

Declaração de inconstitucionalidade, a Lei 9.868/99 e a repetição de indébito

Por: Thaís Esteves

A Constituição brasileira, moderna ao digerir as influências das correntes do constitucionalismo de caráter social, de essência dirigista, trouxe a lume preocupação em resguardar direitos na insegurança de um panorama jurídico recém saído de um regime militar ditatorial, revelando-se um diploma extremamente abrangente e detalhista.

A polêmica do controle de constitucionalidade, que não é nova, haja vista estar previsto em outros diplomas constitucionais anteriores[1], ganhou envergadura com a Constituição de 1988, que o alargou, e principalmente com o aprofundamento no estudo sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

Não são poucas as dúvidas, contradições e debates que cabem em apenas uma palavra: inconstitucionalidade.

Um desses debates cujo tempo não conseguiu apagar – e dificilmente conseguirá em razão da tradição brasileira de fertilidade de Leis – consiste justamente nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma Lei que institua ou majore um tributo e, portanto, as conseqüências práticas desta declaração, como a ação de repetição de indébito. Merece especial atenção, desta forma, a Lei 9.868/99 sobre a qual a jurisprudência travou diversas discussões.

O controle de constitucionalidade, ou seja, da verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com aquelas constantes da Carta Magna decorre da noção de supremacia da Constituição, que foi construída justamente para preservar os valores de uma sociedade.

A verificação de constitucionalidade de uma norma, além de contemplar o paradigma escrito, “ius positum”, deve suplantar a contrariedade à Constituição através dos princípios decorrentes do sistema, ainda que implícitos. Em resumo, a análise da conformidade de uma lei à Constituição passa pelos princípios e valores integrantes da ordem constitucional global, sem os quais qualquer decisão implica na mitigação da força da norma superior.[2]

O controle de constitucionalidade, no Brasil, não fosse apenas a importância de preservar a supremacia da constituição e, portanto, os valores por ela resguardados, justifica-se em razão da inflação legislativa.

O controle de constitucionalidade, algumas vezes, é essencial a fim de evitar o ingresso no sistema de leis inadequadas. Outras vezes, quando esse ingresso não é evitado, faz-se necessário um controle posterior, através das formas repressivas de controle.

Em poucas palavras, a incompatibilidade vertical de normas – entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional – deve ser extirpada, resolvendo-se em favor das normas de grau superior, que são fundamento de validade das inferiores, sempre consagrando a idéia de que “a ordem jurídica constitui uma unidade na pluralidade, unidade que se exprime na circunstância de poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem”. [3]

A inconstitucionalidade de uma lei pode ser classificada conforme decorra de ação ou de omissão[4], no caso de Lei que institua ou majore tributo, o enfoque se volta para as formas do controle de constitucionalidade por ação, relativa a Lei que institua ou majore tributo.

À vista da Constituição vigente, o controle repressivo de constitucionalidade é jurisdicional, combinando aspectos dos modelos difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.

Antes que tal fato ocorra, entretanto, a Lei e ato normativo são submetidos à forma preventiva de controle de constitucionalidade, a qual, visando também subjugar os interesses políticos e corporativos abrigados sob o véu formal da Lei, buscar afastar da apreciação e da posterior promulgação leis ou atos normativos que contrariem o sistema valorativo global da Constituição.

Para as leis que fogem ao controle prévio de constitucionalidade, existem, pois, o controle por via de exceção – difuso –

e o concentrado, por via da ação direta de inconstitucionalidade, sem se poder esquecer da ação declaratória de constitucionalidade.

A primeira forma de controle – por via de exceção – se verifica em concreto, isto é, qualquer interessado pode argüir a inconstitucionalidade de Lei, sendo indiferente o processo e sua natureza, bem como o juízo em que a demanda esteja em curso.

A ação direta de inconstitucionalidade, ao contrário, ocorre em abstrato, não sendo necessário existir um processo em que esteja amparada a suscitação da oposição à Constituição, e pode ser proposta conforme três modalidades existentes.

A declaração de inconstitucionalidade na via indireta não anula a lei, tampouco a revoga, de forma que até que o Senado suspenda sua executoriedade, continua em vigor.

Se, no entanto, a declaração de inconstitucionalidade de Lei decorrer de controle concentrado, não há necessidade de suspensão pelo Senado[5], que apenas atua formalmente sobre os efeitos da declaração, haja vista que a declaração na via direta visa a suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato.

Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

Conforme já salientado anteriormente, o grande debate sobre o controle de constitucionalidade reside nos efeitos de sua declaração e, inevitavelmente na natureza do ato inconstitucional, se é ele inexistente, nulo ou anulável.

No caso de uma lei que institua ou majore tributo e que após um lapso de tempo é considerada inconstitucional, o sistema constitucional através de seus princípios norteadores aponta para uma conclusão: o sopesamento dos valores e garantias nele previstos impõe a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para permitir a repetição de indébito de tributos cobrados indevidamente em razão da lei atacada.

Se não fosse assim, o Poder Público estaria contrariando diversos princípios constitucionais e estaria até mesmo enriquecendo-se sem causa ao não se permitir a repetição de indébito decorrente dos efeitos retroativos da declaração de constitucionalidade.

De acordo com a interpretação sistemática e pautada pelos princípios constitucionais, inclusive por aqueles que integram a noção de supremacia da Constituição, no controle difuso, quando o efeito da decisão é estendido aos demais por anuência do Senado, o efeito retroativo, quando se tratar de questão tributária, deve ser aplicado, visando, inclusive, à isonomia.

Quanto, de outra feita, o efeito decorre do controle concentrado, o art. 27 da Lei 9.868/99, que implementou exceção à regra da retroatividade, deve ser interpretado com cuidado, igualmente adstrito aos princípios maiores da Constituição, com o fito de evitar situações injustas, como o eventual enriquecimento não justificado do Poder Público que, em outras palavras, outra coisa não seria senão um confisco.

Essa preocupação com a efetividade dos princípios da Constituição permeia a lição de Paulo de Barros Carvalho: “o exercício do poder tributário, no Brasil, se acha jungido por uma série de máximas constitucionais, especialmente dirigidas a esse setor. São os princípios constitucionais tributários, na maioria explícitos, e que a legislação infraconstitucional deve acatar, em toda a latitude.”.[6]

Dividindo a atenção ao tema, Belsunce: “o legislador pode utilizar os impostos como ferramentas eficazes para alcançar os fins constitucionais, e não o contrário.”[7]

Vislumbra-se, pois, que o princípio da suprallegalidade da Constituição, que preza a distinção hierárquica entre normas, sem a qual não seria possível um eficaz controle da constitucionalidade, o qual principalmente nas constituições rígidas, como é o caso da Constituição Federal Brasileira[8], presta-se a fornecer os contornos para uma solução justa quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda no que tange à Lei 9.868/99, que concedeu ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de optar pela retroatividade ou não dos efeitos da declaração de constitucionalidade, importante reiterar que ele deve estar atento aos princípios da Constituição, do qual é o seu maior guardião.

A regra única da nulidade da Lei declarada inconstitucional – e portanto dos efeitos erga omnes e ex tunc – foi enfraquecida com a aludida lei, fazendo-se necessário ponderar interesses jurídicos e sociais a fim de evitar uma agressão ainda maior às normas e princípios constitucionais, como seria o caso de proibir o direito do contribuinte ajuizar demanda de repetição de indébito instituído ou majorado por norma constitucional.

O que se espera, assim, é que, no Brasil, em que a inflação legislativa é uma triste tradição, sejam enaltecidos os valores que protegem os cidadãos da primazia do legislador, coroando por conseguinte as estruturas de um Estado Democrático de Direito.

Não sem tempo, vale ressaltar a lição de que “a flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é ma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. Inobstante, como mitigação do princípio da constitucionalidade em determinado lapso de tempo, deve ser encarada como medida excepcional – jamais como regra -, utilizável apenas para a preservação de outros valores e portanto constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia da nulidade da lei inconstitucional. A aplicação do novo dispositivo está, assim, necessariamente condicionada pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade”.^[9]

(janeiro de 2005).

OBRAS CONSULTADAS

AFONSO DA SILVA, José. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 6ª Ed., 2002.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 2000,

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, Reimpressão, 1994.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99. São Paulo: Lumem Júris, 1ª Ed.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Editora Almeida, 5ª Ed., 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Tributação e o controle de constitucionalidade das leis, in O sistema tributário na revisão constitucional, coord. Dejalma de Campos, São Paulo: Atlas, 1993.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 24ª Ed., 1997.

_____ Manuel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre), trad. João Batista Machado, Coimbra: Armênio Machado Editor, 5ª Ed., 1979.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, Reimpressão, 1996.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. Efeitos da Declaração de inconstitucionalidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed. 1992.

[1] Afonso da Silva, José. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 2000, p. 53. A ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, foi introduzida pela Emenda Constitucional 16, de 6.12.65 à Constituição de 1946, que poderia ser proposta pelo Procurador Geral da República. A constituição de 1988 ampliou a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103).

Antes disso, a Constituição de 1891 instituiu o critério do controle difuso por via de exceção, o qual foi sendo transformado por inovações nas constituições posteriores que impingiu à Constituição métodos do sistema concentrado.

A Constituição de 1934 introduziu a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a regra de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal e atribuição ao Senado Federal da competência para suspender a execução do ato ou norma considerado inconstitucional.

[2] Canotilho, J.J. Gomes. Op. Cit. 997,998.

[3] Afonso da Silva, José. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 6ª Ed., 2002, fls. 213.

[4] Quanto à formas de inconstitucionalidade e suas forma de controle, José Afonso da Silva, op. cit., p. 51 e seguintes.

[5] Nesse sentido José Afonso da Silva, op. cit., p. 56, e Regina Nery, op. cit. pgs. 212/215.

[6] Carvalho, Paulo de Barros Carvalho. Curso de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva. 7ª Ed., 1995, p. 98/99.

[7] Belsunce, Horácio A. Garcia. Estúdios de Derecho Constitucional Tributário, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 319.

[8] Motta Filho, Sylvio Clemente e William Douglas Resinente dos Santos. Controle de Constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial, Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 11.

[9] Binenbojm, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira, São Paulo: Renovar, 2001, p. 180/181.