

[+]
EBOOK
GRÁTIS

Coordenação

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA

PANORAMA ATUAL DO NOVO CPC

3

De acordo com as Leis
13.256/2016 e 13.363/2016



Copyright© 2019 by *Paulo Henrique dos Santos Lucon & Pedro Miranda de Oliveira*
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

P22

Panorama atual do novo CPC: volume 3

Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Pedro Miranda de Oliveira. – 1.ed. – São Paulo : empório do direito.com : Tirant lo Blanch, 2019.

594 p. ; 15,5x23cm

ISBN: 978-85-9477-372-2

1. Código de Processo Civil. 2. Novo CPC. I. Título.

CDU: 347.91/95

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

XXIII

CRÍTICAS À APLICAÇÃO DO EFEITO MODULADOR PRÓ-FISCO, NO BRASIL, EM PROCESSOS JUDICIAIS QUE TRATAM DA MATÉRIA TRIBUTÁRIA: SEGURANÇA JURÍDICA, CONFISCO E ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO DO ESTADO

MARCO FÉLIX JOBIM

Mestre, doutor e pós-doutor em Direito. Professor dos programas de graduação e pós-graduação *lato e stricto sensu* (mestrado e doutorado) da PUC-RS. Coordenador do Departamento de Processo Civil e coordenador da Especialização em Processo Civil da PUC-RS.

CLÁUDIO TESSARI

Doutorando em Direito pela PUC-RS. Mestre em Direito pela UniRitter. Professor visitante de vários cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário. Sócio do Instituto de Estudos Tributários – IET. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da aplicação do efeito modulador no mundo – 3. Da aplicação do efeito modulador em Portugal – 4. Da aplicação do efeito modulador no Brasil em processos judiciais que tratam da matéria tributária – 5. Críticas à aplicação do efeito modulador pró fisco, no Brasil, em processos judiciais que tratam da matéria tributária: segurança jurídica, confisco e enriquecimento injustificado do estado – 6. Considerações finais.

1. Introdução

De acordo com as disposições constantes dos artigos 27¹ da Lei n. 9.868/1999 (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*) e 11² da Lei n. 9.882/1999 (*Ar-*

1. Lei n. 9.868/1999. 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.
2. Lei n. 9.882/1999. Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

guição de Descumprimento de Preceito Fundamental), legislação de regência da atribuição de efeitos moduladores, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros (composição plenária), pode restringir os efeitos de suas decisões em sede de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo e de declaração de descumprimento de preceito fundamental, tendo em vista *razões de segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*.

Não é preciso que os dois requisitos [i) *razões de segurança jurídica* e ii) *excepcional interesse social*] estejam presentes para autorizar a modulação de efeitos nos referidos tipos decisórios exarados pelo Supremo Tribunal Federal, basta que um deles seja cumprido e o Tribunal poderá lançar mão desse instrumento para restringir os efeitos de decisões de sua lavra.

Normalmente, os efeitos no tempo de uma decisão judicial serão *extunc* (retroativos), mas o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de – *fundamentado pela segurança jurídica ou excepcional interesse social* –, limitar ou restringir os efeitos da decisão, ou seja, poderá decidir no sentido de que essa somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento futuro a ser fixado.

O instituto da modulação de efeitos não se restringe ao controle concentrado de constitucionalidade, já que a aplicabilidade dessa regra não está limitada às declarações de inconstitucionalidade ocorridas no bojo de ações diretas, de modo que também podem ser alvo de modulação eficaz as declarações de inconstitucionalidade ocorridas em sede de recurso extraordinário (controle difuso).

Cabe ressaltar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou em decorrência de provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, mas, tal súmula, poderá, também, sofrer a influência da modulação de seus efeitos, o que encontra respaldo na Lei n. 11.417, em seu art. 4º.³

2. Da aplicação do efeito modulador no mundo

Um dos institutos da teoria dos precedentes que explica a modulação temporal da jurisprudência é o *prospective overruling*, sendo que pela referida técnica é operada uma mudança no precedente com a consequente adoção de uma nova regra, o Tribunal poderá estabelecer que aquela alteração terá aplicabilidade apenas em casos futuros, a partir de determinado marco temporal – *na*

3. Lei n. 11.417/2006. Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

grande maioria das vezes a data da decisão –, deixando-se até mesmo de ser aplicada no caso paradigma, que ainda impera a regra do precedente superado.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América já realiza a modulação temporal de seus precedentes desde a década de 1960, quando do julgamento do caso *Likletter v. Walker*,⁴ sendo que o caso referido dizia respeito a questão criminal, tendo a Suprema Corte afirmado a possibilidade de modulação em questões criminais, desde que fossem levados em consideração elementos como a confiança na norma antiga, a finalidade do novo preceito e as consequências da modulação.⁵

Então, o ordenamento jurídico norte-americano, em matéria de modulação temporal de efeitos de precedentes, já caminha a passos largos, a ponto de não só prestigiar a técnica da *prospective overruling*, mas também a reconhecer outras técnicas, como a sinalização *signaling*,⁶ sendo palavras e expressões estranhas ao profissional do Direito brasileiro, mas que estarão, cada dia mais, em nosso vocabulário, como expõe Daniel Mitidiero.⁷

Analisando a legislação do Estado de Nova Iorque, constata-se que a origem do instituto da modulação decorre da Teoria dos Precedentes norte-americana, sendo que a Corte de tal Estado Americano tem poderes para aplicar o precedente de modo prospectivo, contudo, observando três fatores destacados no ano 1989, quando do julgamento *Ceres Partners v. Gel Assocs*,⁸ e são eles que justificarão a aplicação da *prospective overruling*: a) a decisão deve estabelecer um novo princípio de direito, superando o precedente no qual as partes haviam decidido sobre um ponto que não havia sido observado antes; b) os prós e contras em cada caso devem ser sopesados, analisando-se a

4. A opinion pode ser consultada na íntegra no site: OPINION *Likletter v. Walker*. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/>. Acesso 5 de junho de 2019. Dentre os trechos que pode ser citado, destaca-se: “*The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect, and in each case, the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate. This approach is particularly correct with reference to the unreasonable search and seizure prescription of the Fourth Amendment*”.
5. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in Engolis lá*. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2014. p. 230.
6. O aviso *signaling* constitui verdadeiro *obter dictum* da decisão na medida em que não se presta à solução do caso concreto, mas constitui argumentação direcionada à comunidade jurídica, dando notícia da possibilidade de futura alteração daquela regra.
7. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2. ed. MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). Salvador: JusPodivm, 2012. p. 138. Aduz: “É fácil notar que a aplicação de precedentes dá lugar a uma linguagem incomum à tradição romano-canônica. Fala-se em *ratio decidendi*, *obter dictum*, distinções, superações, sinalização, superações para o futuro, questões relevantes, fatos relevantes, reescrita, transformação. É um discurso substancialmente novo, que não se confunde com o discurso da decisão do caso, em que se ensarta a fundamentação, embora tenha como mesmo denominador comum a decisão judicial. Nada obstante a sua novidade, é da sua crítica e adequada assimilação que se poderá esperar bons frutos para o tratamento do direito no nosso país”.
8. A opinion pode ser consultada na íntegra no site: OPINION *Ceres Partners v. Gel Assocs*. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/918/349/24881/>. Acesso 5 de junho de 2019.

história do caso disputado, os propósitos e efeitos da medida e se a aplicação retroativa vai prejudicar a solução dos litígios; c) se a aplicação retroativa do novo precedente é capaz de criar resultados negativos.⁹

Já na Alemanha, por exemplo, as cortes nunca aplicaram o instituto da modulação de efeitos, sendo certo que na academia já foram elaborados artigos provocando a inserção do referido instituto, sendo uma prática judicial vista como hipótese excepcional, e na única oportunidade em que foi aventada a possibilidade de aplicação pela Corte Federal do Trabalho alemão (BAG), em 1981, sofreu diversas críticas e fora rechaçada.¹⁰

De notar, no que se reporta ao Direito da Função Pública e ao Direito Social, que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal tem vindo a optar pela determinação de inconstitucionalidade das normas impugnadas, sem declaração da respectiva nulidade. Simultaneamente, na decisão, assevera o legislador, de forma explícita ou implícita, a que restabeleça a situação jurídica conforme a Constituição, por vezes mesmo estabelecendo um prazo de reparação da situação jurídica considerada desconforme que o legislador deverá respeitar.¹¹

Na Áustria, se autoriza o Tribunal Constitucional Federal a fixar os efeitos das respetivas pronúncias que não implicam o efeito de nulidade, antes de mera anulabilidade, isto é, não um efeito declaratório mas meramente constitutivo, no decurso de um prazo que pode ir até dezoito meses após a pronúncia de respectiva decisão, conforme as disposições constantes do artigo 142º, 5, da Constituição Federal.¹²

Na França, a palavra precedente não é sinónimo de decisão que será aplicada em casos futuros, pois as cortes francesas não julgam com fulcro em precedentes, não se concebendo que um magistrado francês decida uma causa a partir de um julgado anterior, já que o sistema jurídico a que está vinculado se baseia em textos codificados.¹³

Diante disso, a concepção francesa – sobre a teoria dos precedentes – impede o reconhecimento da *prospective overruling*, pois os Juízes, por força das disposições constantes do artigo 5º, do Código Civil Francês, não podem

9. SUMMERS, Robert S. (Org.). Precedent in the United States. In: MACCORMICK, Donald Niel; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 355-406.
10. ALEXY, Robert. DREIR, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Donald Niel; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 57-58.
11. QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Portugal. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos, jun. 2017. p. 254.
12. *Ibidem*, p. 255.
13. TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Donald Niel; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 103-140.

reconhecer a aplicação de uma norma apenas a casos futuros, aplicando regras e provisões genéricas.¹⁴

Contudo, cabe referir a *praxis* mais recente do Conselho Constitucional francês, após a Revisão Constitucional de 2008, que introduziu a “*questão prioritária de constitucionalidade, conhecida pela sigla – QPC, e, com tal, a possibilidade de um controle concentrado de normas*”.

Com a concentração da decisão de inconstitucionalidade no Conselho Constitucional, se passou a operar, por razões de segurança jurídica, e muitas vezes para preencher “vazios” legislativos, o deferimento da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos “*erga omnes*”, por um período de tempo que poderá ir até aos dezoito meses, conforme disposição constante da Constituição francesa.¹⁵

A título meramente exemplificativo, no caso da *Decisão n. 2011-223, de 17.02.2012*, relativa à prisão preventiva em matéria de terrorismo, tomada em processo de fiscalização concreta de constitucionalidade – QPC, o Conselho Constitucional francês protelou os efeitos da sua decisão, que reconheceu um vício de nulidade “*erga omnes*”, ao abrigo do disposto no artigo 62º-2 da Constituição, autorizando o Conselho a adiar os efeitos das suas decisões para uma data posterior fixada na própria decisão, caracterizando uma superioridade do legislador face à Constituição, logo uma “suspensão” do princípio da superioridade, inclusive normativa, da norma ou princípio constitucional em questão.¹⁶

A Finlândia sequer conhece a prática de *prospective overruling*, considerando que as cortes finlandesas não têm o hábito de adotar precedentes em seus julgamentos, eis que todas suas decisões devem ter fundamento em normas do ordenamento jurídico, servindo a jurisprudência como mera fonte de interpretação dessas normas.¹⁷

A Itália não apresenta uma estrutura formal em que haja precedentes com força vinculativa, afastando a ideia de superação de um precedente, razão pela qual não se reconhece em nenhuma corte italiana a possibilidade de aplicação da *prospective overruling*, pois nos julgamentos das cortes a prestação jurisdicional é entregue apenas àquele caso concreto, em razão de suas particularidades.¹⁸ Contudo, a Corte Constitucional italiana opera prática similar

14. *Ibidem*, p. 146.

15. QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Portugal. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos, jun. 2017. p. 255. CFF. Art. 62. [...] 5. Uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no art. 61º-1 é obrigada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data ulterior fixada por essa decisão.

16. *Ibidem*, p. 256.

17. AARNO, Aulis. *Precedent in Finland*. In: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 62.

18. BIN, Marino. *Precendente giudiziario, ratio decidendi e obiter dictum: due sentenze in tema di*

à *prospective overruling* quando confronta um princípio constitucional com um dispositivo legal, reconhecendo que este viola os termos da Carta, sendo que em determinadas situações, opta-se por não invalidar de imediato a norma, com o fim de evitar a criação de uma lacuna com a retirada do dispositivo no ordenamento jurídico, ou seja, a Corte comunica o Parlamento que certa norma merece ser modificada, sob risco de sua revogação em futuras decisões.¹⁹

A Noruega também desconhece a técnica de *prospective overruling*, contudo em caso julgado no ano de 1980 (Rt. 1980/52 p. 59-60) pelas Cortes desse país, constatou-se uma técnica que se aproxima da *prospective overruling*, já que se tratava de caso referente a uma norma de Direito Processual do Trabalho, a qual afastava a competência da Suprema Corte para apreciar determinadas situações, sendo que em decorrência de tal previsão o referido texto legal foi revogado, mesmo antes de chegar a mais alta Corte, já que o recurso da parte havia sido inadmitido.²⁰

Na legislação da Comunidade Europeia, *com exceção de Portugal*, a doutrina não aponta nenhuma aplicação prospectiva de uma decisão, mas destaca um exemplo em que se limitou à interpretação de um artigo a casos futuros, ocorrido no caso *Defrenne v. Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena* (Case 43/75).²¹

O direito inglês, com fulcro no seu excessivo rigorismo e tradição, ainda não foi capaz de incorporar a técnica do *prospective overruling* visto que ainda opera a superação de precedentes com eficácia retroativa, mas, em alguns poucos julgados, os membros da *House of Lords* têm aventado a possibilidade de modular prospectivamente os efeitos de suas decisões, não obstante a forte resistência naquela Corte, sendo que no direito inglês a alteração de um precedente ocorre sempre de modo retroativo, visto a natureza declaratória da atividade judicial.²²

3. Da aplicação do efeito modulador em Portugal

Em Portugal há como citar exemplos de modulação existentes na própria Constituição Republicana, que contém regra de modulação similar a do

difamazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Metodologia nello studio dela giurispeudenza civil e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 265.

19. BIN, Marino. *Precedente giudiziario, ratio decidendi e obeter dictum*: due sentenze in tema di difamazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Metodologia nello studio dela giurispeudenza civil e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 179.

20. ENG, Svein. *Precedent in Norway*. In: MACCORMICK, Donald Neil. SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedentes: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 189-217.

21. BARCELÓ, John J. *Precedent in European Community Law*. In: MACCORMICK, Donald Niel; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedentes: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 407-436.

22. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2014. p. 228.

Brasil, conforme pode ser observado pelas disposições constantes do artigo 282 da Constituição Lusitana, que prevê que o efeito de declaração de inconstitucionalidade de lei dá-se desde o momento em que a lei entra em vigor, adotando-se, portanto, a teoria da nulidade da norma constitucional, reprimando os diplomas anteriores à lei tida por inconstitucional.²³⁻²⁴

A Constituição de República Portuguesa refere que razões de “segurança jurídica” de “equidade” ou de “interesse público de excepcional relevo”, que devem ser devidamente fundamentados, é que podem justificar que o Tribunal Constitucional fixe os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o previsto na normal declaração de inconstitucionalidade de normas, isto é, desde a respectiva entrada em vigor da norma.

É ver-se que em quase todos os acórdãos em que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre a inconstitucionalidade de verbas inscritas no Orçamento do Estado, ou com incidência financeira, correspondentes a exercícios económicos já encerrados, o Tribunal tem optado por restringir os efeitos das respectivas pronúncias, geralmente à data da publicação do respectivo acórdão no Diário da República.²⁵

No acórdão n. 353/2012,²⁶ relativo à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, mantendo-se as medidas de redução remuneratória, consagradas na Lei do Orçamento do Estado para 2011, que se entenderam na época aos aposentados e reformados, tanto do setor público com do setor privado, resultando da fiscalização de normas constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2012, o Tribunal Constitucional, com fulcro nas disposições constantes do art. 282º/4 da Constituição, determinou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicariam à “suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes ao 13º e, ou, 14º meses. Relativos ao ano de 2012”, ou seja, o Tribunal Constitucional determinou a inconstitucionalidade sem declarar a

23. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. v. 6. p. 291.

24. Constituição da República Portuguesa. 21ª Edição. Outubro/2017. Sociedade Editora Ltda Quid Juris? Gráfia Almondina. Lisboa. p. 166. *CRP. Art. 282º. (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)*. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ou arguido. 4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que devem ser fundamentados, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.*

25. QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Portugal. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos, jun. 2017. p. 253.

26. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt.> Acesso em: 30 mar. 2018.

nulidade das normas impugnadas.²⁷

Assim, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram “suspensos” no ano de 2012 e reportados a momento posterior, precisamente quando já se encontravam esgotados todos os seus efeitos, unicamente previstos para o exercício do orçamental em vigor na época, ou seja, 2012.

A existência dessas normas determinativas da competência para a fixação temporal dos efeitos das pronúncias de inconstitucionalidade tem a ver com a atribuição de um tempo necessário para que o legislador, no caso o Parlamento, possa modificar a lei ou norma em questão, evitando-se com isso efeitos de insegurança jurídica que poderiam decorrem de um vazio ou lacuna legislativos.

Assim, a lei ou norma em questão, declarada inconstitucional, pode ser mantida no ordenamento jurídico durante um certo período de tempo, apesar de a Justiça Constitucional ter declarado a sua inconstitucionalidade.

Cabe ressaltar, ainda, o que ocorreu quando do julgamento do Acórdão n. 413/2014,²⁸ no qual o Tribunal Constitucional, entre outras questões, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição, das normas do artigo 33º da Lei nº. 83º-C/2013, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2014), mas determinou que a mesma declaração de inconstitucionalidade “*só produzisse efeitos a partir da data da decisão*” o que motivou um pedido de esclarecimento, que veio a ser decidido pelo Acórdão n. 469/2014.²⁹

Ao julgar os aclaratórios, após asseverar que o julgado não continha qualquer vício de obscuridade ou ambiguidade que deveria ser suprida, o Tribunal decidiu que: “[...] o efeito geral normal da declaração de inconstitucionalidade é o efeito *ex tunc*, implicando que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (artigo 282º, n. 1) [...] a atribuição de efeitos *ex nunc* a partir da data da decisão é uma das possibilidades abertas pelo n. 4 do artigo 282º, que permite, no condicionamento aí previsto, a fixação de efeitos com um alcance restrito. O alcance mais restrito significa que a sentença declarativa de inconstitucionalidade não tem efeitos retroativos reportados à entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, como resultaria no n. 1 do citado artigo 282, mas produz efeitos a partir de um momento ulterior, que poderá ser a data da declaração inconstitucionalidade ou da publicação do acórdão. [...] no caso, o Tribunal optou por limitar efeitos por referência à data da decisão de inconstitucionalidade e, portanto, a própria data da prolação do acórdão. Datando o acórdão de 30 de maio de 2014, os efeitos da declaração de

27. QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Portugal. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos, jun. 2017. p. 254.

28. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt.> Acesso em: 30 mar. 2018.

29. CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Portugal. Lisboa: Edições Almedida, S.A., set. 2016. p. 34.

inconstitucionalidade produzem-se a partir do dia imediato, por aplicação de um princípio geral de direito – *que se entendeu não ser necessário explicitar* – segundo o qual no cômputo do tempo não se conta o dia em que ocorre o evento a partir do qual ele deve iniciar-se”. (Grifou-se)

Assim, o artigo 282º, n. 4, da Constituição da República Portuguesa permite ao Tribunal Constitucional determinar que o ato nulo produza efeitos como se válido fosse durante esse período temporal que não é abrangido pela eficácia de declaração de inconstitucionalidade, acrescentando que a segunda característica da atipicidade da nulidade do ato inconstitucional é a relativa à recuperação de efeitos jurídicos prototípicos ou primários do ato inconstitucional referentes ao passado, deste modo mitigando a característica da imediatividade.³⁰

4. Da aplicação do efeito modulador no Brasil em processos judiciais que tratam da matéria tributária

Até o presente momento, o Pretório Excelso deferiu tal efeito modulador, de forma definitiva,³¹ no bojo de 9 (*nove*) processos judiciais que tinham por objeto matéria de ordem tributária, 5 (*cinco*) em sede de recurso extraordinário e 4 (*quatro*) em ações diretas de inconstitucionalidade, sempre em favor do Ente Tributante (Estado-Administração).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ao julgar, conjuntamente, os Recursos Extraordinários ns. 556.664,³² 559.882³³, 559.943³⁴ e 560.626,³⁵ representativos da controvérsia, em 12.06.2008, declarou “a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991 e o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n. 1.569/1997, que dispõem acerca dos prazos de decadência e prescrição em matéria tributária, por afronto ao artigo 146, III, b, da CF/88”.

Referidos artigos, então julgados inconstitucionais, determinavam que o prazo decadencial e prescricional para a Seguridade Social (Fisco) constituir

30. SOUZA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do Acto Inconstitucional*. Portugal. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 2008. p. 261.

31. Em razão do fato de ainda não ser definitiva – *trânsito em julgado* – se optou por não relacionar/ analisar, nesse momento, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne a não incidência do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais destinadas ao PIS e à COFINS, nos autos do RExt n. 574.706-PR, em 02.10.2017, face a oposição de embargos de declaração no bojo do referido processo.

32. STF, Pleno, RE n. 556.664-RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 12.06.2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2541607>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

33. STF, Pleno, RE n. 559.882-RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 12.06.2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2549141>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

34. STF, Pleno, RE n. 559.943-RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 12.06.2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2549236>>. Acesso em 14 abr. 2018.

35. STF, Pleno, RE n. 560.626-RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 12.06.2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2550484>>. Acesso em 14 abr. 2018.

e cobrar seus créditos seria de 10 (dez) anos, sendo que o Supremo limitou tal prazo para 5 (cinco) anos, inclusive, então, e por decorrência, para o Contribuinte pleitear o indébito de tais tributos.

O Plenário do STF, todavia, entendeu por bem modular os efeitos dessa decisão, dando-lhe eficácia *ex nunc*, esclarecendo que a referida declaração teria aplicação tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão proferida na sessão do dia 11.06.2008.

Assim, embora inconstitucionais o parágrafo único ao artigo 5º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, os valores recolhidos com base nessas disposições legais “nulas” não devem ser devolvidos aos Contribuintes, salvo se pleiteada a repetição ou compensação de indébito, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento em 11.06.2008.

Já, ao julgar a *ADI n. 4171*,³⁶ proposta pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, em detrimento do CONFAZ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20.05.2015, considerou inconstitucionais os dispositivos do Convênio n. 110/2007 (Cláusula 21ª, §§ 10 e 11) do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, no que concerne à tributação do álcool combustível misturado à gasolina. A Corte entendeu que os dispositivos do referido Convênio ferem o princípio da legalidade ao criarem situação de bitributação do combustível determinando o estorno (devolução), pelas distribuidoras, dos créditos do referido imposto relativos à proporção de álcool misturado à gasolina.

É que as distribuidoras de combustíveis entendiam que poderiam ser lesadas com tal Convênio do CONFAZ uma vez que nessa operação (mistura de álcool na gasolina) o ICMS foi recolhido, por substituição tributária, nas refinarias, e o tal imposto relativo ao álcool é devido ao estado de origem. Assim, ao determinar o estorno do crédito de ICMS da referida operação em que não há creditamento, no entender das distribuidoras, haveria situação de bitributação.

O Plenário do STF, contudo, resolveu modular os efeitos da decisão para que mesma produza efeitos, apenas e tão somente, a partir de 6 (seis) meses contados da publicação do acórdão.

Noutro julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 11.03.2015, ao julgar a *ADI n. 4481*,³⁷ proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, em detrimento da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, declarou a inconstitucionalidade da parte da Lei n. 14.985/2006 do Estado do Paraná que previa a concessão de benefícios fiscais para impor-

36. STF, Pleno, *ADI n. 4171-DF*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20.05.2015. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2647741>>. Acesso em 14. abr. 2018.

37. STF, Pleno, *ADI n. 4481-PR*, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 11.03.2015. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3977732>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

tações realizadas pelos portos e aeroportos dos municípios de Paranaguá e Antonina, no Paraná.

Referida legislação concedia parcelamento sem a incidência de correção monetária e juros de mora para o ICMS dando origem ao que o Supremo chamou de “*créditos fictícios do referido imposto*”, concluindo que “*a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio intergovernamental [...] afronta o art. 155, § 2º, inciso XII, letra g, da CF/88*”.

Contudo, tais benefícios já estavam em vigor no Estado do Paraná há 8 (oito) anos antes do julgamento da ADI, razão pela qual o Supremo resolveu modular os efeitos de tal decisão para que mesma tivesse seu termo *a quo* de vigência a partir da data do julgamento (11.03.2015), pois no entender do Tribunal o desfazimento dos efeitos da retroatividade poderia causar “*um impacto imprevisível e injusto com relação às partes privadas, que cumpriram a lei tal qual ela foi posta*”.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal ao julgar as ADIs ns. 4.628,³⁸ 4.713³⁹ e o RE n. 680.089,⁴⁰ em 17/04/2014, da Confederação Nacional do Comércio – CNC em detrimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, declarou inconstitucional o Protocolo ICMS n. 21/2011, desse último Órgão, subscrito por diversos Estados da Federação e pelo Distrito Federal, que tratava sobre a tributação de operações interestaduais em que o consumidor final adquiria mercadoria ou bem de forma não presencial por meio da *internet, telemarketing ou showroom*.

Na prática, tal Convênio, instituía a cobrança do ICMS pelo Estado de destino do bem ou da mercadoria *criando um cenário de verdadeira guerra fiscal e bitributação*, violando o pacto federativo e a separação dos poderes, bem como os princípios do não confisco, da liberdade de tráfego de bens e pessoas, e da exigência de Lei Complementar para instituição de nova modalidade de substituição tributária de ICMS.

Por exemplo, se alguém que morasse no Estado do Ceará resolvesse comprar uma mercadoria de uma loja em São Paulo, via *internet*, essa mercadoria, até a vigência do Protocolo n. 21, do CONFAZ, só pagaria ICMS no Estado produtor, ou seja, São Paulo o que, no entender de alguns Estados, não produtores, lhes causaria um prejuízo pela não arrecadação de tal Impostos.

Assim, reunidos no CONFAZ, tais Estados, resolveram cobrar o ICMS, também, quando da entrada no produto no estado de destino, ou seja, no exemplo do Ceará, aumentando a carga tributária em mais de 50%

38. STF, Pleno, ADI n. 4628-DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. 17.04.2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4105102>>. Acesso em 14 abr. 2018.

39. STF, Pleno, ADI n. 4713-DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. 17.04.2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4191358>>. Acesso em 14 abr. 2018.

40. STF, Pleno, ADI n. 680.089, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17.04.2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4223697>>. Acesso em 14 abr. 2018.

(cinquenta por cento).

Tal protocolo passou a vigor em 2011 e, em fevereiro de 2014, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma liminar na referida *ADI* suspendendo seus efeitos. Ao julgar o mérito da *ADI* o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem modular os efeitos de tal decisão para determinar que a inconstitucionalidade tenha eficácia, apenas e tão somente, a partir da data em que foi proferida a medida liminar (02.2014), ressalvadas as ações em curso.

Dessa forma, qualquer Contribuinte que esperou a decisão na *ADI* para se beneficiar quanto ao passado teve sua pretensão frustrada, somente sendo beneficiados a partir de fevereiro de 2014, sendo que aqueles Contribuintes que propuseram ações judiciais desde o início da vigência do Protocolo poderão ser beneficiados quanto ao passado.

5. Críticas à aplicação do efeito modulador pró fisco, no Brasil, em processos judiciais que tratam da matéria tributária: segurança jurídica, confisco e enriquecimento injustificado do estado

A teoria constitucional indica que sua trajetória visou, por um lado, limitar o poder do Estado e, por outro, assegurar direitos e garantias aos cidadãos, sendo que a alocação dos direitos dos Contribuintes na sua relação com o Estado como sendo direitos fundamentais é muito antiga e pode ser identificada no bojo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada na França, em 1789,⁴¹ que em seu texto ampliou a temática tributária não apenas para exigir consentimento, mas também para permitir uma apreciação de elementos essenciais do tributo, como a base de cálculo e a alíquota,⁴² *verbis*:

“O reconhecimento dos direitos humanos, sob o ponto de vista do direito positivo, tem o seu alvorecer na história das cartas e declarações de direitos para depois passar a integrar as constituições de diversos países.

Compondo as reivindicações de proteção dos que sempre estiveram sujeitos ao poder do Estado, nas suas variadas configurações, assume lugar de destaque a questão da tributação. Os excessos e a falta de controle sobre o ato de instituir e majorar tributos serviram de móvel para a introdução de limitação ao exercício desse poder de tributar, o que se demonstra pela presença de dispositivos direcionados a exigir a aprovação das assembleias ou parlamentos para a instituição de tributos nas principais cartas e declarações de direitos, primeiras manifestações

41. LEAL, Saul Tourinho. *Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes*. Revista Dialética de Direito Tributário. vol. 159. São Paulo: Ed. Dialética, dez. 2008. p. 80.

42. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 165.

formais que deram impulso ao reconhecimento do que atualmente se conhece como direitos fundamentais específicos para proteção dos contribuintes".⁴³ (Grifou-se)

O sistema tributário brasileiro encontra-se balizado por uma esfera de princípios, regras de competência, imunidades, direitos e garantias fundamentais fulcrados até mesmo na esfera infraconstitucional e, nesse rol, dentre as limitações constitucionais ao poder de tributar encontram-se as manifestações ínsitas do princípio da segurança jurídica que, na esfera tributária, pode ser observado expressamente em diversas regras e em muitos princípios constitucionais tributários, como por exemplo: a) a legalidade em matéria tributária, a exigir que os tributos sejam instituídos por lei em sentido estrito com densidade suficiente para permitir a compreensão dos aspectos da norma tributária impositiva (art. 150, I, da CF/88); b) vedação ao confisco e ao enriquecimento injustificado (arts. 37, *caput*; 150, IV, da CF/88 c/c 876 e 884, do CCB); c) a irretroatividade, a exigir que a lei seja prévia (arts. 5º, XXXVI; 150, III, a e b, da CF/88); d) as anterioridades, a exigir interstício mínimo de tempo entre a publicação da lei e o início de seus efeitos (art. 150, III, b, da CF/88). Portanto, a segurança jurídica e o sistema constitucional tributário brasileiro apresentam nítida e estreita relação.

De outra ponta, embora o Contribuinte esteja materialmente em situação de vulnerabilidade diante dos Entes Tributantes (União, Estados/Distrito Federal e Municípios), no seu sentido *lato sensu*, não há que se deixar de considerar a existência de situações em que o próprio Fisco possa ser beneficiário do instituto da modulação de efeitos com base em *excepcional interesse* do próprio Estado e não do Social.

Em regra, a adoção da modulação em favor do Estado, no âmbito do Direito Tributário, além de cercear garantias constitucionais dos Contribuintes (*e.g.*, direito de propriedade e do não confisco, artigos 5º, XXII e 150, I, da CF/88),⁴⁴ acarreta incompreensível proteção do Ente Tributante em relação aos seus próprios atos, na medida em que é ele quem tem domínio sobre as leis inconstitucionais editadas e posteriormente aplicadas, cujos efeitos tiveram que ser arcados pelos já combalidos Contribuintes.

Para embasar os pedidos de modulação das decisões de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo no âmbito do Direito Tributário, as autoridades fiscais costumeiramente recorrem a razões econômicas, argumentando que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos para o

43. LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. *Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Limitações Constitucionais ao Poder de tributar*. Recife: Nossa Livraria, 2005. p. 116.

44. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV – utilizar tributo com efeito de confisco.

passado e, portanto pró-Contribuintes, poderia acarretar prejuízos significativos ao Erário, implicando dano à prestação de serviços públicos e o menosprezo ao interesse da coletividade em face do interesse individual dos Contribuintes prejudicados.

Contudo, não se pode confundir *excepcional interesse social* com *excepcional interesse do Estado* na medida em que nem sempre esse leva em consideração aquele, já que o Poder Público não está autorizado pela Constituição Federal a usurpar propriedade privada – *tributo pago indevidamente pelo Contribuinte* – e, ainda, violar o princípio do enriquecimento sem causa.

Se o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade for utilizado em desfavor dos direitos fundamentais dos Contribuintes, caminhar-se-á para a nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários.

Tal instituto não deve ser aplicado em favor do Poder Público, pois a violação da Constituição patrocinada pelo Estado é muito mais violenta do que a infração patrocinada pelo Contribuinte e, essa gravidade, foi alvo da atenção do economista indiano Amartya Kumar Sen, ganhador do prêmio Nobel de ciências econômicas de 1998, ao asseverar:

“Na interpretação das regras de comportamento estabelecidas, pode-se atribuir particular importância à conduta das pessoas em posição de poder e autoridade. Isso faz com que o comportamento dos altos funcionários do governo seja especialmente importante no estabelecimento das normas de conduta. Escrevendo na China em 122 a.C., os autores de Hui-nan Tzu expuseram o problema da seguinte maneira: *Se a linha medidora estiver certa, a madeira será reta, não porque se faz algum esforço especial, mas porque aquilo que dirige faz com que assim seja. Da mesma maneira, se o dirigente for sincero e íntegro, funcionários honestos servirão em seu governo, e os velhacos se esconderão, mas se o dirigente não for íntegro, os perversos farão como querem, e os homens leais se afastarão.* Em minha opinião, é sensato esse exemplo da sabedoria antiga. O comportamento corrupto em postos elevados pode ter efeitos muito além das consequências diretas desse comportamento, justificando a ambição de começar por cima”.⁴⁵

Então, havendo razões de interesse público ou se tratando de uma questão que transcende o limite subjetivo da causa – *apresentando aspectos: econômicos, políticos, sociais ou até jurídicos* – é outorgada ao Tribunal a prerrogativa da modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência [independentemente do ramo do Direito] mas, no Brasil, diferentemente de Portugal, sem qualquer necessidade de fundamentação.

Não há situação mais perniciosa para o Direito que a insegurança. De nada adiantam os demais atributos do ordenamento jurídico – *organicidade,*

45. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. pp. 314-315.

coercitividade, completude – se a incerteza e a instabilidade se apresentarem como uma constante e mais, ainda, na seara de tributação onde a segurança jurídica é um valor essencial para que haja justiça fiscal, condição tão almejada em um país como o Brasil, com um complexo sistema tributário e de carga fiscal sobremaneira elevada.

No Estado de Direito, a segurança jurídica – *ao lado da liberdade e da igualdade* – é elemento fundamental na sua composição estrutural. Garante ao Cidadão o prévio conhecimento de seus direitos e obrigações perante todos os Poderes, Órgão e Entidades, de maneira clara e precisa, com a necessária previsibilidade e confiabilidade que um ordenamento jurídico deve oferecer.

Insta destacar que a segurança jurídica é princípio endereçado à Sociedade (enquanto todo) e aos Cidadãos (individualmente), não devendo, jamais, servir de escudo para que os Entes Tributantes deixem de honrar seus compromissos decorrentes de práticas perpetradas em atentado à Constituição Federal ou aproveitem-se de sua própria torpeza.

Hodiernamente é comum no dia a dia do contencioso tributário brasileiro, o ajuizamento de ações por parte dos Contribuintes com a finalidade de requerer a restituição de quantias indevidamente pagas a título de tributos cuja lei de instituição ou majoração tenha incorrido em algum vício de inconstitucionalidade. No âmbito da repetição do indébito tributário inconstitucional, a utilização do argumento econômico – *que se contenta em destacar o déficit bilionário que uma eventual decisão judicial pode infligir aos cofres públicos* – é absolutamente insuficiente para justificar, legitimamente, o emprego de efeitos moduladores à deliberação pela ilegitimidade constitucional de um tributo.

Ressalta-se, pelos mesmos motivos, que se as razões de Estado – *mais precisamente as de ordem econômica* – prevalecem no juízo de ponderação atinente à modulação dos efeitos de uma decisão judicial, a opção judicial implicaria em substancial incentivo à edição de tributos violadores de direitos constitucionais, vez que eventual decisão de inconstitucionalidade viria acompanhada do confortável socorro da limitação de seus efeitos temporais.

Assim sendo, a estabilidade das relações jurídicas tributárias, diante das manifestações do nosso Pretório Excelso, torna-se assunto sobremaneira delicado, requerendo atenção muito especial do intérprete, porquanto está em jogo a aplicação do sobreprincípio da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

A noção de segurança jurídica está inserida na sociedade e constitui o pilar de sustentação do sistema jurídico, firmando-se na certeza, na previsibilidade e na estabilidade do direito e das relações jurídicas, fazendo-se essencial na estruturação de uma sociedade organizada, devendo ser vista sob a ótica do indivíduo e não a do Estado, a fim de garantir, de forma ampla, os direitos e as liberdades públicas-sociais.

No entanto, a adoção dos princípios da *segurança jurídica* e do *excepcional interesse social* não pode ter o propósito de substituir a constitucionalidade estrita vigente no ordenamento jurídico brasileiro por uma constitucionalidade política ou de colocar as *razões de Estado* no lugar das *razões da Constituição*, e sim permitir a utilização de valores que não se esgotam nos referidos princípios, mas que, diante de situações excepcionais, justificam a ponderação a respeito da limitação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade.

Contudo, há que se recordar que – *em relação a atribuição de efeitos moduladores* – não se está diante da segurança como proteção dos direitos individuais dos cidadãos, mas da segurança social e que tende a caminhar em direção ao paradoxo, em que o Ente Tributante será chamado a praticar comportamentos positivos e negativos.

Assim, o *excepcional interesse social*, que não deve ser confundido com o *interesse (arrecadatório) da Fazenda Pública*, pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais para ser materializado em situações concretas, porque o intérprete possui a prerrogativa de fundamentar as decisões com qualquer das normas que compõem o referido princípio.

Destacável a posição da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que há tempos descobriu que é justamente o *interesse público*, e não o *interesse do Estado*, que é atingido quando os Contribuintes são compelidos a pagar tributo ilegal e ou inconstitucional, conforme extraído dos excertos do voto condutor do aresto proferido pelo Ministro Luiz Fux quando compunha a Corte Especial – *hoje membro do Supremo Tribunal Federal* – ao julgar o Recurso Especial n. 382.736/SC –, nos seguintes termos: “O Sr. Ministro José Delgado, com muita felicidade, tem destacado essa nova feição do Direito Tributário, que trata dos direitos fundamentais do contribuinte, estatuto do contribuinte, surpresa fiscal, enfim aquela confiança fiscal que o contribuinte deve ter em relação ao Fisco, *porque hoje já desmistificamos a ideia de que o interesse público é o interesse fazendário. O interesse público é o interesse da cada um de nós. O conjunto dos interesses de todos nós faz o interesse público. Às vezes, o interesse da Fazenda é contra o interesse público e contra o interesse de todos nós*”.⁴⁶

Na mesma linha, é o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello nos autos do Recurso Extraordinário n. 150.764-1/PE, *verbis*: “Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição. *Razões de Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípio e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional positivo*. Esta Corte, ao exercer, de modo soberano, a tutela jurisdicional das liberdades públicas, tem o dever indeclinável de velar pela intangibilidade

46. STJ, 1ª Seção, AgRg no REsp n. 382.736/SC, rel. Ministro Castro Meira, red. p/ acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, j. 08.10.2003, DJU 25.02.2004. p. 91.

de nossa Lei Fundamental, que, ao dispor sobre as relações jurídico-tributárias entre o Estado e os indivíduos, institucionalizou um sistema coerente de proteção, a que se revelam subjacentes importantes princípios de caráter político, econômico e social. *É preciso advertir o Estado de que o uso ilegítimo de seu poder de tributar não deve, sob pena de erosão da própria consciência constitucional, extravasar os rígidos limites traçados e impostos à sua atuação pela Constituição da República*".⁴⁷ (Grifou-se)

Evidente, que apesar do aumento da utilização das *razões de excepcional interesse social* na fundamentação de decisões administrativas e judiciais, sempre houve certa restrição ao seu uso, exatamente porque sua imprecisão pode possibilitar a violação ao Direito, *verbis*: "[...] les réticences à son admission ont toujours été vives tant ou sein du Palais-Royal que dan la doctrine: la notion, par son imprécision, permettrait d'échapper au respect du droit".⁴⁸

Assim, o interesse estatal verdadeiramente público é o interesse público primário, ou seja, aquele que pertence à coletividade, genuinamente, configurando-se assim como a finalidade de todo o agir estatal.⁴⁹

Contudo, a atribuição dos efeitos moduladores em matéria tributária quando a decisão judicial ou súmula afasta a obrigatoriedade do Ente Tributante – *num determinado período* – realizar a devolução do indébito em favor do Contribuinte, perpetra, também, a infringência ao princípio constitucional do não confisco no âmbito tributário dando origem ao enriquecimento injustificado do Estado.

Da aplicação do enriquecimento injustificado no Brasil (arts. 37, *caput*; 150, IV, da CF/88), extraído do Direito Romano, até o Direito Administrativo, na França, passaram-se vários séculos: não meras décadas.⁵⁰ Ou seja, houve grande dificuldade até mesmo para se entender que o Estado poderia ser beneficiário de um enriquecimento injustificado, mesmo ao se considerar tão somente as atividades estritamente administrativas, como aquelas decorrentes de contratos administrativos.⁵¹

47. STF, Plenário, RE n. 150.764-1/PE, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 16.12.2002, DJU 02.04.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211250>>. Acesso em 30 mar. 2018.

48. [...] o receio a sua admissão sempre esteve presente tanto no seio do Palácio Real como na doutrina: a noção, pela sua imprecisão, permitiria escapar à observância do direito. (DESWARTE, Marie-Pauline. *L'Intérêt Général dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Revue Française de Droit Constitutionnel et de la Science Politique em France ET a l'Etranger, n. 13. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2013. p. 23, tradução nossa).

49. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

50. AMORIM, Ana Rosa Tenório de. *O enriquecimento injustificado do Estado e o princípio da vedação ao confisco*. Dissertação de mestrado. Recife: Edição da Autora, 2006. 227 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4672/arquivo6074_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 30 mar. 2018. p. 19.

51. *Ibidem*. p. 20.

A expressão enriquecimento sem causa ganhou guarida no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido adotada pelo Código Civil de 2002. Refere-se sobretudo à ausência de causa jurídica a embasar o enriquecimento. Nesse sentido, de ausência de causa jurídica, assemelha-se à expressão enriquecimento injustificado, tomando-se o injustificado como ausência de justificativa jurídica a lastrear o enriquecimento ocorrido.

O importante é que o termo denote adequadamente a situação: trata-se de enriquecimento sem justificativa jurídica a embasá-lo, ensejando a necessidade de reparação. Quando aplicável ao Direito Civil, como instituto positivado pelo ordenamento de 2002, nos artigos 876⁵² e 884,⁵³ se está tratando do instituto jurídico: é a feição do princípio que veda o enriquecimento injustificado no plano civil.

Por sua vez, quando se tem em mente que o ordenamento jurídico não aceita enriquecimento sem justificativa jurídica para embasá-lo, se está a falar de princípio geral do direito. É princípio que se irradia para os demais ramos do Direito, não se cingindo meramente ao Direito Civil.

Assim, o argumento de que o enriquecimento injustificado é resquício civilístico é de plano afastado pelo fato de que o princípio não se encontra atrelado a um ramo específico do direito. Ele não se restringe a um ramo, mas atinge todo o ordenamento jurídico.

Sim, o enriquecimento injustificado, a *actio de in rem verso*, foram adotados inicialmente no âmbito do direito privado, mas isso não significa que não se possa aplicar o mesmo princípio aos demais ramos jurídicos.⁵⁴

O enriquecimento injustificado ocorre quando presentes os seguintes elementos: *a)* o enriquecimento de alguém; *b)* o correspondente empobrecimento de outrem; *c)* o nexo de causalidade; *d)* a ausência de justificativa jurídica para a alteração patrimonial.⁵⁵

Pontes de Miranda, faz amplíssimo exame das hipóteses de ocorrência do enriquecimento injustificado. No que pertine às espécies de enriquecimento, esclarece: "Resulta dos fatos (natureza das coisas) que: ou (*a*) o enriquecido recebeu algo, por vontade do que sofreu com o enriquecimento; ou (*b*), sem a vontade desse, mas por ato de alguém (inclusive o enriquecido ou outro prejudicado); ou (*c*), sem qualquer ato. Logo se distingue o *ato*

52. Art. 876 – Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir, obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

53. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

54. AMORIM, Ana Rosa Tenório de. *O enriquecimento injustificado do Estado e o princípio da vedação ao confisco*. Dissertação de mestrado. Recife: Edição da Autora, 2006. 227 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4672/arquivo6074_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 30 mar. 2018, p. 22.

55. *Ibidem*. 23.

humano, que está nos suportes fáticos de (a) e de (b), e o *fato*, estranho ao homem, que está no suporte fático de (c). Não se poderia tratar, exaustivamente, das pretensões por enriquecimento na classe dos atos jurídicos; nem, *a fortiori*, na classe dos fatos jurídicos *strictu sensu*, ou desses e dos atos-fatos, embora o ato, em (a) e em (b), seja *plus*".⁵⁶

As constantes, intervenções do Estado nas atividades econômicas propiciam um fértil campo de observação para as inter relações entre as esferas pública e privada. Os contratos administrativos, as licitações, as desapropriações, a atuação das agências reguladoras evidenciam uma série de situações nas quais entes públicos relacionam-se com particulares, dificultando a manutenção da célebre dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e sua análise sob um ângulo estanque, em detrimento de um estudo da dinâmica desses relacionamentos.

Assim, se considera, hoje, o Estado como sujeito capaz de ser beneficiado pelo enriquecimento injustificado.

No caso em ora em análise – *de atribuição dos efeitos moduladores em matéria tributária quando a decisão judicial ou súmula afasta a obrigatoriedade do Ente Tributante, num determinado período, de realizar a devolução do indébito em favor do Contribuinte* –, os elementos típicos do enriquecimento injustificado encontram-se presentes uma vez que: a) haverá diminuição patrimonial do administrado; b) enriquecimento da administração pública; c) relação de causalidade entre esse empobrecimento e o enriquecimento estatal e, d) ausência de fundamento jurídico para o enriquecimento.

As receitas tributárias constituem a maior fonte de abastecimento de recursos para o Estado, garantindo sua manutenção e estrutura. Por constituírem a fonte de maior importância para o patrimônio estatal, as receitas tributárias são também objeto de distorções. Ou seja, embora gerem obrigações essencialmente legais, podem apresentar desvios que as privem de sua absoluta legalidade.⁵⁷

A instituição de tributos cujas alíquotas ofendam à capacidade contributiva do contribuinte coloca-se, com igual pertinência, entre os meios geradores de locupletamento estatal. Mais ainda, a instituição de confisco, de uma exação que se manifesta indevida em razão de sua contrariedade a direito, coloca-se inevitavelmente como hipótese de enriquecimento desprovido de justificativa jurídica a embasá-lo.⁵⁸

56. PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de Direito Privado. v. 26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 123.

57. AMORIM, Ana Rosa Tenório de. *O enriquecimento injustificado do Estado e o princípio da vedação ao confisco*. Dissertação de mestrado. Recife: Edição da Autora, 2006. 227 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4672/arquivo6074_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 30 mar. 2018. p. 28.

58. *Ibidem*. p. 29.

No entanto, o erro da cobrança pode ser ainda mais radical: pode resultar de uma deformidade tal da norma tributária que se se defronta, na realidade, com uma cobrança absolutamente indevida. Tributo não pode ser, tendo em vista a estrita legalidade a que se cinge. Tem-se, portanto, que essa deformidade da norma tributária gera outra figura, a do confisco.⁵⁹

O confisco, enquanto exação indevida, é fonte de enriquecimento injustificado para o Estado. Pago um valor de caráter confiscatório, de pronto se percebe que referido valor não tem justificativa jurídica a embasá-lo. É bem verdade que pode existir lei. Mas essa lei, tendo em vista a contrariedade a direito, é lei inválida, inconstitucional. Goza de presunção de constitucionalidade, mas não resiste a exame de sua validade.⁶⁰

Assim, é importante frisar que o enriquecimento injustificado pode ocorrer em situações tributárias.

Misabel Derzi pronuncia-se sobre o princípio de vedação ao confisco quando de suas notas ao clássico livro de Aliomar Baleeiro, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Convém citá-la: “A corrente formal desvincula as normas tributárias daquelas outras reguladoras dos direitos e garantias fundamentais, lembrando que, tecnicamente, tributo é obrigação legal, de caráter pecuniário, enquanto desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, e o confisco, espécie de sanção. Três institutos distintos e paralelos, sem ponto de contato. A corrente material, por detrás da forma, enxerga no tributo, especialmente no imposto, uma limitação ao direito de propriedade, com efeito de expropriação parcial”.⁶¹

Mais adiante, ela esclarece: “Ao vedar a utilização de tributos com efeito de confisco, a Constituição de 1988 encerra tal polêmica [entre corrente material e formal]. Embora do ponto de vista técnico, em caráter restrito, tributo não seja desapropriação (forma pela qual o Estado se investe originariamente na propriedade), nem confisco (em rigor, forma de sancionar a prática de ato ilícito), a citada norma constitucional do art. 150, IV, reconhece pontos de contato restritos aos efeitos desses institutos diversos. Com isso, nem altera a forma jurídica nem a peculiaridade que toca cada instituto, mas proíbe a instituição de tributos excessivamente onerosos, que acarretem a perda do patrimônio, da propriedade, como aconteceria em caso de confisco. Tecnicamente, tributo e confisco não se confundem, mas o que no art. 150, IV, se veda é que a lei regule o tributo de modo que ele gere os mesmos efeitos econômicos que o confisco geraria”.⁶²

59. AMORIM, Ana Rosa Tenório de. *O enriquecimento injustificado do Estado e o princípio da vedação ao confisco*. Dissertação de mestrado. Recife: Edição da Autora, 2006. 227 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4672/arquivo6074_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 30 mar. 2018. p. 32.

60. *Ibidem*. p. 35.

61. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 572.

62. *Ibidem*, p. 572.

6. Considerações finais

Os efeitos no tempo de uma decisão judicial serão *ex tunc* (retroativos), mas o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de – *fundamentado pela segurança jurídica ou excepcional interesse social* –, limitar ou restringir os efeitos da decisão, ou seja, poderá decidir no sentido de que essa somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento futuro a ser fixado, o que é conhecido como efeitos moduladores.

Tais efeitos podem ser aplicados no âmbito do controle concentrado (ADIn) e difuso (RExt) de constitucionalidade, bem como nas Súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A origem do instituto da modulação decorre da Teoria dos Precedentes norte-americana, sendo que a Corte do Estado de Nova Iorque tem poderes para aplicar o precedente de modo prospectivo, contudo, observando três fatores destacados no ano 1989, quando do julgamento *Ceres Partners v. Gel Assocs*, e são eles que justificarão a aplicação da *prospective overruling*: a) a decisão deve estabelecer um novo princípio de direito, superando o precedente no qual as partes haviam decidido sobre um ponto que não havia sido observado antes; b) os prós e contras em cada caso devem ser sopesados, analisando-se a história do caso disputado, os propósitos e efeitos da medida e se a aplicação retroativa vai prejudicar a solução dos litígios; c) se a aplicação retroativa do novo precedente é capaz de criar resultados negativos.

A Constituição da República Portuguesa, que influenciou a instituição do efeito modulador no Brasil, prevê que o efeito de declaração de inconstitucionalidade de lei dá-se desde o momento em que a lei entra em vigor, adotando-se, portanto, a teoria da nulidade da norma constitucional, reprimando os diplomas anteriores à lei tida por inconstitucional.

Contudo, por meio do art. 282º-4, a Constituição lusitana autoriza que o Tribunal Constitucional, com fulcro em razões de “segurança jurídica” de “equidade” ou de “interesse público de excepcional relevo”, que – *diferentemente da legislação brasileira* – devem ser devidamente fundamentados, fixe os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o previsto na normal declaração de inconstitucionalidade de normas, isto é, desde a respectiva entrada em vigor da norma.

De acordo com as disposições constantes dos artigos 27 da Lei n. 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e 11 da Lei n. 9.882/1999 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), legislação de regência da atribuição de efeitos moduladores no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros (composição plenária), pode restringir os efeitos de suas decisões em sede de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo e de declaração de descumprimento de preceito fundamental, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de

excepcional interesse social

Até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal brasileiro deferiu tal efeito modulador no bojo de 9 (nove) processos judiciais que tinham por objeto matéria de ordem tributária, 5 (cinco) em sede de recurso extraordinário e 4 (quatro) em ações diretas de inconstitucionalidade, sempre em favor do Ente Tributante (Estado-Administração), ou seja, afastando a sua obrigatoriedade de – *num determinado período* – realizar a devolução do indébito em favor do Contribuinte.

A segurança jurídica é um princípio utilizado em matéria tributária na condição de uma salvaguarda do Contribuinte e, nesse sentido, é que foram concebidas diversas garantias, como: *a*) a legalidade em matéria tributária, a exigir que os tributos sejam instituídos por lei em sentido estrito com densidade suficiente para permitir a compreensão dos aspectos da norma tributária impositiva (art. 150, I, da CF/88); *b*) vedação ao confisco e ao enriquecimento injustificado (arts. 37, *caput*; 150, IV, da CF/88 c/c 876 e 884, do CCB); *c*) a irretroatividade, a exigir que a lei seja prévia (arts. 5º, XXXVI; 150, III, a e b, da CF/88); *d*) as anterioridades, a exigir interstício mínimo de tempo entre a publicação da lei e o início de seus efeitos (art. 150, III, b, da CF/88), sendo que tais limitações ao poder de tribular concretizam a segurança jurídica do Contribuinte (arts. 5º, II, da CF/88).

Não é possível ao Fisco (Estado-Administração) invocar seus próprios atos legais eventualmente viciados para buscar a estabilização de situações em seu favor, pleiteando a aplicação de efeitos moduladores às decisões judiciais ou súmulas que, eventualmente, lhe impõe a necessidade da devolução do indébito em favor do Contribuinte, sob pena de caracterizar confisco e, em decorrência, seu enriquecimento injustificado.