

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS TRIBUTÁRIAS

Ricardo Nussrala Haddad¹

RESUMO

Aborda a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que impede a restituição de valores indevidamente recolhidos, salvo se até a data do julgamento (11.06.2008) o contribuinte já houvesse ajuizado a respectiva ação.

Examina os requisitos impostos pela Lei 9.868 de 1999, art. 27, da Lei 9.882 de 1999, artigo 11, e ainda da Lei 11.417 de 2006, artigo 4º - segurança jurídica e relevante interesse social – para a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade e analisa seus reflexos para a sociedade e cidadania.

ABSTRACT

It deals with the modulation of the effects of the declaration of the unconstitutionality of the articles 45 and 46 of the Law 8,212/91, which forbids the restitution of the values improperly collected, except until the date of judgment (06.11.2008) if the contributor has already filed a suit of the respective action.

It examines the requisite imposed by the Law 9,868 of 1999, art. 27, of the Law 9,882 of 1999, article 11, and also of the Law 11,417 of 2006, article 4º - legal security and excellent social interest - for the modulation of the effects of unconstitutionality and analyzes its consequences for the society and citizenship.

Palavras-chave: Direito Constitucional; declaração de inconstitucionalidade; modulação de efeitos; efeitos prospectivos; Direito Tributário; repetição de indébito.

¹ Ricardo Nussrala Haddad é graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA e Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.

KeyWord: Constitutional law; declaration of unconstitutionality; modulation of effects; prospective effects; Law Tax; repetition of undue

INTRODUÇÃO

Deve-se relembrar a indagação do corsário que roubava simples pescadores do Mar Eritreu após ser capturado e repreendido pelo Imperador Alexandre, consoante o relato do Padre Antônio Vieira no “Sermão do Bom Ladrão”, ministrado à Corte Portuguesa em 1655²: “porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma esquadra, sois Imperador”.

De qualquer forma, a passagem relata um conflito entre aquele que pilhava sob o consentimento e proteção das leis (de suas leis), e outro que, apesar de menor escala, o fazia contra a lei (do imperador). Mas muito do que representa o conflito entre o anônimo pirata e o famoso conquistador permanece até os dias de hoje aqui mesmo no Brasil, notadamente se observarmos o Estado arrecadador e o contribuinte.

Se não há mais corsários que pilhavam como antigamente (nem mesmo aqueles da África), muito menos imperadores que de posse de sua armada invadiam, conquistavam e expandiam seus territórios segundo seus desejos, tem-se a pilhagem do Estado (apoiado por suas leis), e a reação do contribuinte (por vezes contra as leis do Estado).

Esta postura é que torna a comparação possível.

Deve ser observado ainda que o Estado, em si, não é inimigo. Não cabe mais configurá-lo como Maquiavel o fez. Ao contrario, são muitas as nobres funções a ele confiadas pela Constituição da República que permitem qualificá-lo como “bom” e “digno”.

O que dizer de seus fundamentos: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa? Ou mesmo de seus objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza? Não há como negar seu peculiar desígnio na busca do bem comum.

Estas atividades exigem um custo financeiro, sem as quais seria inimaginável pensar em dignidade da pessoa humana, ou mesmo em erradicação da pobreza. E a principal receita do Estado para fazer frente a estas e outras despesas é aquela proveniente da arrecadação dos

2 VIEIRA. Antônio. **Sermão do bom ladrão**. 1655. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16404. Acesso em 10/06/2009, p. 4.

tributos: a receita pública derivada.

Daí a necessidade de intervir na propriedade privada através da tributação.

Considerando ainda que a cidadania pode ser entendida como o “*atributo político do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política*”³, não é possível falar em “cidadão” ou “cidadania” sem o cumprimento da obrigação compulsória de “dar” dinheiro ao Estado através da tributação.

Entretanto, a necessidade de tributar se tornou um prazer, insistentemente repetido. Daí se falar que também não é possível falar em cidadania sem o direito de resistir as investidas financeiras indevidas do Estado. Aliás, esta resistência já ocorria muito antes do próprio conceito de cidadania.

E como mediador entre os interesses, por vezes antagônicos, do Estado arrecadador e do cidadão contribuinte, tem-se o Poder Judiciário, cuja cúpula maior, Plenário do Supremo Tribunal Federal, por folgada maioria, deliberou modular os efeitos da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91⁴, para impedir a restituição dos valores indevidamente recolhidos, salvo se até a data do julgamento (11.06.2008) tal pleito já houvesse sido ajuizado pelo contribuinte.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão do Recurso Extraordinário nº 560.626/RS, revela o fundamento da modulação dos efeitos:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão geral 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.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Após tais considerações, o atual presidente do Supremo Tribunal Federal conclui:

3 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15ª ed., Malheiros, 1998, p. 346/347.

4 Estes dispositivos ampliavam o prazo de prescrição e decadência das contribuições sociais para 10 (dez) anos.

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém com a modulação dos efeitos, ex nunc, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento. (grifos presentes no original).

Deste julgamento resultou na edição da Súmula Vinculante nº 8:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

O efeito prospectivo desta decisão é que se constitui o objeto deste estudo, cujo objetivo não é esgotar o assunto, mas tão somente expor alguns de seus reflexos, os quais se fossem percebidos em sua real extensão teriam provocado uma reação maior dos cidadãos, de entidades e instituições.

Em verdade, este estudo tem por pretensão – ainda que utópica – de servir como um alerta para a sociedade do risco de que este julgado se torne um precedente.

SEÇÃO I - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O instituto que permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade necessita ser examinado.

A regra geral dos efeitos da inconstitucionalidade é a nulidade *ex tunc*, a qual tem por fundamento axiológico a supremacia da Constituição. A lei inconstitucional é nula, alguns entendem que é inexistente, sem possibilidade de produzir qualquer efeito válido, incapazes de gerar direitos e obrigações.

No caso específico em exame, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212 de 1991 teria por conseqüência natural a restituição do indébito, observados os prazos de prescrição.

Circunstâncias de ordem pragmática determinaram uma alteração neste entendimento. É que o lapso entre a vigência da lei inconstitucional e a decisão de inconstitucionalidade é longo (no mais das vezes extremamente longo) não permite desconsiderar ou mesmo simplesmente desconstituir as relações jurídicas já estabelecidas na vigência da lei.

Em outro giro verbal, estas relações não desaparecem ou são automaticamente desfeitas com a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Seria desejável um critério mais rigoroso no controle de constitucionalidade na elaboração das normas, e mais desejável ainda a pronúncia imediata de inconstitucionalidade, com a pronúncia de nulidade (*ex tunc*), ainda mais considerando a força normativa, a máxima efetividade e o respeito da Constituição da República⁵.

Não sendo possível o desejável, a aplicação *ex tunc* deixou de ser razoável em todas

⁵ Algo que deve ser notado neste momento sobre o respeito à Constituição da República é a contradição de muitas autoridades públicas, políticas e judiciárias. Ao iniciarem seu cargo ou função, prestam juramento de obediência e respeito à Constituição da República, mas no dia seguinte, esta mesma Constituição passa a ser vilã, um autêntico empecilho à governabilidade, que, segundo o que afirma Luiz Roberto Barroso (2005.p.4), passa a ser um critério atual de interpretação da Lei Maior.

as situações. Tornou-se necessário um juízo de ponderação⁶ entre o valor (ou interesse) de supremacia da Constituição e o valor (ou interesse) da segurança jurídica das relações estabelecidas pela lei inconstitucional.

Não sendo possível o desejável, adotou-se a solução da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, nos termos da Lei 9.868 de 1999⁷, art. 27, da Lei 9.882 de 1999⁸, artigo 11, e ainda da Lei 11.417 de 2006⁹, artigo 4º. Eis os dispositivos:

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.

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

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

A constitucionalidade dos artigos 27 e 11 das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 foi questionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nas ADIns. 2.154, 2.231, e 2.258, não tendo sido nenhuma delas julgada até o momento.

Assim, “razões de segurança jurídica e excepcional interesse público” permitem a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, a partir de oito (8) votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, para outro momento que não o do início da vigência da respectiva lei declarada inconstitucional.

⁶ Sobre a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, o Professor Luiz Roberto Barroso (assegura “tratar-se, como se percebe claramente, da formalização de um mecanismo de ponderação de valores” (**O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 199).

⁷ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁸ Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

⁹ Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

É preciso notar que a regra geral ainda é a nulidade *ex tunc*, a qual “*somente há de ser afastada se puder demonstrar, com base em uma ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social*” (Gilmar Mendes, RE 197.917).

E sendo exceção, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade haveria de ser sopesada nos casos de taxativamente previstos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e súmula vinculante), sob pena de violação do devido processo legal, o qual “*assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas*”¹⁰.

Se a exceção não for taxativa, não será exceção e sim regra.

Mas não é o que o Supremo Tribunal Federal, que tem alargado o uso da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade até mesmo em hipóteses não previstas pelas regras procedimentais previamente estabelecidas, notadamente a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917.

A peculiaridade do julgamento praticamente obrigou a Corte Suprema a assim proceder. O caso envolvia o exame do artigo 6º da Lei Orgânica 222 de 31/03/1990 do Município de Mira-Estrela, que fixou o número de vereadores à revelia do artigo 29, IV, da Constituição da República, de sorte que “*a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo sistema legislativo vigente*”, o que foi suficiente para a “*prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade*” (RE 197.917).

Note-se que a Corte acolheu a proposta do Ministro Gilmar Mendes, que defendeu a declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos notadamente a partir do exame do direito americano e alemão, para quem “*a Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo*”, sendo apenas “*assunto puramente de política (política judiciária)*”.

10 AI 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-06, DJ de 1º-12-06.

O Voto do Ministro Gilmar Mendes, transferido praticamente na íntegra para o “Curso de Direito Constitucional” (p. 1043/1047), assegura ainda que “*o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos*” e que “*razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não aplicação do princípio da nulidade de lei inconstitucional*”, com base em “*um juízo rigoroso de proporcionalidade*”.

Mas o fato é que a partir deste precedente, a doutrina da limitação dos efeitos ganhou corpo no STF, aplicável independentemente de previsão legal específica, e tanto é que o segundo caso onde o efeito prospectivo da decisão de inconstitucionalidade foi debatido ocorreu no julgamento da Reclamação 2.391. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet explicam melhor o caso:

O segundo caso diz respeito à exigência de recolhimento à prisão para que o acusado pudesse apelar, discutida na Reclamação n. 3.391. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto, o debate demonstrou que tais casos de revisão da jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Tribunal tornam relevante a discussão dos efeitos da decisão. No caso, o Tribunal encaminhava-se para reconhecer que eventual declaração de inconstitucionalidade haveria de ser declarada com efeitos *ex nunc*.¹¹

Entretanto, não é possível calar a autoridade das vozes contrárias a modulação dos efeitos, as quais pregam, em geral, o respeito absoluto a Constituição e o poder conferido ao Supremo Tribunal Federal com o advento da Lei n° 9.868/99. A este respeito, veja-se Lenio Streck citado por Carlos Wagner Dias Ferreira¹²:

Nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc*, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tal previsão absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que aponta para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pro-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia

11 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 1046.

12 FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso**. Revista ESMAFE Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n° 12, 2007, p. 165.

atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Com todas as vênias, é preciso discordar das opiniões contrárias, sem que isto represente um menor amor a Constituição e sua eficácia. De fato, não é possível esquecer os efeitos concretos de uma lei inconstitucional, muito menos quem nela creu e agiu segundo seus ditames.

É de se recordar ainda as palavras de José Augusto Delgado, para quem “há uma realidade vivenciada pelo Direito de hoje. Ele libertou-se do positivismo jurídico para cultivar uma valorosa e útil convivência ética concreta em benefício do ser humano”¹³, fato este que se aproxima mais da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, as vozes contrárias não devem ir de encontro a doutrina da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas ao seu uso fora dos critérios e de sua peculiar excepcionalidade. O instituto em si é um avanço, já adotado pelo STF quiçá de forma irretratável, mas que não tem poder de ofuscar a nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional.

Impõe-se, assim, perseguir o correto entendimento das hipóteses que admitem a doutrina da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, até mesmo em respeito a cláusula do devido processo legal e da segurança jurídica, o que se pretende fazer não de forma exaustiva.

Em um primeiro momento, a compreensão destes institutos encontra empecilho na sua natureza de conceito jurídico indeterminado ou de cláusula geral. Mas perseguir a definição de segurança jurídica e excepcional interesse social é necessário a fim de se superar a subjetividade dos conceitos e, principalmente, a subjetividade dos julgamentos.

Cumpra lembrar que os conceitos jurídicos indeterminados não conferem ao intérprete a discricionariedade no preenchimento de seu significado. Aliás, após a Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther, com o juízo de aplicação e juízo de justificação

¹³ DELGADO, José Augusto. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo, Dialética, 2004, p. 152.

da norma¹⁴, já não é possível atribuir a qualidade de discricionária a tarefa de aplicar uma cláusula geral ou um conceito jurídico indeterminado.

Também não é possível, segundo o que afirma Luiz Carlos de Castro Lugon, utilizar o senso comum ou o bom senso no preenchimento dos conceitos abertos, em homenagem a segurança jurídica¹⁵:

Tolerar a utilização de conceitos abertos com preenchimento com base no “senso comum” ou no “bom senso”, termos de irrecusável dubiedade, é retirar a tranqüilidade jurídica, armando os déspotas para o exercício infantilmente cruel do poder.

Uma vez abandonadas a subjetividade e a discricionariedade na fixação dos conceitos de segurança e excepcional interesse social, impõe-se verificar o entendimento do próprio STF a respeito.

Salvo melhor juízo, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade só teria ocorrido em doze (12) casos¹⁶ até o presente momento e “*embora descreva abstratamente o processo decisório como uma ponderação, em nenhum caso o STF demonstra de forma detalhada o processo concreto de avaliação dos princípios em conflito para chegar a uma decisão de prevalência*”¹⁷.

Especificamente no caso do precedente sob exame, em nenhum momento o STF emitiu qualquer juízo sobre os requisitos da modulação efeitos da decisão de inconstitucionalidade. E isto significa que além de não se observar as regras procedimentais previamente estabelecidas (por questões pragmáticas, como se viu), a doutrina da modulação dos efeitos distancia-se das razões ontológicas de sua criação.

14 “O fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público.” (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. Revista CEJ, Brasília, n° 36, jan/mar 2007, p. 35/36).

15 LUGON, Luiz Carlos De Castro. **Ética da administração pública em juízo**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas), p. 136.

16 São eles: i) Proporcionalidade do número de vereadores (RE 197.917 e 266.994); ii) atuação da defensoria em prol dos servidores públicos (ADI 3.022); iii) progressão de regime em crimes hediondos (HC 82.959); iv) limites territoriais dos municípios (ADI 3.615); v) criação de municípios (ADIs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689); vi) partilha de ICMS (RE 401.953); vii) constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal (ED na ADI 3.756); viii) provimento irregular do cargo de Defensor Público (ADI 3.819); ix) administração dos depósitos judiciais pelo Poder Executivo (ADI 3.458); x) destinação das custas (ADI 3.660); xi) horário de foro estabelecido por portaria (ADI 2.907); e xii) decadência e prescrição das contribuições sociais (RE 556.664, 559.882 e 560.626).

17 BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade?** Revista CEJ, Brasília, n° 43, out/dez 2008, p. 7

De um louvável avanço, o instituto tende a torna-se um retrocesso, algo digno de um autêntico arrependimento.

Daí ser o precedente em exame de extrema gravidade, como dantes se avisou, que em tese permite ao STF, na qualidade de *leading case*, modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de leis tributárias quando quiser e nos casos que achar conveniente, procedimento este que se mostraria contrário a segurança jurídica e ao interesse social.

Sobre segurança jurídica, adota-se o conceito de Canotilho¹⁸:

O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do Estado de Direito relativamente a actos normativos. As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimentos legalmente exigidos, não deve poder ser arbitrariamente modificados, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz a exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

E há uma contradição invencível. A doutrina da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade adotada pelo STF busca preservar a segurança jurídica, porém não permite a estabilidade e a previsibilidade, os quais são os ditames da segurança jurídica. Em outro giro verbal, seria a segurança jurídica a partir da insegurança jurídica.

Com todas as vênias, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, a despeito de perseguir a segurança jurídica, trouxe a insegurança jurídica.

No que diz respeito ao segundo requisito – excepcional interesse social – decorre claramente da atenção do legislador para com a realidade social e com os efeitos do julgamento para a sociedade. Como afirma Konrad Hesse, é possível preservar a força normativa da Constituição sem esquecer a realidade fática¹⁹.

E não é qualquer interesse, mas um excepcional, que possa permitir o afastamento da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 264.

¹⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

Além disto, o interesse a ser preservado é o da sociedade, assim entendido como a coletividade, ou de seus membros pelo simples fato de pertencerem a coletividade, a ser afetada com a modulação dos efeitos. Note-se que este conceito em muito se aproxima daquele outro conhecido do Direito Administrativo como interesse público primário.

Portanto, deve-se distingui-lo do interesse público secundário, ou interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, que se manifesta no Direito Tributário pelo anseio de arrecadação.

Assim, se for possível falar que a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade segue os requisitos legais, o julgador do caso em exame haveria de decidir pela restituição do indébito, já que esta solução atenderia o interesse público primário (interesse social).

Neste momento, já é possível observar que o STF não prezou pela segurança jurídica, muito menos pela prevalência do interesse social, na decisão que dá efeitos prospectivos a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91.

SEÇÃO II – “OLET?”

Ives Gandra da Silva Martins relembra o episódio ocorrido na Roma antiga, que teria dado origem ao princípio do “*non olet*”. Ele nos conta que o imperador Vespasiano, diante da reclamação de seu filho Tito por haver tributado as latrinas de Roma, deu-lhe uma moeda e questionou “*olet?*” (cheira?) e recebeu como resposta “*non olet*” (não cheira)²⁰.

O artigo 118²¹ do Código Tributário Nacional abre caminho para quem admite que o princípio do “*non olet*” foi introduzido em nossa legislação.

O julgamento citado reconheceu que determinadas parcelas foram percebidas pelo Estado sem causa, além (muito além) dos parâmetros constitucionais, e que, a despeito disto, ainda foi desobrigado da restituição.

E neste contexto pergunta-se: “*olet?*”

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tributos e jogos de azar**. Revista Justiça e Cidadania, n° 82, maio de 2007, p. 4.

²¹ Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Convém expor que o contribuinte não possui somente “direitos”, mas já é possível falar em “*direitos fundamentais do cidadão-contribuinte*”, segundo expressão de Andrei Pitten Velloso²², notadamente após a “*Declaration of Taxpayer Rights*” do Canadá de 1985, com a “*Taxpayer Bill of Rights*” de 30 de julho de 1996 dos Estados Unidos, e ainda com a “*Ley de Decrechos y Garantias de los Contribuintes – LDGC n° 1/1998*”, de 26 de fevereiro de 1998 da Espanha.

E o mais óbvio destes direitos fundamentais é o de não pagar o tributo exigido fora das fronteiras constitucionais, até por reflexo óbvio do direito a propriedade. Juntamente com este direito de natureza negativa (de abstenção) há outro de índole positiva, que é o de receber de volta o que indevidamente foi pago²³.

A decisão do STF nega tais direitos fundamentais.

E este não é um fato isolado. Há de ser visto como um fato dentre tantos outros que denotam a investida arrecadatória desenfreada do Estado (interesse público secundário), que já ultrapassa o patamar de 40% (quarenta por cento) da riqueza produzida.

Sabe-se que o mundo não mais comporta o capitalismo do Estado, que detinha o monopólio dos meios de produção a título de “ditadura do proletariado”, também não seria possível admitir uma quase estatização dos meios de produção, com a participação do Estado apenas do resultado, ainda mais sem incorrer nos riscos das atividades.

É uma espécie de estatização oculta, ou ainda de uma sociedade de economia mista invertida, já que o Estado, sem se interessar pelo controle societário, apropria-se de praticamente metade do que é produzido.

Por tudo isto, a reação inicial da sociedade diante do julgamento do STF seria “*olet*”!

E o primeiro “*olet*” diz respeito a função pedagógica dos tribunais superiores. É que os juízes e tribunais, no exercício de sua função primordial, além de aplicar a lei e direito ao caso, emitem uma mensagem, uma norma de valor. Se, por exemplo, o caso é de natureza

²² VELLOSO, Andrei Pitten. **A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário, n° 157, 2008, p. 9.

²³ O que não o torna incompatível com a fixação de prazos de prescrição e decadência, uma vez que pelo princípio da segurança jurídica se reconhece a necessidade de pacificação social fictícia ao se estabelecer um limite temporal para a inércia do titular, em contraposição a uma perpetuação de uma relação jurídica.

criminal e o réu é condenado, a mensagem ou o valor exposto, grosso modo, é aquele determinado fato será apurado e punido.

Neste sentido é o magistério de Antônio Carlos Wolkmer²⁴:

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesses entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias, e as contradições da ordem jurídica burguesa.

Esta mensagem é a própria função pedagógica, a qual é reconhecida pelo próprio STF, a exemplo do que manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no HC 85.948, assegura que *“os tribunais têm uma função pedagógica também; é preciso contribuir para que essas peças processuais sejam tecnicamente as mais bem feitas possíveis”*.

No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Carlos Britto:

Impressionou-me, sobretudo, a intervenção do Ministro Ricardo Lewandowski quando chama a nossa atenção para o fato do papel, também pedagógico, dos tribunais, no sentido de alertar o Ministério Público para a necessidade que ele tem de formular suas peças acusatórias, suas peças de denúncia com mais cuidado, com mais atenção, sobretudo aos requisitos mínimos de que trata o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Não se trata aqui de defender a tese da transcendência dos motivos determinantes que reconhece o caráter normativo e efeito vinculante das razões de decidir das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, mas tão somente de constatar o óbvio fato de que as decisões do STF possuem elevado caráter pedagógico.

E lamentavelmente, a mensagem do Supremo Tribunal Federal quando atribuiu efeitos prospectivos ao julgamento em exame – o primeiro *“olet”* sentido – aproxima-se da exortação do Padre Antônio Vieira avisa no *“Sermão do Bom Ladrão”* no início citado: *“em*

²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

vez de o ladrão restituir o que furtou no ofício, restitui-se o ladrão ao ofício, para que furte ainda mais?”²⁵

De fato, o posicionamento do STF de todo é incompatível com os primados constitucionais da legalidade e da moralidade (art. 37), bem como aos princípios da atuação conforme a lei e o Direito e atuação segundo padrões éticos, de probidade, decoro e boa fé, estabelecidos pela Lei 9.784/99 (art. 2º, I e IV).

Um segundo “*olet*” percebido é a institucionalização da “doutrina do não”, bem ressaltada por Luiz Carlos de Castro Lugon²⁶, que inclusive evidencia os impactos para a cidadania:

No relacionamento entre a parte (ser individualmente considerado) e o todo (coletividade) há reciprocidade de direitos e deveres. Há, sim, uma ética também do coletivo. As instituições devem sujeitar-se a um julgamento sob o prisma da moralidade. É fácil perceber a incidência de princípios superiores regendo a atividade administrativa. Há países em que são devolvidas *ex officio* quaisquer quantias que a administração surpreenda como pagas indevidamente; existem outros, entretanto, como este nosso, em que se cultua o “não” nos templos administrativos, numa irracional crença de que o direito do cidadão é contrário ao interesse do órgão público, como se este não houvesse como finalidade o atendimento ao cidadão.

(...).

A solidariedade é um imperativo ético. A sociedade consumista perde-se entre as vitrinas dos *shoppings*, na busca das roupas de *griffes*, enquanto ao menor do morro outro destino não se lhe oferece senão aceitar o “emprego” oferecido pelo traficante. Antes que promover a inclusão, cultivam-se políticas marginalizantes, concentradoras de riquezas, intolerantes com diferenças, geradoras de violência. Os entrechoques da competição cotidiana cria uma animosidade que esconde o temor de descer a degraus mais baixos da escala social. E os menos afortunados são vistos com acirrado desdém preconceituoso. Essa atitude de soberba alia-se ao medo de assumir responsabilidades. E surge a “*doutrina do não*”, fundada na constatação de que a recusa a um pedido do administrado não traz em si quaisquer ônus; enquanto o *sim* exige fundamentação e traz consigo responsabilidade.

A partir deste julgamento, ainda mais se for tratado como precedente, impossível será exigir atuação da Administração segundo padrões éticos, de probidade, decoro e boa fé (presumindo-se que devolver o alheio seria a conduta que atenda a estes princípios). E como

²⁵ VIEIRA, op. cit. p. 9.

²⁶ LUGON, Luiz Carlos de Castro. **A discricionariedade da Administração e o papel da Advocacia Pública**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2), p. 9/10

conseqüência, o tipo penal de excesso de exação²⁷ restará “obsoleto” e de impossível materialidade, afinal de contas, quem exige o indevido e sequer é obrigado a restituir jamais incorrerá em excesso.

O terceiro “*olet*” emanado da decisão prospectiva do STF pode ser observado sob a ótica da boa-fé. Em verdade, a decisão somente prejudicou aqueles que de boa-fé resolveram pagar o tributo. Os inadimplentes e os fraudadores foram salvos.

Aliás, a decisão prospectiva negou o acesso a jurisdição, garantia estabelecida pela CR/88, art. 5º, XXXV, aqueles que de boa-fé pagaram o tributo e agora encontram as portas do Poder Judiciário cerradas às suas pretensões.

Ainda, considerando que o Poder Judiciário fora vencido pelo número de processos e ainda o esforço legislativo de imprimir celeridade e efetividade ao ofício jurisdicional, vê-se que a decisão do STF motiva a multiplicação das demandas individuais, eis que somente com o exercício do direito de ação, individual e repetido, é que se pode assegurar o direito material.

²⁷ Código Penal, art. 316, § 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

CONCLUSÃO

Não se reconhece poderes ilimitados ao Supremo Tribunal Federal.

Não é possível outorgar legitimidade aos efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, ou a qualquer outra decisão, que a um só tempo, que violam princípios e normas da Constituição da República, ou ainda a posicionamentos que impliquem em retrocesso ético e moral do Estado.

O intérprete da Constituição não é maior que a própria Constituição e esta não é necessariamente o que aquele entende. Há de se ter em mente que argumentos da autoridade e autoridade dos argumentos nem sempre comungam do mesmo caminho.

É papel do cidadão, das entidades e das instituições, exercer um juízo crítico sobre os posicionamentos e reclamar do Supremo Tribunal Federal uma postura mais adequada ao interesse público, a Democracia, e a defesa da Constituição.

Não há uma maneira certa de fazer a coisa errada, muito menos uma maneira errada de fazer a coisa certa.

Cabe a sociedade, em especial à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na qualidade de legitimado ativo para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade (CR/88, art. 103, VII), e ainda na titularidade do direito e ônus de provocar a revisão e cancelamento de súmula (CR/88, art. 103-A, §2º), e da propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882/99, art. 2º, I), liderar a reação da sociedade contra tão grave julgamento, notadamente para que não se torne precedente.

A propósito, no “Sermão do Bom Ladrão”, o Padre Antônio Vieira comparou dois ladrões: Dimas, o ladrão crucificado ao lado de Jesus que nos seus momentos finais de vida suplica e alcança a redenção em função de seu arrependimento desacompanhado de qualquer outra atitude, e Zaqueu – coincidentemente cobrador de impostos – que somente a obteve após garantir a devolução do que fora roubado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade?** Revista CEJ, Brasília, n° 43, out/dez 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL, **Código Penal.** 14ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, **Código Tributário Nacional.** 14ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª Edição, Coimbra: Editora Almedina, 2003.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.** Revista ESMAFE Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n° 12, 2007.

FUX, Luiz. **Repercussão Geral e o Recurso Extraordinário (Lei 11.418/2006 com entrada em vigor em 21.02.2007).** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. **A discricionariedade da Administração e o papel da Advocacia Pública.** Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007.

LUGON, Luiz Carlos De Castro. **Ética da administração pública em juízo.** Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. (Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tributos e jogos de azar.** Revista Justiça e Cidadania, n° 82, maio de 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 1ª edição, Bahia: Editora Jus Podivm, 2008.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa**. Revista CEJ, Brasília, n° 36, jan/mar 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

VELLOSO, Andrei Pitten. **A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário, n° 157, 2008.

VIEIRA. Antônio. **Sermão do bom ladrão**. 1655. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16404>. Acesso em 10/06/2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.