

O Supremo e os Direitos dos Contribuintes

*Saul Tourinho Leal**

Uma discussão é recorrente: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei que impõe o recolhimento de um tributo, deve o Supremo Tribunal Federal (STF), sensibilizado por argumentos fazendários, impedir a repetição do indébito pelo contribuinte?

A Lei nº 9.868, de 1999, no artigo 27, dispõe que, 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, 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.

No direito comparado, essa prerrogativa nasceu na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, ao apreciar o caso *Linkletter versus Walker*, (1965). Victor Linkletter foi condenado com base em provas ilícitas, todavia, não se tratava de crime federal, única possibilidade de anular a condenação. A Suprema Corte modulou os efeitos da decisão, mantendo no ordenamento sentenças que rejeitaram a nulidade das condenações baseadas em provas ilícitas. Caso aplicasse a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade das condenações baseadas em provas ilícitas, haveria grande insegurança jurídica. Entendeu-se que não há dispositivo constitucional

* Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista em Direito Tributário pela UNIDF. Professor de Direito Constitucional do IESB e do IDP. Advogado em Brasília.

tratando dos efeitos da lei inconstitucional, logo, a Corte, caso a caso, é livre para fixar tais efeitos.

Contudo, este precedente foi revogado pelo caso *Griffith v. Kentucky* (1987). A Suprema Corte dos Estados Unidos, apreciando casos de condenação baseada em provas ilícitas nos quais norma superveniente ao julgamento proibia o uso destas provas, resolveu rever o precedente da modulação (Linkletter). A Corte entendeu que a modulação afronta o controle judicial das leis que tem como regra a nulidade da lei declarada inconstitucional. Além disso, fixou que, quando a Corte seleciona quais decisões podem ser moduladas e quais não podem, viola o princípio da igualdade, pois confere tratamento desigual a situações semelhantes.

Na seqüência, no caso *Teague v. Lane* (1989), prevaleceu a retroatividade das novas decisões, inclusive para os casos já transitados em julgado. *Teague* havia sido acusado de homicídio e, na execução da pena, adveio lei processual mais benéfica. A Corte entendeu que não caberia ao réu invocar a nova lei, pois a pena, à época, havia sido aplicada de acordo com a lei vigente, que deveria prevalecer.

A Suprema Corte tem rejeitado a modulação de efeitos em matéria tributária. Em *Harper v. Virginia "Dep't of Taxation"* (1993), decidiu-se pela retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, ao argumento de que a modulação promoveria tratamento desigual à alguma das duas categorias de contribuintes envolvidas, no caso, aposentados do governo federal e aposentados do governo estadual.

Ilustrativo é o caso *McKesson Corp. v. Div. of AB & T* (1990). Nele, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que permitia

que o Estado da Flórida exigisse uma dada tributação e afastou a modulação em favor da Fazenda. Prevaleceu o entendimento de que o Estado criador do tributo deve reparar o contribuinte que fora forçado a recolhê-lo indevidamente. A Suprema Corte reconheceu, à empresa McKesson, a vigência de regime tributário favorável superveniente, voltado ao comércio de bebidas alcoólicas por ela produzidas.

No Brasil, o Supremo fez parecer que caminharia em direção oposta. Isso ocorreu quando a Corte declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991, que fixava o prazo de dez anos para a recuperação de crédito por parte das autoridades previdenciárias. Fixou-se o prazo de cinco anos. Contudo, por maioria, afirmou-se que os contribuintes cobrados após os cinco anos não teriam direito à restituição, a menos que já tivessem ajuizado ações ou apresentado solicitações administrativas até a data do julgamento pelo Supremo, realizado em 11 de junho de 2008.

Apesar do susto que a decisão trouxe, o Supremo retomou sua jornada na concretização dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Em fevereiro, a Corte, por maioria, rejeitou o pedido formulado pela União de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540, de 1992, que previa o recolhimento de contribuição para o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas físicas.

O único voto discordante foi o da Ministra Ellen Gracie. Um dos argumentos trazidos para deferir a modulação em favor do Fisco era o de que a restituição propiciaria um enriquecimento ilícito aos contribuintes, visto que as contribuições recolhidas foram incorporadas pelos produtores aos preços dos seus produtos.

Argumento semelhante foi levado pelo Estado da Flórida à Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *McKesson Corp. v. Div. of AB & T* (1990). Segundo a Fazenda, rejeitar o pedido de ressarcimento do que já havia sido pago era uma medida equitativa, pois os contribuintes haviam repassado o custo do tributo inconstitucional. A Suprema Corte rejeitou com veemência este argumento.

O STF, no caso *Funrural*, também rejeitou com veemência o inusitado pedido fazendário. Segundo o Ministro Cezar Peluso, banalizar a modulação de efeitos em favor da Fazenda Pública é o mesmo que acabar com o instituto da repetição do indébito tributário. O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, frisou que a Corte por diversas vezes rejeitou pedidos de modulação formulados pelos contribuintes e que não seria medida equitativa proceder de forma diversa quanto ao Fisco.

A rejeição do pedido fazendário de modulação de efeitos no caso *FUNRURAL* mostra que a violação à Constituição quando praticada pelo Estado é muito mais perversa do que à cometida pelo contribuinte. É que o Estado, confiante na modulação de efeitos, estimula atos legislativos que acarretam obrigações tributárias inconstitucionais. A decisão do Supremo é um reencontro. Um reencontro do guardião da Constituição com os direitos fundamentais dos contribuintes.

(Publicado no Valor Econômico em 30/03/2010).