



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A RESTRIÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE
INCONSTITUCIONALIDADE E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO

João Paulo de Carvalho da Costa

Rio de Janeiro
2009

JOÃO PAULO DE CARVALHO DA COSTA

A RESTRIÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE
INCONSTITUCIONALIDADE E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO

Artigo Científico apresentado à Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelon Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A RESTRIÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO

João Paulo de Carvalho da Costa

Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

Resumo: o presente trabalho visa a abordar um tema bastante polêmico, isto é, a questão da eficácia dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade de uma lei instituidora de um tributo, em sede dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade e sua consequente flexibilização, quando o Supremo Tribunal Federal decide restringir os efeitos dessa respectiva declaração, invocando a segurança jurídica ou excepcional interesse social em detrimento do direito à repetição de indébito em face dos valores pagos indevidamente.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Tributário. Restrição da eficácia temporal. Modulação dos efeitos. Tributo. Inconstitucionalidade. Repetição de indébito tributário. Enriquecimento ilícito.

Sumário: Introdução. 1. Controle de Constitucionalidade. 1.1. Controle de Constitucionalidade Difuso. 1.2. Controle de Constitucionalidade Concentrado. 2. Teoria da Nulidade. 2.1. Mitigação do Princípio da Nulidade nos Controles Concentrado e Difuso de Constitucionalidade. 3. Repetição de Indébito. 4. Enriquecimento Sem Causa. 5. Da Modulação dos Efeitos da Decisão Declaratória de Inconstitucionalidade e o Locupletamento Ilícito do Estado; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar a questão da eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei instituidora de um tributo em sede de controle concentrado ou

difuso de constitucionalidade, e a flexibilização ocorrida quando o Supremo Tribunal Federal decide restringir seus efeitos.

O tema envolve aspectos ligados ao Direito Constitucional e Tributário, e busca analisar, por meio de conceitos extraídos de ambos, as principais controvérsias que envolvem a referida questão.

Em que pese existir certa divergência doutrinária, é entendimento jurisprudencialmente consolidado, sustentado, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, que a lei ou os atos normativos emanados do Poder Público, tidos por inconstitucionais, acarretam uma nulidade *ab initio*, sendo esta decisão de natureza declaratória, reconhecendo-se um estado preexistente.

Do ponto de vista clássico, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em relação ao tempo serão sempre *ex tunc*, retroagindo à data em que essa fora elaborada.

Entretanto, algumas situações exigem a mitigação do entendimento supracitado. São as chamadas, técnicas de decisão, que consistem em restrições da eficácia retroativa da decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Dentre as técnicas de decisão adotadas pelo ordenamento jurídico pátrio estão: a restrição da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, constante no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a qual será aprofundada no decorrer do presente estudo; o afastamento do efeito repristinatório, capitulado no artigo 11, § 2º da Lei nº 9.868/99; a interpretação conforme a Constituição; a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, prevista no artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99 e o processo de inconstitucionalização, que seria o reconhecimento da inconstitucionalidade progressiva ou norma ainda constitucional, sendo certo que esta última técnica não possui previsão legal, decorrendo de entendimento jurisprudencial oriundo do Supremo Tribunal Federal.

A restrição da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade consiste na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, desde que atendidos requisitos prescritos em lei, estabelecer um marco temporal qualquer a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade produzirá efeitos.

Pode-se notar que se faz perfeitamente possível a fixação da eficácia retroativa de maneira parcial, ou até mesmo ultrativa, sendo certo que neste último caso o marco temporal correspondente será fixado na data ou em momento posterior à prolação da decisão de inconstitucionalidade, com fundamento em juízo de ponderação, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social enxergado *in casu*.

Nesse sentido, a eficácia retroativa integral sustentada pela teoria clássica será mitigada, para a aplicação de uma eficácia retroativa parcial ou prospectiva, *ex nunc*, a abranger determinado período de tempo, a fim de que uma lei declarada inconstitucional, portanto, nula, possa produzir efeitos durante prazo assinado pelo Judiciário.

A discussão envolve uma questão bastante polêmica e traz à baila um caso concreto muito discutido pela doutrina e jurisprudência hodierna, quando certo contribuinte propõe ação de repetição do indébito, a fim de reaver valores pagos ao *fiscum* de boa-fé, tendo em vista a posterior declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora daquele respectivo tributo pelo Supremo Tribunal Federal.

Busca-se, neste trabalho, confrontar as teorias clássica e moderna, a fim de identificar qual delas reputar-se-ia a mais justa diante do caso ora apreciado. Na visão dos primeiros, os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal retroagiriam ao momento da sua elaboração, sendo cabível a repetição em relação a todos os pagamentos porventura efetuados. Todavia, sob a ótica da doutrina contemporânea, tendo em vista a possibilidade de aplicação da teoria da restrição da eficácia temporal da decisão de declaração de

inconstitucionalidade, somente caberá repetição daquilo que foi pago após o marco temporal fixado pelo respectivo Tribunal Superior.

O objetivo do presente artigo, como dito anteriormente, é responder as principais indagações pertinentes ao caso, a fim de elucidar de forma objetiva as mais importantes controvérsias existentes. Para tanto, será fundamental o estudo da legislação vigente, não se afastando da análise dos aspectos práticos e do enfoque que o tema recebe na Corte Suprema.

Ao final, será apresentada a sugestão do autor sobre como coadunar a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em questão com os mais variados princípios constitucionais.

O suporte teórico será dado, em sua maioria, por livros de Direito Constitucional, mormente pelas obras dos ilustres professores José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes, Pedro Lenza, Flávia Bahia Martins, Daniel Sarmento e Paulo Bonavides. Também serão utilizadas obras de Direito Tributário, tais como os manuais dos professores Hugo de Brito Machado, Luciano Amaro, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, bem como publicações de julgados do Supremo Tribunal Federal.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é o meio apto a impedir que uma norma que se oponha à constituição permaneça no ordenamento jurídico. Ele consiste em uma aferição de compatibilidade entre uma norma superior, constitucional, e uma norma inferior, infraconstitucional.

A norma infraconstitucional extrai seu fundamento de validade da norma constitucional, verificando-se, assim, a adequação de uma lei ou ato normativo em relação à Constituição.

Assim sendo, conforme os ensinamentos de MARTINS (2009, p. 331), “controlar a constitucionalidade das leis consiste na verificação de sua compatibilidade material e formal para com a Constituição Federal”.

Portanto, é por meio do controle de constitucionalidade que se avalia a compatibilidade material da norma, consistente na análise de seu conteúdo, de sua essência, em face da norma paradigma, bem como sua respectiva compatibilidade formal, isto é, se o processo legislativo realizado para a sua elaboração está de acordo com o que determina a Carta Magna.

As espécies normativas integrantes do ordenamento jurídico devem ser filtradas à luz da Constituição. Para que elas existam e sejam consideradas válidas, devem passar a ser lidas de acordo com os preceitos constitucionais. É através dessa comparação que se afere a constitucionalidade de leis ou atos normativos integrantes do sistema jurídico pátrio.

O controle de constitucionalidade serve, portanto, para observar se as leis ou atos normativos guardam compatibilidade com a Carta Maior, pois se assim não for, a norma infraconstitucional será atingida no âmbito de sua validade.

Considerar-se-á lei todo aquele produto final, obtido após o exercício da função legislativa típica detida pelo Poder Legislativo, observado o devido processo legislativo, de acordo com os artigos 59 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil, a saber: Emenda à Constituição, Lei Ordinária, Lei Complementar, Decreto Legislativo, Resolução de Casa Legislativa, ou seja, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

Já por ato normativo apto a se sujeitar ao controle de constitucionalidade entender-se-á todo aquele que extrai seu respectivo fundamento de validade diretamente da Constituição, possuindo capacidade de regular relações jurídicas de forma genérica e abstrata, não sendo lei em

sentido formal, como por exemplo: Medida Provisória, Lei Delegada, Decreto Autônomo, previsto pelo artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal, dentre outros, ressalvadas algumas divergências.

É importante ressaltar que existem três princípios norteadores do controle de constitucionalidade no país, a saber: a rigidez constitucional, a supremacia constitucional e a presunção de constitucionalidade das leis.

Segundo Moraes (2001, p. 37), “rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas”. Dessa forma, a rigidez confere maior estabilidade e segurança à Constituição, dificultando a alteração das normas nela constantes.

A Constituição brasileira pode ser classificada como rígida, tendo em vista as regras procedimentais de alteração elencadas pelo artigo 60 do aludido Diploma. Ressalte-se, no entanto, a existência de doutrina que classifica a Carta Política brasileira como super-rígida, devido ao fato dela conter um núcleo imodificável em frente ao Poder Reformador, as chamadas cláusulas pétreas.

Supremacia constitucional pressupõe a noção de hierarquia entre normas. Por ela, a Constituição Federal ocupa o vértice do sistema jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade para os demais atos normativos constantes do sistema.

A Constituição é “a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”: SILVA (2000, p. 47).

Corolário do princípio da separação dos poderes, a presunção relativa de constitucionalidade das leis ensina que uma norma deve ser considerada constitucional até que venha a ser declarada inconstitucional. Parte da doutrina menciona que tal princípio encontra-se insculpido no artigo 97 da Constituição Federal, que trata da cláusula da reserva de plenário, na

medida em que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

É importante ressaltar a existência de presunção absoluta de constitucionalidade das normas originalmente constitucionais, ou seja, aquelas que foram inseridas na constituição por obra do Poder Constituinte Originário. Elas nunca poderão ser declaradas inconstitucionais e, ressalvadas algumas ponderações acerca da vedação ao retrocesso social, só poderiam se render à convocação de uma nova Assembléia Constituinte Originária.

Certamente evitar-se-á, ao máximo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, à medida que o objetivo principal é a preservação das normas.

Em regra, os sistemas de controle de constitucionalidade são classificados em relação à natureza do órgão que o exerce e ao momento de seu exercício. O Brasil adotou o sistema eclético ou híbrido, o qual admite, tanto o controle político, quanto o judicial.

Frise-se que o controle político é realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto o controle judicial incumbe apenas ao Poder Judiciário.

Dependendo do momento do exercício do controle de constitucionalidade este poderá ser considerado repressivo ou preventivo, se realizado durante ou antes da vigência da norma, respectivamente.

O controle jurisdicional de constitucionalidade, em regra repressivo, pode também ser classificado em relação ao órgão competente para seu exercício, dividindo-se em concentrado ou difuso.

Os controles concentrado e difuso se diferenciarão quanto à possibilidade de seu exercício por um ou mais órgãos jurisdicionais. O primeiro será exercido por um órgão jurisdicional. Caso a norma paradigma seja a Constituição Federal, ele será exercido perante o Supremo Tribunal

Federal, entretanto, se o parâmetro for a Constituição do Estado, o controle realizar-se-á perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Já o segundo pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional.

O presente trabalho ficará adstrito à abordagem do controle repressivo, realizado de maneira concentrada ou difusa.

1.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O controle difuso de constitucionalidade, também conhecido como aquele realizado por via de exceção, pode ser exercido por qualquer pessoa, perante qualquer juízo ou tribunal jurisdicional, observadas as regras de competência estabelecidas pela legislação pertinente.

A declaração de inconstitucionalidade dar-se-á diante de um caso concreto, ou seja, de uma situação específica, incidentalmente.

Em regra, a sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle de constitucionalidade difuso produz efeitos *inter partes*, de modo que a coisa julgada não ultrapasse os limites da lide.

Além da eficácia entre as partes, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle difuso possui efeitos *ex tunc*, retroativos à data da edição da lei, tornando-a nula.

É importante ressaltar a possibilidade da extensão dos efeitos de uma única decisão a pessoas que estejam em situação semelhante, evitando-se a necessidade de abarrotamento do Judiciário com demandas repetitivas.

Tal possibilidade pode ser concretizada por meio da utilização do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa do Senado Federal, por resolução, para promover a suspensão da execução, no todo ou em parte, das leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, sejam elas federais, estaduais, distritais ou até mesmo municipais.

Em relação aos efeitos produzidos pela suspensão da execução pelo Senado Federal, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se que estes atingirão a todos, *erga omnes*, todavia, só passa a valer a partir da publicação da respectiva resolução. Não há, portanto, retroatividade dos efeitos *in casu*.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal já expôs entendimento no sentido de ser possível a realização da modulação dos efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade de uma lei, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade.

1.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

No controle concentrado de constitucionalidade, a discussão acerca da natureza da norma será feita abstratamente, não se levando em conta um caso concreto específico. Busca-se, portanto, uma análise objetiva. A declaração de inconstitucionalidade é o pedido principal da ação, fazendo parte do mérito da questão.

Essa modalidade de controle é exercida de forma direta e principal, tendo em vista que o pedido de análise, diferentemente do que ocorre no controle difuso, não é realizado incidentalmente, mas sim enquanto único pedido da causa.

Neste caso, a constitucionalidade será aferida diretamente à luz da Constituição Federal, de forma genérica, ou seja, sem detalhamento de um caso concreto específico.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, existem certos instrumentos específicos, consistentes em ações de via direta, analisadas por um único tribunal, no caso brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, a saber: Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, prevista pelo artigo 102, inciso I, alínea “a” da CRFB/88 e regulamentada pela Lei nº 9.868/99; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIO, constante no artigo 103, §2º da CRFB/88; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, vislumbrada no artigo 102, §1º da CRFB/88 e regulamentada pela Lei nº 9.882/99 e Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, prevista também pelo artigo 102, inciso I, alínea “a” da CRFB/88 e regulamentada pela Lei nº 9.868/99.

Sem dúvida, dentre os mecanismos acima citados, o mais utilizado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista pelo artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição da República Federativa do Brasil e regulamentada pela Lei nº 9.868/99.

O artigo 103 da Constituição da República do Brasil traz em seus incisos I a IX, o rol de legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo eles: o Presidente da República, Procurador Geral da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa Estadual ou Câmara Legislativa Distrital, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederações Sindicais e Entidades de Classe de âmbito nacional.

A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade produzirá efeitos pessoais, com eficácia *erga omnes* e vinculante, e efeitos temporais *ex tunc*, os quais retroagirão à data de entrada em vigor da norma respectiva.

O efeito vinculante também é conhecido como ampliação dos limites da coisa julgada, por meio do qual se estende subjetivamente a coisa julgada para além das partes do processo.

Embora o Supremo Tribunal Federal admita o efeito vinculante em decisões interlocutórias, em regra, este só será verificado em decisões definitivas de mérito, nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

As normas declaradas inconstitucionais são atingidas em seu plano de validade. São nulas e, portanto, não produzem qualquer efeito. Todavia, pode o Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, restringir a eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, atribuindo-lhe efeitos prospectivos.

Para que a eficácia temporal da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade seja restringida, necessária é a observância de requisitos de ordem material e formal, isto é, razões de segurança nacional ou de excepcional interesse social, assim como a decisão ser calcada no voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

2. TEORIA DA NULIDADE

O Direito Brasileiro adota a teoria da nulidade do ato inconstitucional, razão pela qual o ato normativo declarado inconstitucional não produz quaisquer efeitos, devendo ser considerado nulo.

A declaração de inconstitucionalidade produzirá, portanto, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, a não ser que o Supremo Tribunal Federal mitigue o princípio da nulidade em sede de controle de constitucionalidade.

Ressalte-se que a possibilidade de modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade possui amparo legal apenas no âmbito do controle concentrado ou abstrato de normas, tanto para Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, quanto para Ação Declaratória de Constitucionalidade, como para Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, consoante disposto no artigo 11, da Lei nº 9.882/99. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de ser possível, excepcionalmente, a realização da restrição da eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de controle difuso. Nesse sentido, vislumbra-se o Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, publicado em 07 de maio de 2004.

Dessa forma, a regra geral da nulidade absoluta da lei inconstitucional vem sendo relativizada diante do caso concreto, tanto em sede de controle concentrado como difuso de constitucionalidade, tendo em vista que os efeitos produzidos de fato pela norma declarada inconstitucional não podem ser apagados de uma só vez, por simples decisão judicial.

2.1 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NULIDADE NOS CONTROLES CONCENTRADO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A declaração de inconstitucionalidade atinge o plano de validade da lei ou ato normativo, à medida que reconhece a existência de uma desconformidade, seja ela material ou formal, em relação à norma paradigma.

Segundo ALEXANDRINO; PAULO (2007, p. 116), “no Brasil, em regra, a norma jurídica inconstitucional é nula; assim, com a declaração de sua inconstitucionalidade, é retirada do

ordenamento jurídico com eficácia retroativa (*ex tunc*), desde o seu nascimento. Também, por decorrência, como regra, são considerados eivados de vícios todos os atos com base nela praticados”.

Assim sendo, como regra geral, a norma nula é desprovida de qualquer validade, inaplicável desde o início de sua vigência, não possuindo potencialidade à produção de efeitos concretos.

A doutrina norte americana que diz que a lei inconstitucional não produz quaisquer efeitos - *the unconstitutional statute is not law at all*, passou a admitir a necessidade de se estabelecer limites à declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que, na realidade, até a declaração da inconstitucionalidade da lei, em decorrência da presunção de constitucionalidade, haverá, efetivamente, produção de efeitos.

Negar a existência das leis ou atos inconstitucionais gera uma imensa insegurança jurídica, que abre espaço para discussão da legalidade de situações que tiveram por base a respectiva lei ou ato declarado inconstitucional.

No caso dos Estados Unidos da América do Norte, especificamente, a Suprema Corte enfrentou alguns problemas em relação a leis de conteúdo criminal que, após declaradas inconstitucionais, haja vista a retroatividade da decisão à data da edição da norma, caracterizavam a ilegalidade de algumas condenações.

Dessa forma, passou-se a admitir que decisões emanadas da Suprema Corte americana tivessem seus efeitos modificados, adequando-os às especificidades do caso concreto. Além dos efeitos retroativos, admitiu-se a produção de efeitos prospectivos das aludidas decisões.

O princípio da nulidade também vem sendo flexibilizado no direito brasileiro, admitindo-se o afastamento da regra da nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional, a fim de culminar no que se conhece hoje por modulação dos efeitos da decisão.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 estabelece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como determinar que a respectiva decisão só venha a ter eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que seja feito mediante aprovação por maioria de dois terços dos seus membros, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Insta ressaltar que a regra constante do supramencionado dispositivo legal, aplicável ao controle concentrado de constitucionalidade, também tem sido observada, analogicamente, em relação ao controle difuso, a fim de resguardar o interesse social, a boa-fé e, sobretudo, a segurança jurídica. Neste sentido, a título ilustrativo, destaca-se o julgamento do anteriormente citado RE 197.917/SP, do RE-AgR 434.222/AM e do MS 22.357/DF.

Além dos brasileiros e dos norte americanos, inúmeros países também admitem a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei, dentre eles Portugal, conforme preceitua o artigo 282, nº 4 da Constituição Lusa.

Existem certas situações em que a produção normal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderá ser prejudicial à sociedade. É difícil expurgar, de uma só vez, os efeitos produzidos de fato pela norma declarada inconstitucional.

Quando uma lei ou ato normativo são declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se observar para a respectiva decisão, em regra, a produção de efeitos retroativos. No entanto, ignorar os efeitos já produzidos pode culminar em uma situação calamitosa, de enorme insegurança jurídica.

Dessa forma, excepcionalmente, admite-se a modulação dos efeitos da respectiva decisão para garantir o correto funcionamento do sistema jurídico e evitar um caos social.

3. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Toda transferência de riquezas entre sujeitos de direitos deve possuir uma causa, ou seja, uma justificativa jurídica. Inexistindo fundamentação apta a esclarecer as razões da vantagem auferida por uma das partes em detrimento da outra, o aumento patrimonial obtido será considerado ilícito, havendo necessidade de intervenção jurisdicional para o restabelecimento dos envolvidos ao estado anterior.

O enriquecimento ilícito é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Por esta razão, merecem repúdio todas as modalidades que podem acabar culminando em locupletamento sem causa, dentre elas, o pagamento indevido de tributo.

É importante ressaltar a preocupação do atual Código Civil com o enriquecimento ilícito, à medida que trata, em seu artigo 884, da obrigação de restituir o indevidamente auferido.

Vislumbra-se o enriquecimento injusto toda vez que alguém, sem justa causa, tira vantagem econômica em detrimento de outrem. Tem-se, portanto, as figuras do enriquecido e do prejudicado.

Conforme ensinamento de Pereira (2003, p. 452), “toda aquisição patrimonial deve decorrer de uma causa, seja ela um ato de apropriação ou uma liberalidade, afinal ninguém enriquece do nada. Portanto, o ordenamento jurídico condena que alguém obtenha proveito econômico às custas de outrem”.

Por justa causa entende-se aquele motivo capaz de justificar a aquisição, modificação ou extinção de um direito, dentro das concepções preestabelecidas pelo ordenamento jurídico.

O sistema jurídico brasileiro não proíbe o enriquecimento, pelo contrário, admite que alguém possa auferir vantagem através de relações jurídicas com outras pessoas. Todavia, faz-se

necessária a presença de uma justificativa a explicar o aumento patrimonial, seja ela a própria lei ou um contrato, por exemplo.

Para se deflagrar o enriquecimento sem causa observar-se-á, além da ausência de justa causa na obtenção da vantagem, a presença de certos requisitos, a saber: locupletamento de alguém às expensas de outrem e o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento dos sujeitos respectivos.

4. REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Indébito, segundo HOLANDA (2001, p. 413), significa “aquilo que não tem razão de ser, improcedente, não devido”.

Em regra, verificar-se-á ausência de justa causa para o enriquecimento toda vez que alguém paga valor não devido a outrem. Vislumbrado o nexo causal entre o enriquecimento e o pagamento sem justificativa jurídica plausível, surge para o empobrecido o direito de pleitear a devolução da quantia paga de maneira indevida.

A ação de repetição de indébito é uma medida processual que possibilita o recebimento do valor pago indevidamente. Um de seus objetivos é coibir o enriquecimento sem causa, que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

A possibilidade de repetição de indébito encontra-se prevista pelos artigos 876 do Código Civil brasileiro, 42 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e 165 do Código Tributário Nacional.

A ação de repetição de indébito no plano tributário possui um objeto bastante específico, o pedido de restituição formulado pelo autor/contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária, em face da Fazenda Pública.

Tem-se, portanto, um pedido de carga eminentemente condenatória, a fim de obrigar a Fazenda Pública a restituir os valores pagos indevidamente a título de tributo.

O artigo 165 do Código Tributário Nacional estabelece que a ação de repetição de indébito será cabível nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável; erro na identificação do sujeito passivo, ou quando houver reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Nos termos do dispositivo legal supramencionado, a restituição pode ocorrer no todo ou em parte. Há quem critique a lei nesse ponto, na medida em que o valor pago indevidamente será sempre restituído de forma integral, pois, do contrário, prestigiado estaria o locupletamento sem causa. O que pode acontecer, é a restituição apenas de parcela do valor pago, se parte da quantia recolhida for considerada devida.

Ressalte-se, também, a existência de divergência doutrinária a respeito da natureza ostentada pelo valor a ser restituído *in casu*.

De acordo com CARVALHO (2007, p. 492-493), “a importância recolhida a título de tributo pode sim ser indevida, tanto por exceder ao montante da dívida real quanto por inexistir dever jurídico de índole tributária. Surge, então, a controvertida figura do tributo indevido, que muitos entendem não ser verdadeiramente tributo, correspondendo antes a mera prestação de fato”.

Ao comentar o assunto, os professores ALEXANDRINO e PAULO (2007, p. 308), sustentam que o valor pago indevidamente não pode ser considerado propriamente um tributo, uma vez que, se assim fosse, não caberia restituição. Deve-se enxergá-lo simplesmente como um valor pago aos cofres públicos a título tributário.

Nesta mesma linha de raciocínio, encontra-se AMARO (2007, p. 419), para ele, “o tratamento da matéria feito pelo Código se deu de forma incorreta, porque se trata com mais atenção de um rótulo falso do que do verdadeiro conteúdo, uma vez que não há que se falar em tributo – pois inexistia relação tributária – mas sim de valores recolhidos indevidamente”.

Todavia, há quem defenda a natureza tributária do pagamento indevido, pois não seria o fato de haver possibilidade de devolução dessa quantia por parte do Poder Público que a descaracterizaria.

As quantias exigidas pelo Estado no exercício do direito garantido constitucionalmente, assim como os valores pagos pelo contribuinte/cidadão, imbuído em um sentimento de haver, naquele caso específico, uma obrigação tributária, possuem aspectos aptos a enquadrá-los como tributos, na forma do artigo 3º do Código Tributário Nacional.

O que legitima a pretensão do contribuinte na hipótese de pagamento indevido de tributo é a vedação ao enriquecimento sem causa, combatida expressamente por diversas legislações nos dias atuais.

O artigo 168 do Código Tributário Nacional trata do direito de pleitear a restituição, estabelecendo, para tanto, que o mesmo se extingue dentro do prazo de cinco anos, a contar da data da extinção do crédito tributário, na hipótese de pagamento indevido sem que tenha ocorrido questionamento, ou da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória em face da qual o pagamento fora efetuado.

Por fim, para MACHADO (2008), caso o pedido de restituição seja fundado em declaração de inconstitucionalidade de lei que instituiu ou majorou um tributo, o prazo extintivo do direito à repetição somente começa a fluir a partir da data de publicação da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

5. DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DO ESTADO

Tendo em vista toda conceituação exposta nos itens acima, chega o presente trabalho ao seu ponto nodal, a análise da utilização pelo Supremo Tribunal Federal da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a fim de restringi-la e evitar que o Estado tenha que devolver aos contribuintes os valores pagos em relação àquele tributo reconhecidamente inconstitucional.

Muitas vezes, a garantia do direito à repetição de indébito pode acarretar imenso desequilíbrio da máquina pública. Tal fato pode ocorrer quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal declara, em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade de uma lei que institui ou majora um tributo, tendo em vista que essa decisão operará, em regra, efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, a fim de consagrar a teoria da nulidade para atingir a norma em seu plano de validade.

Toda lei que guarde incompatibilidade material ou formal com a Constituição deve ser considerada nula desde o início, tendo em vista o princípio da supremacia constitucional.

No entanto, revela-se impossível considerar, em termos absolutos, a ineficácia *ab initio* da lei declarada inconstitucional, em que pese a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio da teoria da nulidade, consagrada pela doutrina norte americana, pois os efeitos de fato produzidos por uma norma não podem ser expurgados, sumariamente, por meio de uma decisão judicial.

Muitas vezes não há como se desconsiderar integralmente os efeitos produzidos por uma determinada norma jurídica durante certo período, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade devesse operar efeitos retroativos, a partir do momento de sua edição.

Pode-se notar que a declaração da inconstitucionalidade da lei que institui ou majora um determinado tributo retira, conseqüentemente, a justa causa que permeia a obrigação tributária no caso concreto, sendo certo que todos os pagamentos efetuados sob a sua égide, em regra, serão considerados indevidos, surgindo o direito à restituição.

Com a ausência da aludida justa causa, que constituiria a justificativa a fundamentar a vantagem auferida pelo Estado, tem-se o respectivo pagamento indevido a deflagrar o direito a restituição dos valores pagos.

Dependendo do lapso temporal existente entre o início da vigência da lei que institui ou aumenta o tributo e a declaração de sua inconstitucionalidade, pode-se criar um passivo significativo, capaz de prejudicar as finanças do Estado.

Por esta razão, a fim de encontrar sempre a solução mais adequada, justa e pertinente, é que se permite a utilização do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a fim de se promover a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

O supracitado dispositivo legal vincula a possibilidade de modificação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A grande dúvida paira no subjetivismo contido nas expressões segurança jurídica e excepcional interesse social.

O princípio da segurança jurídica traz uma idéia de estabilidade, de confiabilidade, a permear as relações jurídicas em geral. Por ele, o Estado pode consolidar toda a expectativa dos administrados em possuir uma ordem jurídica íntegra, justa, e efetiva.

Todas as atenções estão voltadas para decisões que espelhem os preceitos constitucionais, a propiciar a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica permite a prevalência da supremacia constitucional, sem conturbar o cenário político, jurídico e/ou social do país, a fim de garantir o equilíbrio de uma relação jurídica, em prestígio à boa fé.

Em relação ao excepcional interesse social, pode-se notar que este também impera dentro de um Estado democrático de Direito. Na realidade, deve-se enxergá-lo como uma vertente do princípio da proporcionalidade, à medida que objetiva garantir a satisfação da maioria dos indivíduos.

Tendo em vista a dificuldade de agradar a todos, deve o Judiciário procurar sopesar as conseqüências da decisão declaratória de inconstitucionalidade e, dentro de um juízo de razoabilidade, promover o bem estar da maior parte da população, mesmo que isto implique afrontar interesse particular.

Na realidade, a utilização do princípio do excepcional interesse social consiste em uma ponderação de interesses, em que o Judiciário, ao se deparar com determinadas decisões complexas, não lhes poderá aplicar seus efeitos ordinários, a fim de evitar a deflagração de prejuízo, ou diminuí-lo diante do caso concreto.

Portanto, a segurança jurídica e o excepcional interesse social estão diretamente ligados, complementando-se. Seria impossível confrontá-los, visto que seus respectivos conceitos se aproximam demasiadamente. Ambos merecem ser vislumbrados no momento da tomada da decisão de modulação dos efeitos, mesmo que em certas situações, principalmente em sede de controle difuso de constitucionalidade, o conceito de excepcional interesse social deva ser enxergado de maneira ampla, sob outro prisma, por se encontrar no âmbito de interesse particular.

Mais uma vez faz-se importante mencionar que, além da modulação ocorrida em sede de controle concentrado de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal, em casos específicos, também aplica analogicamente o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle difuso, fundamentando tal conduta na necessidade de garantia da segurança jurídica e redução da impactação social e econômica dessas decisões caso às mesmas fossem conferidos efeitos *ex tunc*.

Suponha-se que certo contribuinte tenha recolhido, a título de tributo e de boa fé, oito pagamentos, com base em uma lei tributária que é declarada, posteriormente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Na realidade, os efeitos dessa decisão declaratória de inconstitucionalidade deveriam retroagir ao momento da elaboração da lei, sendo cabível a repetição do indébito com relação a todos os pagamentos porventura efetuados. No entanto, aplicando-se a técnica da restrição da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, somente caberá a repetição daquilo que foi pago após o marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tanto o conceito de segurança jurídica quanto o de excepcional interesse social revelam-se demasiadamente subjetivos, cumprindo mencionar, a título exemplificativo, a hipótese dos RE's 556.664/RS, 559.882/RS e 559.943/RS, julgados em 12 de junho de 2008, e do RE 560.026/RS, julgado em 20 de setembro de 2007, em que o Supremo Tribunal Federal optou por modular os efeitos da pronúncia da nulidade, face à declaração de inconstitucionalidade do prazo prescricional constante do artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

Ao modular os efeitos da respectiva decisão, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma não retroatividade de sua eficácia, de modo a evitar perdas para a União Federal, à medida que restou estabelecido que não seria necessário realizar a devolução dos valores recolhidos com base no prazo declarado inconstitucional.

Conforme determinação do aludido Tribunal Superior, a inconstitucionalidade não atingiria os contribuintes que já houvessem recolhido o tributo, bem como aqueles que não tivessem discutido, até então, a legalidade do mesmo.

Caso os efeitos da respectiva decisão não fossem modulados, além das perdas com acarretadas pela redução do prazo prescricional declarado inconstitucional, em que a União Federal perderia o direito ao exercício de sua pretensão de cobrança, o respectivo ente federativo iria ter que desembolsar vultuosa quantia a fim de restituir os contribuintes pelos valores pagos indevidamente.

Fundamental revela-se a menção, novamente, do RE 197.917/SP, que constituiu importante precedente no que tange à modulação dos efeitos utilizada em sede de controle difuso de constitucionalidade. Nele, O Ministério Público do Estado de São Paulo objetivava, por meio de ação civil pública, a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, a fim de reduzir o número de vereadores de um determinado município paulista, conforme disposto no artigo 29, inciso IV da Constituição Federal.

A declaração de nulidade da lei com efeitos ordinários, ou seja, retroativos, além de gerar demasiada confusão em relação às eleições ora realizadas, acabaria por atingir os atos legislativos praticados sob uma presunção de legitimidade daqueles vereadores que perderiam seus mandatos.

Assim sendo, em face da situação de caráter excepcional, pela necessidade de se assegurar a prevalência da segurança jurídica e do interesse público, foram aplicados efeitos prospectivos, *ex nunc*, justificando-se a prevalência da respectiva decisão tão somente para legislaturas futuras.

É importante ressaltar, todavia, que a modulação dos efeitos somente poderá ocorrer em situações excepcionais, para garantir a segurança jurídica ou o excepcional interesse público, resguardada principalmente a boa fé, pois sem esta última, deve-se reconhecer a ilicitude no enriquecimento do Estado.

Portanto, a ilicitude do locupletamento que ocorre por parte do Estado, quando da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, a fim de impedir o ressarcimento/repetição dos valores pagos a título de tributo com base na lei tida por inconstitucional, será excluída, em caráter excepcional, pela boa fé, pela manutenção da segurança jurídica e pelo excepcional interesse público.

CONCLUSÃO

O entendimento jurisprudencialmente consolidado pelo Supremo Tribunal Federal possui influência norte americana, ou seja, adota a teoria da nulidade da lei ou dos atos normativos emanados do Poder Público, tidos por inconstitucionais.

Dessa forma, tem-se uma nulidade *ab initio*, sendo essa decisão de natureza declaratória, reconhecendo-se um estado preexistente, a atingir a norma em seu plano de validade.

Entretanto, em algumas situações ocorre a mitigação do entendimento supracitado, na medida em que o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade a fim de estabelecer o marco temporal a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade produzirá seus efeitos.

Para tanto, tal medida somente poderá ser adotada mediante juízo de ponderação, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social enxergado *in casu*.

A situação discutida envolve a propositura, por parte de contribuinte, de ação de repetição do indébito, a fim de reaver valores pagos de boa fé ao *fiscum*, tendo em vista a posterior declaração

de inconstitucionalidade da lei instituidora daquele respectivo tributo pelo Supremo Tribunal Federal.

Viu-se que é perfeitamente possível que o Supremo Tribunal Federal, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, module os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o que para muitos possui caráter eminentemente político.

O exemplo trazido à baila refere-se a uma norma que institui tributo e, tempos depois, é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo fixada data a partir da qual serão produzidos os efeitos da decisão, em virtude da segurança jurídica e do excepcional interesse público, observando-se o princípio da razoabilidade, de modo a evitar a propositura de milhares de ações de repetição de indébito em face do Estado.

Muito se discute se tal atitude por parte do Supremo Tribunal Federal, ao invés de consubstanciar um Estado Democrático de Direito não acabaria por disseminar ainda mais a desigualdade, na medida em que prejudicaria determinados indivíduos.

Algumas vezes a modulação dos efeitos acaba por gerar um prejuízo particular em detrimento de toda a sociedade, razão pela qual se tem a impressão de injustiça diante da respectiva decisão.

Entretanto, não se pode partir da presunção de “má fé” do Estado na criação de tributos. O sistema jurídico, seja no campo privado ou no público, privilegia as presunções de boa fé dos atos jurídicos e de legitimidade dos atos administrativos. Logo, crer na malícia e manipulação por parte do legislador seria o mesmo que negar os próprios princípios vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante as restrições por parte da doutrina, um dos principais fundamentos de aceitação da possibilidade de modulação dos efeitos em circunstâncias como as do caso narrado, se

deve à idéia de preservação dos princípios da boa fé e da segurança jurídica, bem como do excepcional interesse social.

Para muitos, conferir eficácia retroativa às declarações de inconstitucionalidade sem quaisquer restrições, seja em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pode, em muitas situações, gerar um verdadeiro caos social, jurídico, financeiro ou até mesmo político.

Ocorre que, embora tenha o Supremo Tribunal Federal a intenção de pacificar conflitos, na medida em que atua imbuído pelo princípio da proporcionalidade, por meio do sopesamento de valores, a fim de causar o menor impacto sócio, político e econômico possível, na grande maioria das vezes alguém é lesado, o que acaba por trazer certa insegurança, alimentada pelo próprio Tribunal Superior, no objetivo de resguardar algo bem maior, isto é, a segurança do ordenamento jurídico como um todo.

Uma das teses sustentadas pelo *fiscum* alega a inexistência de enriquecimento ilícito por parte do Estado quando da modulação prospectiva dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei instituidora de um tributo, a fim de evitar a devolução da quantia recolhida a título tributário pelo ente federativo, fulminando, conseqüentemente, o direito à repetição de indébito dos contribuintes, pois os valores seriam, neste caso, revertidos para toda a sociedade.

Por fim, pode-se concluir que mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, muitas vezes se faz necessário assegurar os efeitos práticos por ela produzidos, por meio da modulação dos efeitos da decisão respectiva.

Na realidade, a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade consiste em um juízo de conveniência e oportunidade do julgador, com base no princípio da proporcionalidade. Tal possibilidade não afronta ao ordenamento constitucional, à medida que, tratando-se de tributo inconstitucional, o objetivo é salvaguardar interesses superiores do Estado, a

fim de se evitar verdadeira calamidade aos cofres públicos, prestigiando-se a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Guilherme Peña de. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARMENTO, Daniel. “Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis” in *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VELOSO, Zeno. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Bahia: JusPodivm, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 197.917/SP. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.

____Supremo Tribunal Federal. RE nº 556.664/RS. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.

____Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.357/DF. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.

____Supremo Tribunal Federal. RE nº 559.882/RS. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.

____Supremo Tribunal Federal. RE nº 559.943/RS. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.

____Supremo Tribunal Federal. RE nº 560.026/RS. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.

____Supremo Tribunal Federal. RE-AgR nº 434.222/AM. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/06/2009.