

MODULAÇÃO DE EFEITOS E A INSEGURANÇA DO CONTRIBUINTE

EFFECTS MODULATION AND INSECURITY OF THE TAXPAYER

Evandro Pereira Guimarães Ferreira Gomes¹

Abel Rafael Soares²

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a questão da segurança jurídica e do excepcional interesse social como elementos necessários para modulação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro que declarou a norma, ou parte dela, inconstitucional, e a consequente insegurança do contribuinte. A problemática consiste na aplicação destes elementos para efetivar a modulação de efeitos da sentença, pautando-se que a segurança jurídica e o excepcional interesse social sejam decorrentes da manutenção dos atos jurídicos praticados na vigência da lei declarada inconstitucional ao invés da proteção jurídica do *status quo*, ou seja, a preservação e aplicação somente da legislação anterior a promulgação da lei objeto do controle de constitucionalidade pelo guardião da constituição. Nossa hipótese consiste na afirmação que esses elementos são utilizados para manter os atos jurídicos praticados no decorrer da vigência da lei declarada inconstitucional, haja vista a instabilidade que poderia ocasionar a aplicação do efeito *ex tunc*, sem ignorar o enfrentamento da possibilidade do Poder Legislativo, ou mesmo do Poder Executivo, editar leis, sabedoramente inconstitucionais, como forma de manobra política, trazendo como inevitável consequência a insegurança jurídica para o contribuinte. Por fim, este trabalho tem por objetivo realizar uma análise dos institutos segurança jurídica e excepcional interesse social.

PALAVRAS-CHAVE: SEGURANÇA JURÍDICA; EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL; MODULAÇÃO DE EFEITOS; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; CONTRIBUINTE.

ABSTRACT

This study addresses the institutes of legal certainty and of the exceptional social interest as necessary elements for modulating the effects of the decision by the Brazilian Supreme Court that stated that the rule, or part of it, unconstitutional, and hence the consequent insecurity of

¹ Advogado. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá.

² Advogado. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá.

the taxpayer. The problem consists in the application of these elements to effect the modulation effects of the judgment, if that guided the law and social interest are exceptional because of the maintenance of the legal acts in the presence of the law declared unconstitutional instead of legal protection of the status quo, ie, preservation and application of previous legislation only the promulgation of the law object of judicial review by the guardian of the Constitution. Our hypothesis is the claim that these elements are used to maintain the legal acts during the term of the law declared unconstitutional, given the instability that could lead to the application of the effect 'ex tunc' without ignoring confronting the possibility of the Legislature, or even the Executive branch, enact laws, knowingly unconstitutional, as a means of political maneuver, bringing inevitably result in legal uncertainty for the taxpayer. Finally, this work aims to conduct an analysis of institutes legal certainty and exceptional social interest.

KEYWORDS: LEGAL CERTAINTY; EXCEPTIONAL SOCIAL INTEREST; EFFECTS MODULATION; CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; TAXPAYER.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES

O tema a seguir abordado é a questão da segurança jurídica e do excepcional interesse social como elementos necessários para modulação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal. Com o advento da Lei 9.868, de 1999, foi positivado no artigo 27, a possibilidade de modular ou restringir os efeitos da sentença que declarou a inconstitucionalidade de determinada lei, ou parte dela, para que os efeitos produzidos na vigência da mesma sejam mantidos, ou, até, a possibilidade de manter a lei inconstitucional em vigor durante um lapso de tempo futuro. Para tanto, será necessário para efetivar tal modulação, que a corte constitucional decida pela modulação de efeitos por meio de um quórum qualificado e que tenha por base as razões ou elementos consistentes na segurança jurídica e no excepcional interesse social.

O escopo deste trabalho é compreender os elementos, segurança jurídica e excepcional interesse social, bem com suas aplicações na hipótese de modulação dos efeitos e seus reflexos no que concerne a insegurança do contribuinte.

O método adotado na composição foi baseado na utilização de fonte doutrinária, além de decisões do Supremo Tribunal Federal ao tratar sobre tal matéria.

No primeiro momento tecemos considerações sobre a ideia de segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, passando por seus elementos, incluindo a discussão quanto ser este um como princípio implícito na Constituição da República de 1988.

No segundo momento tratamos sobre o elemento excepcional interesse social, em especial seus aspectos de diferenciação com interesse público, bem como a análise de seus valores.

Num terceiro momento damos enfoque à questão da utilização dos elementos aqui trabalhados para efetivação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Posteriormente, teceremos o embate quanto a insegurança jurídica do contribuinte que poderá ficar vulnerável frente ao Estado em razão da legitimação dos atos provenientes de lei declarada constitucional, em razão da modulação temporal.

Por fim, expomos nossa conclusão sobre o tema abordado.

2. SEGURANÇA JURÍDICA

Para analisar o conceito de segurança jurídica é preciso enfrentar algumas discussões no sentido de esclarecer se o termo tem sentido de princípio ou valor, dentro da ótica constitucional. Outro ponto que merece esclarecimento é a questão da segurança como proteção à confiança dos atos jurídicos praticados. Além disso, se faz necessário delinear os elementos da segurança jurídica, em especial, a certeza, a estabilidade e a previsibilidade.

Inicialmente, o termo em estudo consiste em uma expressão que não possui significado unívoco, estando assim carregada de imprecisão e fluidez. Nas palavras de FERRARI (2004, p.304) segurança jurídica é identificada como plurissignificativa, o que a caracteriza como um conceito jurídico indeterminado.

A segurança jurídica é um valor constitucional que produz reflexos sobre todo o ordenamento, servindo como parâmetro para as escolhas administrativas, no sentido de evitar prejuízos ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Entretanto, segundo a melhor doutrina é possível flexibilizá-lo em decorrência da efetivação dos direitos fundamentais de caráter essencial à coletividade.

Outro pensamento que compõe a discussão é a posição do professor MENDES (2011, p.431) que entende, o instituto em debate, como subprincípio do Estado de Direito, assumindo assim um valor impar na ordem constitucional cabendo-lhe papel diferenciado na

realização da própria ideia de justiça material. Dessa forma, o termo está ligado a um caráter valorativo e não principiológico.

CASALI (2012, p. 09-10) ao citar o olhar de Peres Luño sustenta que a segurança dos bens jurídicos devem atender às seguintes exigências:

1º a superação do equívoco e a ambigüidade deste termo ocorre quando se identifica com valores constitucionalmente proclamados pelo Estado de Direito, tendo sua materialização definitiva no próprio sistema dos direitos fundamentais; 2º a organização dos direitos fundamentais no Estado social de Direito supera a tensão entre a concepção individualista e transpersonalista, pois os bens jurídicos tendem a possibilitar a integração plena e simultânea entre as exigências sociais e pessoais; 3º a estruturação do Estado social de Direito que responda a princípios do pluralismo e da participação democrática evitará a involução autoritária do Estado prevenção, pois em uma sociedade democrática e pluralista os valores, bens ou direitos fundamentais não podem ser o produto de uma imposição arbitrária de um grupo ideológico, senão o resultado de um consenso intersubjetivo edificado sobre pressupostos procedimentais imparciais e a partir do sistema de necessidades humanas fundamentais.

Na linha de pensamento do autor citado acima, percebe-se que a segurança jurídica compõe o valor justiça, fundindo-se a partir da realização de garantias da realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Para MORAES (2004, p.101) os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente.

TEIXEIRA (2006, p.735) discorre que identificar o conjunto de valores que se amalgama à estrutura normativa da Carta Magna, com enfoque nos princípios da igualdade e da segurança jurídica sem descurar dos princípios do pluralismo e da solidariedade, é sobremaneira importante para que possamos encetar soluções processuais a que a administração da justiça busque, permanentemente, a construção da ordem jurídica justa. Nessa toada, para a autora, valores não equivalem a princípios, sendo estes substratos daqueles. Por conseguinte, a segurança jurídica fica circunscrita no âmbito dos princípios.

Passado a discussão da natureza da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se conceituar o que é segurança jurídica. Para o professor SILVA (2005, p.3),

segurança jurídica tem duas ramificações conceituais quais sejam a de natureza objetiva e de natureza subjetiva.

O aspecto objetivo da segurança jurídica versa sobre a limitação da atuação estatal, em especial quanto a proteção do ato jurídico perfeito, coisa julgada e o direito adquirido, sendo estas forma de exteriorização da segurança jurídica.

O professor CANOTILHO (1995, p.373), ao confirmar que o ato jurídico perfeito, coisa julgada e o direito adquirido, estão relacionados diretamente com a segurança jurídica ensina:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos , posições jurídicas e relações, praticas ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direito.

Nesta trilha, a natureza objetiva visa proteger a estabilidade estatal.

Por certo, a segurança jurídica mesmo em seu carácter objetivo é mitigado no direito brasileiro ao passo que no direito penal, por exemplo, esta estabilidade não existe para favorecer o acusado, como é passível concluir na análise da revisão criminal e a retroatividade da lei que só servirá a favor do condenado ou do réu no processo penal (GRINOVER,2011).

Quanto a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo visa dar proteção à confiança do cidadão, em especial pelos atos praticados pelo estado em suas mais diversas áreas de atuação.

Ao conceituar segurança jurídica em seu aspecto subjetivo como proteção à confiança, CANOTILHO (2000, p.256) ensina:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autonomia e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o principio da proteção à confiança como um subprincipio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada

com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança sempre mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos do acto.

Segurança jurídica está intimamente relacionada com o Estado Democrático de Direito, sendo este um dos pilares da ordem jurídica, com o intuito de fornecer ao cidadão maior estabilidade e previsibilidade (CANOTILHO,1991).

A estabilidade e a previsibilidade são ideias nucleares consistentes no conceito supracitado, ao passo que a estabilidade, também entendida como eficácia *ex post* da segurança jurídica, versa sobre a impossibilidade de modificação de decisões salvo quando ocorrer pressupostos materiais altamente relevantes. Enquanto, a previsibilidade, também chamada de *eficácia ex ante* da segurança jurídica, trata-se da recondução da exigência de certeza e calculabilidade em referência aos efeitos jurídicos.

Para análise do instituto da segurança jurídica necessário se faz a compreensão de seu elemento essencial, consistente na certeza.

MELO (1998, p.73), explica a necessidade de manter o direito escrito acima do direito costumeiro, tornando-se assim o direito posto como um paradigma que, teoricamente, tínhamos um sistema sem lacunas, capaz de oferecer precisão ao entendimento do intérprete e do aplicador da lei.

Desta forma, a certeza da segurança jurídica é facilmente percebida pela leitura do artigo 5º, em seu inciso XXXVI da Constituição da República de 1998.

Por tanto, a segurança jurídica é um princípio implícito esculpido na Constituição da República de 1988, no *caput* do artigo 5º como direito fundamental, dividindo-se em dois aspectos, objetivos e subjetivos, sendo o primeiro com o intuito de manter a estabilidade e o segundo com o intuito de garantir à confiança, tendo como principal elemento a manutenção da certeza para o cidadão.

3. EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

O termo excepcional interesse social, citado no artigo 27, da lei nº 9.868/99, consiste em um das hipóteses em que é permitido a modulação de efeitos das decisões pelo STF, com prévia aprovação de dois terços de seus membros. Dessa forma, é preciso enfrentar a dúvida

referente à delimitação ou abrangência dessa expressão que enseja um conceito jurídico indeterminado.

Seguindo sobre a questão acima levantada, deve-se recorrer aos ensinamentos de MIRANDA (1996, p. 265-266) que ao tratar do assunto afirma que não se está diante de uma análise meramente jurídica, devendo para tanto ser condicionada e fundamentada com base no princípio da proporcionalidade. O autor ao comentar sobre isso fala em interesse público de excepcional relevo, diferentemente da forma descrita na lei, porém permitindo o mesmo significado.

Nesse aspecto, é preciso ter em mente que a Constituição tem reflexos sobre todo o ordenamento jurídico, fazendo com que o intérprete das normas infraconstitucionais tome por parâmetro os princípios e valores abarcados por ela.

Significa dizer que a leitura que deve ser feita sobre o excepcional interesse social tem que estar pautada na defesa dos direitos fundamentais dos particulares (FERRARI, 2004, p. 316). Dessa forma, os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo serão considerados de acordo com aquilo que estiver em jogo na análise do STF, ou seja, os ministros da suprema corte precisam estar atentos à repercussão das suas decisões, caso a caso, a fim de evitar violação à razão da existência do Estado.

Diante dessa perspectiva, o que mais importará para esse procedimento será a adequada, proporcional, razoável e racional fundamentação dessas modulações, no sentido de impedir equívocos que coloquem em risco a justiça, a segurança e o bem estar social. Assim, os argumentos de reforço e as razões de decidir não podem afrontar a legitimidade, sob pena de se permitir o exercício indiscriminado da exceção.

Segundo, FERRARI (2004, p.311), como a noção de interesse social não alberga uma noção propriamente jurídica, determinar o seu conteúdo não é tarefa fácil, como algo que se imponha naturalmente.

A autora acima continua abordagem do tema afirmando que (FERRARI, 2004, p.311):

Quando se fala em excepcional interesse social se está frente a uma apreciação de natureza política, ou seja, um exame valorativo embasado, até certo ponto na conveniência ou oportunidade. No dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: 'é uma apreciação tipicamente política. É subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança jurídica, ou interesse social, qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas'

Na concepção de MELLO (2002, p.69), o interesse público constitui o interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconsciente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés, de acentuar, como se deveria, que o interesse todo, é função qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação. Isto é, ao lado do interesse individual, no que tange aos assuntos da vida pessoal, existe o interesse enquanto partícipe de uma coletividade, ou melhor, do todo que caracteriza o que chamamos de interesse público.

Nesta seara ALESSI (1970, p.184) ensina que:

cada coletividade social nos oferece um rol de interesses, que se relacionam entre si: interesses que coincidem entre si e interesses que entre si, estão em conflito. Cada interesse, enquanto sentido por um só indivíduo, é sempre e necessariamente individual; mas no caso de que um mesmo interesse seja o de uma coletividade mais ou menos ampla de indivíduos, esse interesse sobre o qual falamos, passa a ser coletivo enquanto sentido por todos os indivíduos da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses individuais coincidentes. A organização jurídica da coletividade representa a prevalência de uma determinada série de interesses coletivos sobre qualquer outro interesse, individual ou coletivo, que exista no seio da coletividade e que esteja em contraste com aquele. Ao conjunto dos interesses coletivos prevalentes, tem se chamado, por uma fórmula sintética, de interesse coletivo primário. Este interesse coletivo primário, embora sendo a expressão unitária de múltiplos interesses individuais coincidentes de cada um dos sujeitos jurídicos membros da coletividade, se diferencia idealmente do interesse individual de cada um dos sujeitos, que pode coincidir com dito interesse ou estar em conflito com ele. Estes interesses individuais próprios de cada um dos sujeitos, membros da coletividade, têm sido denominados interesses securitários; interesses subjetivos, enquanto próprios de cada sujeito, ou também, em sentido bastante lato, patrimoniais enquanto integram o patrimônio do sujeito, ou seja, o conjunto de relações das que é titular.

Desta forma conclui ALESSI (1970, p.184-185) que:

O interesse chamado público não é nada mais do que o interesse coletivo primário considerado como sujeito de tutela direta para a ação administrativa, enquanto que o interesse da Administração, enquanto entidade organizada, não representa senão um dos interesses secundários que existem no grupo social.

Com base nas orientações de BARROSO, (2007, p.13) a noção de interesse público, para os fins aqui visados, irá utilizar uma distinção fundamental e pouco explorada, que o divide em primário e secundário. O interesse primário refere-se a toda a sociedade, já o secundário é destinado a pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

4. UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS PARA MODULAÇÃO DE EFEITOS

Com o advento da lei 9.868 de 1998, foi possibilitado a Corte Constitucional brasileira a modular os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade de determinada norma, ou parte dela, contanto que preenchido alguns requisitos.

A modulação de efeitos, conforme disposição do art. 27³ da lei em análise é um instituto inovador no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que permite os tribunais tomar as seguintes medidas:

a) restringe os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável, ou ainda impedindo a retroação sobre determinado tipo de situação; b) não atribui efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir do seu trânsito em julgado; e c) até mesmo fixe algum momento específico como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão, no passado ou mesmo no futuro, dando à norma uma sobrevida.⁴ (BARROSO, 2012, p.238).

³ 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.

⁴ O próprio BARROSO cogita a possibilidade de uma quinta hipótese “referente aos casos em que o Tribunal declara que determinado dispositivo de lei ou ato normativo editado na vigência da ordem constitucional anterior não foi recepcionado pela nova Constituição.” (BARROSO, 2012, p.239).

Vale ressaltar que esse mecanismo tem por base a mudança dos efeitos que normalmente são aplicadas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O ordenamento jurídico brasileiro tem por regra a aplicação de efeitos *ex tunc* nas decisões proferidas pela Suprema Corte. Este efeito determina a retroatividade da decisão à época da origem dos fatos a ele relacionados, fazendo com que todos os atos jurídicos praticados com base na norma declarada inconstitucional sejam nulos de pleno direito.

A nulidade ocorre em virtude da norma que, embora existente, não é válida⁵ em decorrência do seu vício consoante os elementos do ato, o preenchimento dos atributos ou em relação aos requisitos que a lei lhes acostou (BARROSO, 2012), bem como não produzirá efeitos.

Nesta trilha, a norma para ser válida ela tem que preencher os seguintes itens: elemento, atributo, forma e objeto. Em contrário *sensu*, a norma inconstitucional é a norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior, a Constituição (BARROSO, 2012).

Sendo assim, quando há modulação de efeitos, a norma declarada inconstitucional deixa de ter seus efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo à época de sua eficácia, e passa a ter os efeitos *ex nunc*.

Os efeitos *ex nunc*, ao contrário do efeito *ex tunc* não retroagem a data da origem da produção de efeitos da norma declarada inconstitucional, passando a declarar nulos os atos praticados pela norma inconstitucional somente a partir da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo guardião da Constituição.

O jusfilósofo austríaco Kelsen (2007, p.171) já ensinava a necessidade da aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma não retroativa, ao passo que:

Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão.

⁵ Atente-se que a validade, no sentido aqui empregada, não se confunde com a validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade. (BARROSO, 2012, p.35). A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-formal (*vigência*), o da validade social (*eficácia ou efetividade*) e o da validade ética (*fundamento*). (REALE, 1990, p. 105).

Fundamentava KELSEN (1986), que a norma declarada inconstitucional não deveria ter efeitos retroativos em virtude da validade da norma. Para o autor, a validade da norma se confundia com a eficácia da mesma, no sentido que, se a norma foi editada de forma a atender os requisitos formais previstos para sua confecção, e, a *posteriori* verificado que seu conteúdo não era compatível ou mesmo antagônico com a Constituição, os atos jurídicos praticados na vigência da mesma eram regularmente válidos, passível no máximo de anulabilidade.

Outrossim, a modulação de efeitos ainda pode ser realizada de outra forma, ou seja modulando seus efeitos *pro futuro*. Vale ressaltar que o nosso sistema acompanhou o modelo austríaco, no que concerne a modulação de efeitos *pro futuro* inclusive no tocante com a fixação de prazo máximo para a produção de efeitos.

No artigo 27 da supracitada lei, prevê como elementos necessários para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, ou parte dela, a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Necessário, ainda, que para haver a modulação temporal é necessário que o Supremo Tribunal Federal decida por maioria de dois terços de seus membros.

Discussão atual veemente entre os membros da Suprema Corte brasileira é fazer da modulação um incentivo a produção de leis flagrantemente inconstitucionais, com intuito eleitoral.

Verifica-se, por exemplo, a criação de lei pelo Distrito Federal, nº 935 de 11 de outubro de 1995, que instituiu gratificação pelo risco de vida aos bombeiros militares e policiais militares.

Tal lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.791-9 DF), a qual foi declarada inconstitucional por tratar de matéria de competência exclusiva da União.

Contudo, sua decisão teve seus efeitos modulados tendo por fundamento o caráter eminentemente alimentar da gratificação. Ressalta-se que, a modulação ocorreu em virtude de decisão pela maioria dos membros, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio.⁶

Uma questão intrigante refere-se à falta de direcionamento do Tribunal Constitucional quanto à aplicação ou não da modulação temporal das decisões. Ora segue os preceitos desse mecanismo, ora não. Assim, o olhar crítico da doutrina tem reclamado uma orientação. Significa dizer que o STF tem adotado uma postura política e utilitarista,

⁶ STF. ADI 3.791-9 DF, Rel. Min CARLOS AYRES BRITO. 26/08/2010. O Ministro Marco Aurélio levantou a questão que a referida lei está em vigor há 12 anos e se for atribuída a modulação de efeitos, o STF estará estimulando a atuação parlamentar visando a concessão de benefícios à margem da Constituição com o fito eleitoral. Votou pela procedência da ADI e votou contar a modulação temporal.

aplicando o mecanismo nas hipóteses que despertam interesses aos seus ministros, sem atentar para a coletividade.

Chegou o momento de se cobrar dos Guardiões da Constituição uma posição no sentido de adotarem um caráter minimalista, limitando a determinados casos a aplicação da modulação; ou global, ampliando esse instrumento às hipóteses parecidas e equivalentes, num sentido unificador. O que não pode se admitir é o meio termo, sob pena da sociedade ficar a mercê de decisões que flutuam no tempo e no espaço, conforme o momento político da história e a composição da Corte.

5. A INSEGURANÇA JURÍDICA DO CONTRIBUINTE

Conforme verifica-se, o Brasil adotou o modelo norte americano de controle de constitucionalidade com o fito de declarar nulo todos os atos praticados em decorrência da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista tal decisão atacar diretamente a validade da lei.

Contudo, este modelo foi mitigado possibilitando ao Guardião da Constituição, cumprindo determinados requisitos, validar os atos praticados em decorrência da lei inconstitucional como forma de manter o equilíbrio, em especial a segurança jurídica.

Ponto que deve ser enfrentado é a insegurança jurídica imposta ao contribuinte ao passo de ter que custear de forma compulsória tributo sabidamente inconstitucional.

O professor ROSA JR. (2007, p.278-279), ao ensinar sobre princípios tributários, menciona ser o princípio da confiança da lei tributária a tradução da possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar os seus encargos tributários com base exclusivamente na lei.

Traduz-se melhor os ensinamento ao afirmar que:

as pessoas têm o direito subjetivo de só serem consideradas sujeitos passivos de tributos: 1) previstos, expressamente ou implicitamente, na Constituição; b) criados legislativamente, em total sintonia com os ditames que ela consagra; c) após a ocorrência de seus fatos impositivos

Nesta trilha, é flagrante a dissonância entre o requisito mencionado, qual seja, a total sintonia com os ditames consagrados pela Constituição, e a ratificação dos atos praticados sob

a chancela de lei sabedoramente inconstitucional, através do fenômeno da modulação dos efeitos.

Como será possível o contribuinte aceitar ter seus inúmeros direitos violados em razão da ratificação pelo Supremo Tribunal Federal de atos praticados por força de lei inconstitucional?

Outra questão a ser ponderada, é a possibilidade da repetição do indébito em razão da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei. Sabe-se que o direito do contribuinte de pleitear repetição do indébito extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos (HARADA, 2011).

Contudo, a possibilidade de inúmeras demandas requerendo a repetição do indébito, bem como o impacto direto nos cofres públicos em razão da impossibilidade de novas cobranças com base na lei declarada inconstitucional, bem como a devolução da quantia recebida, traria prejuízos incalculáveis ao estado. A bem da verdade, o STF tem se preocupado com as condições econômicas do Estado para o devido ressarcimento dos valores cobrados com base em norma considerada inconstitucional, em prejuízo do dano sofrido pelo contribuinte.

Neste ponto, o excepcional interesse social se sobressairia sobre o direito individual do contribuinte de somente ser tributado com base em lei constitucional.

Verifica-se, desta forma, que a modulação temporal quando aplicada na seara tributária fere diversos princípios e normas, principalmente as constitucionais, quando ratifica os atos praticados em decorrência com a lei declarada inconstitucional.

Forçoso é considerar que com o fundamento de preservação das finanças do Estado estará o STF criando um obstáculo ao direito de receber os valores pagos indevidamente pelo contribuinte em possível ação de repetição, sobre o fundamento doutrinário de enriquecimento indevido do Estado, ou nas palavras do Professor TORRES (2010, p.297) “não é suficiente, portanto, para legitimar a ação de repetição de indébito, o enriquecimento ilícito do ente público, más o empobrecimento do contribuinte”.

É possível que a modulação dos efeitos em matéria tributária pelo STF, privilegiando o interesse público em relação aos escassos recursos financeiros, incorra em verdadeiro incentivo do acomentimento de verdadeiras violações aos limites imperativos do poder de tributar? Com base em exemplos recentes poderia se dizer que sim.

Caso recente foi o julgamento referente a cobrança de Universidades Públicas de taxa de matrícula, tendo como consequência a edição da Súmula Vinculante⁷ nº 12⁸. Após o Tribunal julgar inconstitucional⁹, optou por modular os efeitos, mesmo sem ter o pedido expresso no Recurso Extraordinário. É plausível a defesa do interesse público em relação as suas finanças? Claro que é, no entanto, caminha-se para o perigo de verdadeiro incentivo ao desrespeito da administração fazendária, considerando que sempre os recursos serão escassos e as necessidades ou demandas da sociedade serão sempre infinitas, nesse conflito entre o interesse do Estado e o do contribuinte, violando o direito do contribuinte, teremos verdadeiro descumprimento do princípio da segurança jurídica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do tema aqui estudado, embora o conteúdo mereça ainda muita reflexão, podemos concluir que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro adotou parte do modelo austríaco e parte do americano, dando origem a uma espécie de aparelhagem híbrida, permitindo à Corte Suprema manusear os efeitos das decisões diante de requisitos definidos em lei.

Outro ponto que identificamos na pesquisa e no desenvolvimento deste trabalho foi que os elementos exigidos legalmente para a modulação de efeitos não gozam de conteúdo objetivo, deixando espaço para intérprete defini-los de acordo com o caso concreto. Significa

⁷ Nas palavras de SILVA (2011, p.117) “Súmula Vinculante é a formulação linguística do princípio jurídico abstrato dotado de força normativa geral (*holding*), extraído da decisão que solucionou a controvérsia nos precedentes que lhe deram origem.”

⁸ Súmula Vinculante nº 8 A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

⁹ STF. RE 500171 ED/GO, Rel. Min RICARDO LEWANDOWSKI. 03/06/2011. O Plenário, por maioria, acolheu embargos de declaração para atribuir eficácia *ex nunc* a decisão proferida em sede de recurso extraordinário, em que declarada a inconstitucionalidade da cobrança de taxas de matrícula em universidades públicas e editada a Súmula Vinculante 12 — v. Informativo 515. Aduziu-se que, muito embora o recorrente não houvesse pleiteado a modulação dos efeitos da decisão quando da interposição do referido recurso extraordinário, quer nos autos, quer na sustentação oral, seria necessário superar as dificuldades formais para o conhecimento dos embargos. Ponderou-se que, além de a decisão ser revestida de vasta abrangência e excepcional interesse social, haveria uma relevante questão de ordem prática a ser solucionada, tendo em vista a possibilidade de as instituições de ensino serem obrigadas a ressarcir todos os estudantes que eventualmente pagaram as citadas taxas no passado. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes destacou a delicada situação financeira das universidades, bem como o fato de que tais recursos seriam, inclusive, destinados a fornecer bolsas aos próprios estudantes, atingindo, portanto, finalidade pública. Por fim, garantiu-se o direito de eventual ressarcimento aos que já houvessem ingressado, individualmente, com o respectivo pleito. Vencido o Min. Marco Aurélio que desprovia o recurso por entender inexistir omissão a ser sanada na via de embargos, cujo acolhimento implicaria mudança de manifestação da Corte, em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. RE 500171 ED/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16.3.2011. (RE-500171)

dizer que segurança jurídica e excepcional interesse social são conceitos jurídicos indeterminados. Nesse aspecto, em decorrência da baixa densidade, esses dois balizadores são dotados de natureza de princípio ou valor constitucional que demandará aplicação do método de ponderação para sua aplicabilidade.

Ficou constatado que o termo excepcional interesse social equivale ao interesse público de 2º grau, o qual se refere á vontade coletiva, não cabendo aqui mencionar os anseios da Administração Pública que se enquadraria como de 1º grau. Assim, somente na primeira hipótese seria possível o judiciário adotar a modulação de efeitos, na forma da lei que regula a ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Quanto à segurança jurídica, ficou evidenciado ser este um princípio implícito que visa evitar prejuízo ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, praticados na vigência da norma declarada inconstitucional. Nesse sentido, os fins justificam os meios para manter a estabilidade das relações.

Por fim, no que concerne a incerteza jurídica do contribuinte, esta fica evidenciada, quando o guardião da constituição chancela os atos praticados na vigência e em decorrência da lei declarada inconstitucional sob os fundamentos da segurança jurídica e do excepcional interesse social, em regra, do Estado.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. Saraiva. 2003.

ROSA JR., Luiz Emydio F.. *Manual de Direito Financeiro & Tributário*. 20 ed. São Paulo: Renovar, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Almiro do Couto. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784)*. [on line], disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>, acesso em 20 de novembro de 2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula Vinculantes: teoria e praticada decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TEIXEIRA, Patrícia Gomes. *A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais*. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006