majoração de tributos, principalmente porque, em primeiro lugar, o sistema tributário brasileiro cuidou de prescrever instrumentos hábeis à manutenção da segurança jurídica (institutos de decadência e prescrição que importam na extinção do crédito tributário) e de repetição de indébito. Além disso, não há como permitir a invasão, pelo Estado, do patrimônio particular do cidadão, sem que haja lei nesse sentido (apenas “lei” inconstitucional), sob fundamento do “excepcional interesse social”, o que não se confunde com interesse do Poder Público.

E, também como procuramos demonstrar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em não reconhecer argumentos hábeis à modulação de efeitos em matéria de instituição e majoração de tributos. Com efeito, em 100% dos casos analisados, em que o STF declarou a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis que criaram ou majoraram tributos, a decisão foi pela não modulação de efeitos.

E, além de não permitir a modulação, o STF apontou que a mitigação dos efeitos de nulidade da declaração de inconstitucionalidade, em casos de criação ou majoração de tributos, somente se presta a permitir que o Poder Público edite mais e mais normas inconstitucionais, com o único objetivo de aumentar a arrecadação, apoiados na ideia de que sanção alguma decorrerá de seus atos, e, o que é pior, que não precisará devolver os valores indevidamente obtidos.

Essa firme jurisprudência do STF, no entanto, pode vir a sofrer alteração em um curto período, tendo em vista que, no julgamento do RE nº 556.664/RS, houve a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ordinária que aumentava o prazo prescricional de tributos (contribuições sociais), sob argumentos de dano ao Erário.

Em que pese nosso entendimento no sentido de que o referido julgamento não se presta como precedente hábil à modulação de efeitos em matéria de instituição ou aumento de tributos, certamente esse julgado será invocado pelo Poder Público para pedir a modulação em outros casos, bem como será referenciado por Ministros que se inclinam na tese da possibilidade de modulação, como pudemos ver no julgamento do pedido de modulação no RE nº 559.537.

Contudo, firmes no suporte teórico que apresentamos na parte inicial do trabalho, bem como na análise dos casos julgados pelo STF em situações de instituição ou majoração de tributos, entendemos que o Pretório Excelso continuará a barrar tentativas inconstitucionais de confiscar o patrimônio particular, sob a forma de pretensos tributos sabidamente inconstitucionais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* – tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores

BARBOSA, Rui *apud* OLIVEIRA, Aline Lima de, *A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2a Edição. 2007. São Paulo: Martins Fontes, p. 43

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo, n. 97, janeiro-março de 2000.

KELSEN, Hans *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso Avançado de Direito Constitucional*.. Brasília. 2009. Disponível em < <http://www.idponline.com.br/Default.aspx> >

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso Avançado de Direito Constitucional*.. Brasília. 2009. Disponível em <<http://www.idponline.com.br/Default.aspx> >

MIRANDA, Jorge *apud* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MOTTA FILHO, Cândido. *A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. RF n. 86.

OLIVEIRA, Aline Lima de, *A Limitação dos Efeitos Temporais da Declaração de Inconstitucionalidade no Brasil: Uma Análise da Influência dos Modelos Norte-Americano, Austríaco e Alemão*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.htm>.

RAITIO, Juha. *Legal certainty, non-retroactivity and periods of limitation in EC Law*. *apud* TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica*

da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SALGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de La bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelsiano) de los sistemas de justicia constitucional*. Direito Público, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, out/nov/dez/2003.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário* – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Consequencialismo e a Modulação de Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Direito Tributário Atual nº 24. São Paulo: Dialética, 2010. p. 443.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional financeiro e tributário, vol. IV – Os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VELLOSO, Andrei Pitten. *A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária*. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 157, 2008.