



SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

CONSTITUTIONAL SUPREMACY AND MODULATION OF EFFECTS ON UNCONSTITUTIONALITY DECISION

Octavio Campos Fischer

Mestre e Doutor em Direito Tributário pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado da Escola de Direito do IDP/DF e do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil/PR. Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/BR. Conselheiro Estadual da OAB/PR (2007-2012). Advogado em Curitiba/PR. Lattes: lattes.cnpq.br/0919288333672517 E-mail: octavio@octaviofischer.com.br

Karla Ferreira de Camargo Fischer

Graduada em Direito pela Unibrasil - Faculdades Integradas do Brasil (2004) - e em Engenharia de Alimentos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1994). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar (2006) e em Administração Industrial pela UFPR (1999). Atualmente é mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil), professora de Direito Civil e de Estágio Supervisionado das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil), sócia do escritório Octavio Campos Fischer & Advogados Associados, pesquisadora do grupo de estudos em Direito Civil Virada de Copérnico (UFPR) e integrante do grupo de pesquisa em Direito Civil e Constituição das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Lattes: lattes.cnpq.br/9565832105513124

Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar as implicações decorrentes da técnica de modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade após a Lei nº 9.868/99. Tradicionalmente, os efeitos operados pela decisão de controle de constitucionalidade no Brasil sempre foram, como regra, *ex tunc*. Uma importante reforma na legislação autorizou o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, em razão de elevado interesse social e por questões de segurança jurídica, a modular os efeitos de suas decisões.

Palavras-chave: Supremacia Constitucional - Controle de Constitucionalidade - Modulação dos Efeitos

Abstract

This study aims to analyze the implications arising from the technique of modulation the effects on control of constitutionality after Brazilian Law # 9868/99. Traditionally, the effects operated by the control of constitutionality decision in Brazil were always, as a rule, *ex tunc*. An important reform on the legislation has authorized the Supreme Court (STF), exceptionally, in view of weighty social interest and juridical security reasons, the modulation of effects of it's decision.

Keywords: Constitutional Supremacy - Control of Constitutionality - Modulation of Effects

Quando se implanta, sin una previa educación política, una democracia constitucional plenamente articulada en un Estado, recién liberado de la autocracia tradicional o de la tutela colonial, es casi un milagro si toma raíces inmediatamente. (...) Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella

(LOEWENSTEIN, 1976. p. 217).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS E O DIREITO COMPARADO

O presente trabalho tem por traçar algumas considerações sobre a competência para modular os efeitos temporais da decisão de controle de constitucionalidade no direito tributário brasileiro, a partir do prescrito no art. 27 da Lei n.º 9.868/99:

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 2/3 (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.

Trata-se de tema sobremaneira importante e atual, rico e cativante, mas, sobretudo, complexo e de difícil aproximação. Por isso, não temos a pretensão de esgotá-lo ou sobre ele emitir uma opinião definitiva.

É necessário advertir, ainda, que este tema é tratado no Brasil sob forte influência da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, demandando uma certa cautela, em razão da coloração própria que o sistema pátrio de controle de constitucionalidade adquiriu a partir da atual Constituição.

A importação de teorizações desenvolvidas em outros países pode, sem dúvida alguma, ajudar a abrir novos caminhos para a compreensão do nosso direito, mas é uma tarefa muito árdua, complexa e que deve ser realizada com muita cautela, sem precipitações. Não basta, simplesmente, verificar a existência de normas semelhantes no direito estrangeiro, porque, ainda que o sistema jurídico de dois países fosse totalmente idêntico, a experiência social envolvida em cada um deles os tornaria distintos. Lembramos aqui que o ordenamento jurídico é formado por normas e não por

textos de lei. E aquelas, na lição de Paulo de Barros Carvalho (1995, p. 7-8), são o resultado do juízo que fazemos da leitura destes. Portanto, se um texto de lei pode ser o mesmo em dois países, a norma que dele deriva, certamente, terá grandes chances de ser diferente, porque, aí, estamos lidando com o componente humano, com o intérprete, sua história, crenças e convívio social.

Neste sentido, diz Andreas Krell, baseando-se em João M. Adeodato, que “os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira”. E continua: “Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos socioculturais e econômicos-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos” (2000, p. 36)¹.

Além disto, o jurista, no estudo da comparação, deve procurar analisar atenciosamente (I) todo o sistema no qual se inclui a regra que ele busca estudar; (II) qual a interpretação que a doutrina e a jurisprudência conferem a esta regra; (III) qual a eficácia da regra jurídica no ordenamento comparado e, finalmente, além de outros, (IV) os problemas de tradução e da linguagem jurídica².

Assim, o que temos de reter em mente é que as especificidades do direito brasileiro devem ser testadas e postas em prática no seu limite pelo Poder Judiciário, sem a preocupação de que isso possa ou não ter correspondência alguma com o que se pratica no direito alienígena. Evidentemente, esta atitude pode levar ao rompimento de tradições e afetar concepções já solidificadas. Mas, o operador jurídico no Brasil deve saber aplicar a Constituição brasileira a partir de seus próprios pressupostos e não à luz do que foi construído em outras comunidades, porque, do contrário, podemos cair em qualquer uma das situações mencionadas por Martin Shapiro (1999, p. 193-194):

Comparative law becomes one of two things. Either it is a kind of curious cultural adornment worn to amuse and amaze the mundane, or it is a catalogue of bits and pieces rather arbitrarily, but nonetheless usefully, arranged to serve the legal bricoleur. If our garden wall of law seems to be crumbling or our door to be sticking, we may leaf through the catalogue to see what we can borrow from some other legal system to mend our legal collapse or friction. Of course, to each call: 'It worked there, it might work here', comes the response: 'But there is different from here'.

¹ Sobre o assunto, também, são importantes as considerações desenvolvidas no livro *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, organizado por Diego L. Garrido, Marcos Fco Massó Garrote e Lúcio Pegoraro (GARRIDO, Diego L.; GARROTE, Marcos F. M.; PEGORARO, Lúcio. 2000, p. 46-47).

² Sobre este último ponto, Rodolfo Sacco adverte, como exemplo, que “A linguagem jurídica do Quebec não é necessariamente a linguagem jurídica da França, sobretudo na medida em que a escolha léxica foi operada pelo próprio legislador. (...) Do ponto de vista lógico, nada impede de concluir que existem várias línguas francesas (uma para a França, uma para a Suíça, uma para Quebec, uma para o Congo, uma para o Senegal), várias línguas italianas (uma afrancesante, uma germanizante, uma para o Cantão de Ticino), várias línguas alemãs (uma imperial-federal, uma austríaca, uma suíça e, até o final dos anos 80, uma socialista). Mas, uma vez esclarecido que dois códigos de países diferentes podem usar palavras homônimas com significados distintos, é justo recordar que dois diferentes códigos de um mesmo país podem diversificar os significados das palavras” (2001, p. 54).

Sobretudo, porque em matéria de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podemos ser tentados a analisar o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 da mesma forma como a doutrina e a jurisprudência portuguesas estudaram o item 4 do art. 282 da Constituição de Portugal, que possui um conteúdo muito semelhante ao daquele.

Destarte, não se quer fazer defesa de um xenofobismo teórico, e sim fixar a idéia de que as soluções propostas no presente trabalho não serão buscadas irrefletidamente no direito comparado. Queremos consignar que o apoio no direito alienígena far-se-á apenas e na medida em que o mesmo seja necessário e útil para conferir melhor e maior efetividade ao direito brasileiro, porque, voltamos a frisar, se, de um lado, o estudo do direito comparado é importantíssimo, pois oferta-nos a possibilidade de melhor conhecer e aperfeiçoar o nosso próprio direito (DAVID, 1996, p. 5), por outro, é um campo cheio de armadilhas, onde o jurista pode ser levado a fazer importações inúteis, inoportunas e até mesmo perigosas para o desenvolvimento do direito brasileiro³.

I. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

É certo que a jurisdição constitucional existe basicamente para dar proteção e eficácia à Constituição. Do contrário, esta não se põe como norma, muito menos como norma fundamental e superior (DIREITO, p. 118)⁴. E, quanto maior for a dimensão da Constituição tanto maior serão a responsabilidade e as tarefas daquela jurisdição⁵.

Em um país como o Brasil, por exemplo, onde temos uma Constituição vinculante, dirigente e compromissória, que se preocupou em regular em minuciosamente vários segmentos da vida política, econômica e social, a atuação da jurisdição constitucional é a principal garantia da força normativa e hierárquica da Constituição⁶. Por isso concordamos com Clèmerson Merlin Clève, quando leciona que “A supremacia constitucional é dependente, em princípio, da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é

³ Em erudita palestra, José Carlos Barbosa Moreira, tratando dos mitos que envolvem o discurso a respeito do futuro de uma Justiça melhor, toca na delicada questão da “supervalorização dos modelos estrangeiros”. Para este renomado processualista, há uma enorme e relevante diferença entre “a atenção crescente ao direito comparado” e “o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros”, recomendando “cautela necessária para não submeter o transplante [do direito estrangeiro] ao risco manifesto de rejeição” (2001, p. 233-235).

⁴ Oportuno citar a bela advertência escrita por Dworkin sobre a supremacia constitucional: “A idéia da Constituição como o Direito fundamental está tão cimentada nos pressupostos comuns que constituem nossa ordem jurídica que uma interpretação que a negasse seria a interpretação de outra coisa completamente diferente, como uma interpretação de estilos arquitetônicos que afirmasse que a catedral de Chartres não é gótica; ou uma interpretação de Hamlet que ignorasse o príncipe” (2000, p. 49).

⁵ Como diz Oscar Vilhena Vieira, “A constitucionalização de diversos temas, antes à margem de qualquer regulamentação jurídica, ou limitados à legislação ordinária, aumentou as atribuições do Supremo Tribunal Federal...” (1994, p. 18).

⁶ Neste sentido, bem leciona Garcia de Enterría, pois se reconhecermos a Constituição como norma, “sua eficácia deve ser assegurada jurisdicionalmente” (1994, p. 176). Igualmente: MOREIRA, V., 1995, p. 192; SILVA, J., 2000, p. 251-252; e DALLARI, 1977, p. 154.

capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. (...) A supremacia constitucional...reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte" (1999, p. 32-33). É dizer, uma Constituição somente é norma e norma suprema de uma Comunidade se houver mecanismos que a proteja tanto dos atos (comissivos e omissivos) dos poderes públicos como, em certa medida, da própria sociedade civil.

Claro que todos devem zelar pela Constituição de 1988. Em rigor, tanto o Executivo como o Legislativo também estão obrigados não só a obedecer a ela, como também a protegê-la⁷. Entretanto, preferiu a Constituição confiar a sua guarda e tutela, especialmente, ao Poder Judiciário e, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.

Assim é que, sob tal prisma, construiu-se a idéia de que a atribuição de efeitos efeitos "ex tunc" na jurisdição constitucional é um instrumento natural para a realização do princípio da supremacia da Constituição. Afinal, se a Constituição é Lei Suprema, qualquer outra que com ela entre em confronto é inválida desde a origem, não se podendo falar, jamais, em efeito "ex nunc" da decisão de inconstitucionalidade. Do contrário, não se poderia falar em superioridade daquela.

Todavia, chamamos a atenção, aqui, para o fato de que também pretendemos resguardar a supremacia constitucional através da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

É que, ao sustentarmos que o Judiciário, diante de uma norma contrária à Constituição, declara a sua invalidade "ab ovo", apenas transportando os efeitos desta decisão para um momento diferente daquele em que se deu a edição da norma (ou do surgimento do vício), não estaremos diante de uma supressão do princípio da supremacia constitucional em razão de outras leis.

Em termos precisos, correta é a lição de Marcelo Rebelo de Sousa:

Não estamos perante uma situação de equilíbrio entre os interesses públicos mencionados e o princípio da Constitucionalidade, que geraria uma invalidade mista, mas em face da prevalência do princípio da Constitucionalidade, determinando a nulidade do acto inconstitucional, só que prevalência essa mitigada ou atenuada, de molde a conformar uma nulidade atípica. (1988, p. 232)

Na mesma linha, é a orientação de Rui Medeiros:

...o próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo que postula a decisão de limitação de efeitos.

(...)

E o Tribunal Constitucional, mais do que simples guarda das disposições, é garante dos valores constitucionais. O sentido e o objectivo do princípio da primazia da Constituição está, em última análise, na segurança e defesa da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. O princípio da constitucionalidade, se bem que exija o afastamento efectivo e o mais

⁷ Já Hans Kelsen, na sua batalha teórica contra C. Schmit, posicionava-se neste sentido (1999. p. 67).

rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial (da norma constitucional violada) sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. (...)

A premissa fundamental (...) há-de-estar, por isso, na verificação de que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade. (1999, p. 725)

O fato é que a supremacia constitucional é mantida porque a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade somente é admitida quando for utilizada para o próprio resguardo dos valores constitucionais; e, portanto, daquela.

Aliás, não fosse assim e tivéssemos que levar aquela visão do princípio da supremacia da Constituição, que implica inexoravelmente nos efeitos "ex tunc, à última instância, não poderíamos jamais cogitar de institutos como a prescrição, a decadência, o direito adquirido e a coisa julgada, como limites à retroatividade, porque esta, assim, seria total e devastadora.

2. A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO "REGRA DE CALIBRAÇÃO" DO SISTEMA

Devemos admitir, então, que "fiel da balança", na modulação dos efeitos, é, sem dúvida alguma, o princípio da proporcionalidade (Pimenta. 2002, p. 93-94). Porém, a aplicação deste princípio tem por pano de fundo não a satisfação de um ou outro valor em específico, mas, antes, a estabilidade do próprio sistema.

O sistema jurídico pátrio, como a maioria dos modernos sistemas jurídicos, apresenta tensões das mais variadas em razão do acolhimento de múltiplos valores e interesses, que, diuturnamente, põem-se em situação de conflito (potencial ou real). Neste sentido, cabe lembrar que o sufrágio universal foi a "gota d'água" para o sistema liberal, de feição unívoca e homogênea em valores. No Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição de 1988, verifica-se uma forte adoção de valores fundamentais de praticamente todos os setores da sociedade. Tem-se, assim, uma Constituição que é de todos e, ao mesmo tempo, é de ninguém (Clève, 1995).

Esta situação pode, evidentemente, atuar de forma negativa na estabilização do sistema. Afinal, já não se tem claramente um conjunto de normas harmônicas entre si, mas um conjunto que pode ser como também pode não ser harmônico. Tudo isso dependerá da forma como os elementos (repertório) do sistema são organizados e concretizados. O operador jurídico, mais precisamente o Poder Judiciário, deverá, portanto, ter muita cautela para que uma decisão sua não venha a afetar de tal modo o sistema que possa levá-lo a uma completa desestabilização. Não pode, por exemplo, fazer prevalecer de tal forma um valor que leve à quebra da harmonia do ordenamento.

É neste sentido que visualizamos a própria regra de manipulação dos efeitos como sendo uma "regra de calibração" do sistema.

A noção de "regra de calibração", surgida na cibernética e trazida para a teoria do

direito por Tércio Sampaio Ferraz e, para o direito constitucional tributário, por Paulo Pimenta, serve de excelente instrumento para melhor compreender a competência para manipular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Afirmamos, nos itens anteriores, que a incompatibilidade de uma norma com a Constituição leva à sua invalidade. Não há, portanto, como considerar que uma norma contrária àquela seja considerada válida. Se inválida é, portanto, todos os efeitos por ela produzidos, bem como todos os atos, públicos ou privados, praticados sob seus auspícios, em regra, também são inválidos.

Isto implica que a decisão que declara a inconstitucionalidade deve ter por regra efeitos retroativos. Tal se dá em vista do princípio da supremacia da Constituição.

Ademais, a idéia de retroatividade geral e total funda-se, também, no princípio da igualdade, porquanto se, até a decisão, a presunção de validade era para todas as pessoas, com a decisão, a invalidade há de ser considerada para todos.

Contudo, haverá situações em que a aplicação generalizada de efeitos retroativos poderá levar a uma grave desestabilização do sistema jurídico. Neste sentido, entendemos com Paulo Pimenta que a "compreensão do problema da norma inválida passa necessariamente pelo exame dos dispositivos de calibração do sistema jurídico. (...) Neste, a regulagem é dada pelos dispositivos calibradores, que estão dispersos pelo sistema, sendo produzidos pela doutrina, pela jurisprudência, pelo costume, etc. São eles que asseguram a coesão do sistema." (2002, p. 23).

Para que isso seja melhor compreendido, Tércio Sampaio (1994, p. 190) lança mão do exemplo termostato de uma geladeira. Este mecanismo tem por função assegurar que a geladeira mantenha um equilíbrio na sua temperatura, não esfriando demais, nem aumentando a temperatura para além de um certo limite. Assim, também, *mutatis mutandis*, esse autor vai concluir que "os sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema)" (Ibid., p. 190-191), as quais têm uma função de ajustamento do sistema.

Note-se, porém, e aqui vai nossa contribuição sobre este específico tópico, que a visualização da regra de manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade como uma "regra de calibração" pressupõe que ela somente há de ser utilizada em situações limites, em que o sistema jurídico não comporte, sob pena de exaustão, a aplicação da retroatividade total.

É que essa "regra de calibração" não pode dar ensejo ao rompimento do que ela mesma visa a assegurar, que é a coesão do sistema. Dizer, portanto, que "os efeitos produzidos pela norma inconstitucional (...) muitas vezes são protegidos por outros princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica, da moralidade, da boa fé, etc." (Pimenta, 2002, p. 93), não é fundamento suficiente para autorizar a modulação dos efeitos da decisão de invalidade de uma norma, porque praticamente em todas as situações que surgirem sob o pálio de uma decisão de inconstitucionalidade, a rigor, poderemos argumentar que a restrição dos efeitos é necessária, em razão de algum daqueles princípios constitucionais.

Assim, nossa preocupação põem-se, evidentemente, no sentido de que a exceção não possa se tornar regra, como muito bem advertiu Marcelo Rebelo de Souza:

...não deve o Tribunal Constitucional converter a exceção em regra e o recurso à invocação de razões de equidade e de um interesse público de excepcional relevo não pode subverter a essência do regime jurídico da nulidade do acto inconstitucional, quer levando o Tribunal Constitucional a substituir-se ao órgão que praticou ou deveria ter praticado o acto nulo, quer banalizando e depreciando o preenchimento dos pressupostos objectivos do Artigo 282º n.º 4 da Constituição. (1988, p. 269).

Em suma, nossa pequena divergência em relação às análises anteriores sobre este assunto repousa em que a "regra de calibração" não é representada por um ou outro princípio (como o da boa-fé, etc), mas sim sobre a própria competência para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

3. DUPLO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO A AUTORIZAR A MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Por outro lado, sabe-se que, por força do art. 93, IX da CF/88, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, inclusive aquelas tomadas em sede de controle de constitucionalidade (difuso e abstrato).

O que deve ser exposto é que também na parte em que houver a restrição dos efeitos da decisão será necessária uma fundamentação. Contudo, não basta, pura e simplesmente, "alegar por alegar" que, v.g., por motivo de segurança jurídica, é necessária uma restrição dos efeitos. Aqui, faz-se necessária uma dupla fundamentação.

É obrigatória a fundamentação, demonstrando que há necessidade de restrição dos efeitos e também de se escolher um determinado momento, dentre vários outros disponíveis, para se iniciar a deflagração dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Deve-se, portanto, demonstrar qual o motivo que se levou em consideração para escolher um e não outro momento para funcionar como marco temporal para a incidência de tais efeitos.

Demais disto, em certos casos, como verificamos em matéria tributária, há necessidade de que a fundamentação seja não só calcada em elementos jurídicos, como também em dados fáticos inquestionáveis.

Quer-se dizer, não basta alegar que uma declaração de inconstitucionalidade de tributo com efeitos "ex tunc" pode ocasionar, por exemplo, lesão irreversível ao patrimônio público. É necessário, além disso, demonstrar com base em dados fáticos que se não houver restrição dos efeitos, haverá prejuízos irreparáveis para o erário público.

Enfim, é de ser salientado que o "argumento *ad terrorem* do prejuízo", pura e simplesmente, não é suficiente para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, prejuízo, no sentido de diminuição do capital, sempre haverá⁸. O que defendemos é que a restrição dos efeitos somente pode ocorrer, em

⁸ Em rigor, sequer é correto falar em prejuízo para o erário público quando se tem uma declaração de inconstitucionalidade, porque prejuízo só há quando a cobrança do tributo é legítima. A partir do momento em que isto resta descaracterizado, não se fala que o poder público teve prejuízo. Afinal, não se tem

matéria tributária, se os prejuízos forem de tal ordem que possam levar a uma situação irreparável em relação ao patrimônio público.

Neste caso, o Judiciário, por exemplo, deve levar em consideração que há múltiplas formas do poder público recuperar-se financeiramente da obrigação de restituir o que os contribuintes pagaram a mais (por exemplo, ainda que seja uma medida não muito popular, aumentar temporariamente a carga tributária). Pode-se, inclusive, determinar que a devolução, a todos os contribuintes, seja feita da forma menos onerosa ao poder público (em várias parcelas, por exemplo). Portanto, somente quando esgotadas todas estas possibilidades e, mesmo assim, verificar-se uma situação de prejuízo irreversível, é que o Judiciário estará legitimado a dizer que os contribuintes não têm direito à total devolução do que pagaram a mais a título de determinado tributo.

Como se vê, construímos um raciocínio que dificulta em muito a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária.

Por um lado, o intuito imediato, porém, não foi o de salvaguardar os direitos dos contribuintes (que também são princípios constitucionais), mas, sim, o de tornar mais responsável a atividade legisladora em sede de tributação. Quer-se com isso dizer que, antes de tomar qualquer atitude precipitada para simplesmente aumentar a arrecadação, o poder público deve considerar seriamente os limites constitucionais para tanto, sob pena de ter de arcar com as conseqüências da sua "irresponsabilidade" legislativa.

Por outro, como reconhecemos anteriormente, citando Canotilho e V. Moreira, estamos cientes de que é muito difícil controlar a observância do STF em relação a esses deveres de fundamentação.

4. DO DEVER DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Em um primeiro momento, pode-se pensar que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade encontra-se no campo da discricionariedade do Judiciário. Este teria ampla liberdade para decidir se irá restringi-los ou não.

Arigor, contudo, uma vez verificados os pressupostos para a manipulação, esta se impõe inexoravelmente. Há, por certo, grande margem de discricionariedade na verificação dos mesmos. Todavia, uma vez constatados, não pode o STF decidir, por exemplo, que ainda que haja motivo para a restrição, esta não será levada a efeito.

Nesta posição, aliás, não estamos isolados. Em Portugal, Rui Medeiros tem o mesmo entendimento:

...o poder de limitação de efeitos não constitui um poder político do Tribunal Constitucional de que ele possa, livremente, lançar mão, mas antes uma competência que, verificados os pressupostos que se extraem da disposição constitucional, deve ser exercida por qualquer dos órgãos incumbidos do controlo da constitucionalidade.... (1999, p.

prejuízo sobre valores que não lhe pertencem. Mutatis mutandis, seria o mesmo, por exemplo, que um assaltante argumentasse com a polícia que não iria devolver uma televisão roubada há mais de dois anos, porque, com isto seria prejudicado patrimonialmente ou até mesmo no seu direito de assistir em casa aos jogos da "copa do mundo"!

695).

...verificados os pressupostos respectivos, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é um dever ou uma obrigação a que o Tribunal Constitucional não se pode furtar. Poder, no n.º 4 do artigo 282º da Constituição, aparece, portanto, não por contraposição a dever, mas como sinónimo de potestas ou de competência. (Ibid., p. 736-737).

Entretanto, também, aqui, caímos no problema da impossibilidade do controle desse tipo de decisão, pois pode ocorrer, inclusive, que o Tribunal simplesmente decida contra todas as evidências, que não há necessidade de modulação dos efeitos.

Contudo, uma vez reconhecidos pelo próprio STF, a existência dos pressupostos para tanto, se assim ele não decidir, possibilitará que as pessoas prejudicadas com a ausência da restrição dos efeitos pleiteiem um indenização frente ao poder público.

Em sede de conclusão há que se dizer que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não pode se situar no campo da liberdade de aferição do Poder Judiciário. Há condicionantes constitucionais que impõem, em algumas situações, a rejeição da modulação, como, em outras, que impõem a restrição, ambas para que seja mantida a supremacia constitucional. Cabe ao Judiciário, portanto, aplicar o instituto em tela com sensibilidade e grande responsabilidade.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*. 5. ed., New York: Oxford University Press, 1986.

AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 1984.

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural - XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives G. da S. (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas tributárias - Nova série - 6. São Paulo: RT, 2000.

BACHOF, Otto. *Estado de Direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

_____. *Jueces y constitución*. Tradução: Rodrigo B. Cano. Madrid: Civitas, 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CLEVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho - o editor dos juristas*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas, 1989.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DALLARI, Dalmo. Controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Breves notas sobre o primado da Constituição. In: _____ (org.). *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Tendências do direito constitucional brasileiro – A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão: a lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n.º 357, p. 48-9, 2001.

DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño; MONTORO, Ángel J. Gómez; GUERRERO, Manuel Medino; PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

FERRAZ FILHO, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FISCHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISCHER, Octavio Campos. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución*. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1999.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976.

MALISKA, Marcos. A. Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade. In: *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Curitiba: Faculdades do Brasil, n. 18, 2001.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 102, 2001.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito comparado*. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SALIBA, Ricardo Bezosa. Da utilização de ação civil pública em matéria tributária. In: *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n.º 83, 2002.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York: Cambridge University Press, 1993.

SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. *Constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: St. Martin's Press, Inc., 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SNOWISS, Sylvia. *Judicial review and the law of the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 1990.

SOUSA, Marcelo Rebello de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa, s.e. 1988.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

Recebido em 10.10.2012
Aprovado em 25.11.2012