® BuscaLegis.ccj.ufsc.Br

A repetição de indébito declarado inconstitucional

José Hable*

Indaga-se: ***havendo o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei instituidora de tributo, qual é termo inicial do prazo para se exercer o direito de pleitear a repetição do indébito declarado inconstitucional?***

Introdução

No momento em que determinada lei ou ato normativo tributário é declarado inconstitucional, todos os pagamentos efetuados sob a sua égide têm-se por indevidos, surgindo o direito à restituição.

O tema relacionado à questão do prazo extintivo, [01] na declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo tributário, tem duas conotações a ser analisadas:

(1º) a definição e fixação do termo inicial do prazo extintivo, para se pleitear a repetição do indébito; e,

(2º) a delimitação do lapso de tempo que se pode retroagir, ou seja, o período retroativo a ser alcançado pela decisão, para reaver o que foi pago indevidamente, sob o manto de norma inconstitucional.

Esse assunto, além de polêmico, assume grande importância no meio jurídico na medida em que se constata que, nos últimos tempos, diferentes tributos tiveram sua cobrança declarada inconstitucional pelo controle do Poder Judiciário.

---

2. ***O controle de constitucionalidade***

A Constituição Federal - CF/88, como norma-ápice, é o fundamento de validade de todos os demais textos normativos do sistema. O controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o *jurisdicional*, dito misto, onde se tem o *controle difuso*, de influência norte-americana, mesclado com o *controle concentrado*, buscado na experiência da Europa Continental, modelo este, austríaco de matriz Kelseniana.

No que se refere ao alcance da declaração de inconstitucionalidade, pode-se dizer que:

a) no controle *concentrado* ou *direto*, também chamado de *abstrato*, pelo qual as leis federal, estadual ou distrital são eliminadas do sistema normativo em face da existência de vícios, tem-se eficácia *erga omnes* (vincula a todos). Este controle é suscitado perante o Supremo Tribunal Federal – STF, por aqueles legitimados pela Carta Política; [02]

b) no controle *difuso, indireto* ou *incidental*, no qual todos os órgãos do Poder Judiciário podem manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afastando sua aplicação ao caso concreto, a decisão sobre a inconstitucionalidade resolve uma questão de direito, incidental e prejudicial, operando seus efeitos apenas *inter partes* (vincula tão-só as partes do processo). Nesse caso, julgado definitivamente pelo STF, em grau de recurso, a inconstitucionalidade da lei, essa decisão será comunicada ao Senado Federal para que, nos termos da CF/88, [03] suspenda a execução, ocorrendo então a retirada da norma do sistema, com efeitos *erga omnes*.

Polêmica maior, entretanto, surge quando se vai analisar a retroatividade ou não da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei.

No controle *difuso*, sustenta-se que há dois efeitos distintos: (1) na hipótese de um caso concreto colocado sob apreciação do Poder Judiciário, a decisão terá efeitos *ex tunc* (retroage) e *inter partes*; e, (2) na hipótese de decisão definitiva do STF, com a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, o efeito será *ex nunc* (a partir da suspensão da execução), pois até então a lei estava vigente, válida e eficaz, e *erga omnes*.

Já no controle *concentrado*, como o constituinte brasileiro fez uma clara opção pela natureza *declaratória* da ação direta de inconstitucionalidade, [04] perde importância a discussão – se declaratória ou constitutiva – de modo que a eficácia da decisão, como regra geral, tem efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage à data da publicação do texto legal, ora declarado inconstitucional. [05]

---

3. ***O termo inicial do prazo extintivo, para se pleitear a repetição do indébito na declaração de inconstitucionalidade***

Pela análise dos excertos legais descritos nos arts. 165 e 168 do CTN, verifica-se que não está expressamente descrita a hipótese de repetição de indébito quando do

reconhecimento da inconstitucionalidade de lei pelo Poder Judiciário, conclusão essa não pacificada na doutrina. [06]

Considerando que a restituição de débito dito inconstitucional somente é exigível a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei, partimos do entendimento de que não se está a tratar de *indébito tributário*, [07] pois prestação pecuniária exigida por lei declarada inconstitucional não é tributo, não se podendo assim aplicar as regras contidas no art. 168 do CTN, quando de sua repetição.

Desse modo, em não sendo aplicada a regra descrita no CTN, recorre-se à regra geral de prescrição de indébito contra a Fazenda Pública, disciplinada no Decreto nº 20.910, de 1932, que assim dispõe:

"Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim **todo e qualquer direito** ou **ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal**, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos** contados **da data do ato ou fato do qual se originarem**." (grifos não do original).

Por esse excerto legal, fica definido que o início do prazo de cinco anos, para questionar *todo e qualquer direito* ou *ação*, conta-se da ***data do ato ou fato que deu origem à dívida, ao direito ou ação.***

Mesmo que se entenda ser tributário, e então regido pelas normas do art. 168 do CTN, na repetição do indébito declarado inconstitucional, outro não pode ser o termo inicial do prazo extintivo, se não a data da publicação da decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade da exação (controle concentrado - *erga omnes* ou difuso - *inter partes*), ou da publicação da resolução editada pelo Senado Federal (controle incidental - *erga omnes*), extirpando do mundo jurídico a norma viciada, [08] como bem relatou o Min. Franciulli Netto, no EREsp 507466/SC, [09] porquanto é nesse momento que tem origem o *direito*, a *ação* ou a *dívida* a ser devolvida.

Importante frisar ainda que os cinco anos, que se contam da data da decisão prolatada, é um prazo que o contribuinte tem para efetuar o seu pedido de devolução, ou seja, é um espaço temporal para exercer um direito, e não um prazo, para se delimitar o objeto que se quer alcançar retroativamente no pedido. Conta-se assim para frente, a partir da decisão.

Poder-se-ia alegar que o *ato ou fato que deu origem à dívida* foi o ***pagamento*** do tributo considerado inconstitucional, e assim a partir dele que iniciaria o prazo extintivo para a sua repetição. Contudo, este ato, o *pagamento*, não pode ser o marco inicial para a repetição, até porque enquanto não declarada a inconstitucionalidade, não há o que ser pleiteado, não podendo haver início de qualquer prazo extintivo para se pedir a repetição, porquanto não ocorre a *inércia* do titular do direito, um dos pressupostos necessários à ocorrência do prazo extintivo. [10]

Com a decisão de inconstitucionalidade da norma nasce o *direito* do contribuinte de pleitear a restituição do que foi pago indevidamente assim como a *dívida* do Estado em devolver o que recebeu indevidamente.

Importante enfatizar novamente que antes da declaração de inconstitucionalidade, além de não haver qualquer objeto a se pleitear, não está configurada a *inércia* do titular do direito, que possa desencadear o início do prazo extintivo. Desse modo, é inaceitável que o contribuinte, até então desconhecedor da invalidade da norma, deva ser novamente prejudicado e penalizado, sem ter dado causa ao fato.

-A título de exemplo, levantamos a seguinte hipótese:

(1) o STF proferiu a decisão *X*, publicada no dia ***30/06/2005***, que declarou inconstitucional (controle concentrado), uma norma tributária *XY*, instituidora de ICMS, com vigência a partir do exercício de *1990*.

(2) com a publicação do acórdão da decisão *X*, em *30/06/2005*, os contribuintes tomaram conhecimento de que a cobrança do ICMS foi indevida, nascendo assim o direito de pleitear a restituição do que foi pago indevidamente.

(3) tem-se ainda que o contribuinte *Z* recolheu o referido imposto no prazo legal, com fundamento na viciada norma *XY*, no período de 1º de janeiro de *1990* até a publicação da decisão em *30/06/2005*.

(4) indaga-se, então: até quando pode o contribuinte *Z* pleitear a restituição do ICMS pago sob a égide da norma *XY*, declarada inconstitucional?

Analisando os pressupostos necessários à ocorrência dos institutos da decadência e/ou prescrição (a ***inércia*** do titular do direito e o transcurso do ***espaço temporal*** definido em lei), temos que:

(a) o ***termo inicial*** do prazo extintivo para se pleitear a repetição do indébito está definido pelo ato ou fato que deu origem ao direito, ou seja, com a *data da publicação do acórdão*, em ***30/06/2005***, quando se tomou conhecimento da inconstitucionalidade da norma tributária. É a partir desta data que se poderá verificar a *inércia* do titular do direito, porquanto, o direito de pleitear a restituição antes desta data não existia ou estava impedido de ser exercitado;

(b) o pressuposto *temporal*, de cinco anos, definido na legislação (Dec. 20.910/32, art. 1º, ou, CTN, art. 168), com o início em *30/06/2005*, terá sua data limite em ***30/06/2010***, extinguindo o referido direito se não exercitado, caso não haja causas interruptivas, suspensivas ou impeditivas do referido prazo.

No que se refere ao período retroativo a ser alcançado no pedido de devolução, está na dependência de vários fatores a serem analisados a seguir.

4. ***O período retroativo na declaração de inconstitucionalidade***

Observa-se que além da existência de um prazo extintivo para se formular o pedido de restituição, há um segundo lapso temporal, relacionado ao alcance retroativo da decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade da norma.

É cediço que, concluído o processo legislativo, a lei passa a ter existência no mundo jurídico, estando, assim, habilitada a produzir os efeitos que lhe são próprios, tão logo entre em vigor. Neste instante, e até que sobrevenha uma decisão do Poder Judiciário a respeito, não se pode afirmar, categoricamente, que a lei é, ou não, inconstitucional.

Relevante frisar que todas as normas gozam de presunção de constitucionalidade até que sejam extirpadas do ordenamento jurídico. Desse modo, enquanto válidas, produzem efeitos, e no "exercício da função administrativa, o Estado tem o dever de cumprir a lei, emitindo atos para concretizar o mandamento normativo, não lhe cabendo emitir qualquer juízo acerca da validade da lei objeto de aplicação." [11]

Em sendo, então, uma norma declarada inconstitucional, surge a indagação se ela seria uma *norma inválida* ou uma *norma inexistente*.

As discussões são intermináveis, e com o merecido respeito aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários, firmados no princípio da nulidade da lei inconstitucional, defendemos a tese de que a inconstitucionalidade é uma *invalidade*, [12] e não simplesmente uma *inexistência* no sentido de que ao ser declarada inconstitucional, a lei desapareceria do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.

O acolhimento de um ou de outro argumento leva ao grande debate sobre a retroatividade ou não dos efeitos da decisão judicial, mormente quando a lei declarada inconstitucional tenha produzido efeitos jurídicos não passíveis de serem desfeitos com uma simples declaração.

Ressalte-se que mesmo no sistema americano, ou seja, de *controle difuso*, em que é adotado o princípio da nulidade das leis inconstitucionais, no qual os efeitos da decisão retroagem até o nascedouro da lei, como se fosse extirpado o mal pela raiz, "as cortes americanas têm respeitado os efeitos consolidados e levado em consideração as conseqüências de suas decisões e as repercussões delas na paz social e na estabilidade das relações e situações jurídicas". [13] E assim, conforme afirma Paulo Pimenta, [14] "há algum tempo vem acontecendo um processo de mitigação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, tanto no modelo austríaco quanto no norte-americano."

No contexto dessas discussões, em que o STF, adotando o princípio da nulidade da lei inconstitucional, e assim, ao proferir uma decisão, que é de natureza declaratória, retroagem os seus efeitos, houve a publicação da Lei nº 9.868, de 1999, [15] que introduziu

no ordenamento jurídico a *modulação dos efeitos* da decisão do STF, que de certa forma revolucionou o controle concentrado de constitucionalidade, relativizando assim o princípio da retroatividade nestas decisões, nos termos do art. 27 da referida lei. [16]

Várias reações contrárias surgiram quando da edição da mencionada lei, e sem adentrar nas críticas levantadas, o controle concentrado de constitucionalidade pelo STF passou a ter, neste caso em especial, uma maior conotação política, exercendo de certa forma um juízo de conveniência e oportunidade, típico do ato discricionário, a respeito da aplicação ou não da Constituição. [17]

E nesses termos, "a opção por conferir a projeção de efeitos somente a partir de uma determinada data tem uma finalidade essencialmente política, na medida em que visa assegurar a estabilidade política e financeira da Nação", [18] justificando assim, de certa forma, em casos excepcionais, como *de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, que a Corte Suprema determine os efeitos da decisão e seus alcances, preservando situações que, a seu juízo, não devam ou possam ser desfeitas.

Embora no direito brasileiro, mais precisamente no STF, tenha-se como doutrina tradicional a da nulidade da lei inconstitucional, firmada na declaração da nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional, ou seja, retroagindo os seus efeitos até a edição da norma viciada, em várias oportunidades a Corte suprema já há muito flexibilizou este entendimento, afastando a nulidade da norma em favor de outros princípios constitucionais, conforme se pode observar no RE nº 78.594/SP. [19]

Importa ainda destacar que a partir da edição das Leis nº 9.868 e nº 9.882 de 1999, parte da doutrina, assim como da própria jurisprudência do STF, em especial do Ministro Gilmar Mendes, passou a defender conceitos dantes não utilizados em nosso meio jurídico, como *norma ainda constitucional*, podendo no futuro ser inconstitucional, e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com *apelo ao legislador*, onde decidida inconstitucional, o Tribunal poderia fazer um apelo ao legislador, para que alterasse a norma impugnada. [20]

Desse modo, a decisão de inconstitucionalidade poderá não importar necessariamente na pronúncia de nulidade, apresentando efeitos retroativos, e assim, o Poder Judiciário, ao atribuir à decisão eficácia prospectiva, reputará válidos os atos praticados com base na norma constitucional, [21] sob proteção de princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica, da moralidade e da boa-fé, entre outros.

Há que se colocar então que o direito à restituição de tributos, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária, pressupõe: **(a)** a pronúncia de nulidade da norma tributária; e, **(b)** a eficácia da decisão, se *ex tunc* ou *ex nunc*.

Dessa maneira, em havendo a declaração de inconstitucionalidade da norma tributária pelo Poder Judiciário, não surge automaticamente o direito subjetivo do titular de repetir o indébito. É imprescindível verificar outros requisitos, em especial, se a decisão

tem ou não eficácia retroativa (*ex tunc*). Em não havendo eficácia retroativa, não há se pleitear o que se pagou sob a égide da norma declarada inconstitucional.

Ressalte-se ainda, no que se refere ao período retroativo a ser pleiteado, há distinção entre o contribuinte, que inconformado com a cobrança de determinado tributo, ajuíza a ação (*controle difuso*), questionando sua constitucionalidade, daquele que permanece inerte, apenas esperando o resultado de determinada ação interposta (no controle *concentrado* ou *difuso*). Nesse sentido, a data do ajuizamento da ação delimitará o ***prazo retroativo*** em que o contribuinte poderá pleitear a repetição.

-A título de complementação, no intuito de melhor esclarecer essas colocações, levantamos o seguinte exemplo:

(1) o STF proferiu duas decisões: 1ª *decisão X* (em ***controle concentrado***, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 2000); e 2ª *decisão X1 (*em ***controle difuso***, ajuizada pelo contribuinte BB, em *1º/01/1996*), ambas publicadas no dia *30/06/2005,* declarando inconstitucional uma lei instituidora de ICMS, que tinha vigência a partir do exercício de *1990,* com **efeitos *ex tunc*** (com retroatividade).

(2) com a publicação dos acórdãos das decisões, em 30/06/2005, os contribuintes tomaram conhecimento de que a cobrança do ICMS foi indevida, nascendo assim o direito de pleitear a restituição do que foi pago indevidamente.

(3) tem-se ainda que os contribuintes recolheram o referido imposto no prazo legal, com fundamento na viciada norma, no período de 1º de janeiro de *1990* até a publicação da decisão em 30/06/2005.

(4) como as decisões tiveram efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem os seus efeitos até a edição da norma viciada, indaga-se:

_____quais os débitos pagos, sob a égide da norma declarada inconstitucional, (período retroativo) que os contribuintes podem pleitear a devolução?

Há duas hipóteses a ser tratadas:

1ª) quanto à decisão em ***controle difuso***, ajuizada pelo contribuinte BB, em *1º/01/1996:*

____terá o contribuinte BB direito a pleitear o débito pago indevidamente do período de **1991** a **30/06/2005**, porquanto, em 1º/01/1996, com o ajuizamento da ação, ele deixou de ser inerte, ou seja, cinco anos do ato ou fato (*pagamento*) do qual originou a dívida, nos termos do art. 1º do Dec. nº 20.910, de 1932. Os débitos do exercício de **1990** prescreveram.

2ª) no que se refere à decisão em ***controle concentrado***, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 2000:

____os contribuintes somente terão direto à repetição do indébito, quanto ao que foi pago indevidamente do período de **30/06/2000** a **30/06/2005**, ou seja, cinco anos para trás da decisão, porquanto, ficaram inertes, no que se referem aos demais períodos: 1990 a 1999.

Em julgado recente, [22] o STJ ementou que: "não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco." [23]

---

5. Referências bibliográficas

APPIO, Eduardo. Controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BECKER, A. A. **Teoria geral do direito tributário**. 3 ed., São Paulo: Lejus, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Extinção da obrigação tributária, nos casos de lançamento por homologação**. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 1. Direito tributário*, org. de Celso A. B. de Melo. São Paulo: Malheiros, 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon N. **Curso de direito tributário brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA RIBEIRO, Luís Antonio. **Democracia e controle da constitucionalidade**. In SARMENTO, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2002.

DORIA, Antonio Roberto Sampaio. Causas de Impedimento Prescricional de Indébitos Tributários; Ocorrência de Coação e Inconstitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 165, p. 363-374, jul./set. 1986.

FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. 2 ed., São Paulo: Resenha Tributária, 1971.

GULART, Vyvyany Viana Nascimento de Azevedo. **Controle de constitucionalidade**. Brasília: Fortium, 2005.

HABLE, José. **A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo**. 2ª ed, Brasília: Editora Lúmen Juris, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Processo administrativo tributário**, Caderno de Pesquisas Tributárias – nova série, n. 5, Coord. de Ives Gandra, São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2v, 1997.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p 123

TORRES, Ricardo Lobo. **Restituição de Tributos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

XAVIER, A. **Do lançamento – teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. 2 ed., São Paulo: Forense, 1998. p.

Notas

(1) No que se refere à natureza do prazo extintivo, se decadencial ou prescricional, nem a doutrina nem a jurisprudência está pacificada sobre o assunto. Há quem defenda ser um prazo de ***prescrição*** (XAVIER, A. Obra citada. p. 98, MORAES, B. R. Obra citada. p. 494). Para outros, seria de ***decadência*** na hipótese de o pedido ocorrer na via administrativa, e de ***prescrição*** no caso de se postular na via judicial (FANUCCHI, F. A. Obra citada. p. 66.) e ainda, outros consideram-no como um prazo de ***decadência*** (CARVALHO, P. B. **Extinção**..., p. 230; COÊLHO, S. C. **Curso**..., p. 711 e MACHADO, H. B. **Processo**..., p. 136-138). A jurisprudência de nossos tribunais, mais especificamente a do STJ, após inúmeros julgados divergentes, pacificou-se no sentido de o prazo para a repetição do indébito ser ***prescricional*** (BRASIL. STJ. **EREsp nº 278311/DF**, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, Data do Julgamento 27/08/2003, DJ 28.10.2003, p. 184, entre outros. Disponível em: http://www.stj.gov.br. Acesso em: 17 maio 2008).

(2) BRASIL. **CF**. "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional." Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 16 maio 2008.

(3) BRASIL. **CF.** "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;". Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 16 maio 2008.

(4) BRASIL. **CF**. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;". Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 16 maio 2008.

(5) APPIO, E. Obra citada, p. 16-17.

(6) BALEEIRO, A. Obra citada. p. 881, entre outros.

(7) BECKER, A. A. Obra citada. p. 576, entre outros, defende que o tema *repetição de indébito tributário*, embora esteja previsto no CTN, não é matéria de Direito Tributário, por não ter natureza tributária.

(8) DORIA, A. R. S. Obra citada, p. 373. No mesmo sentido, STF, **RE 136.883/RJ**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: http://www.stf.gov.br. Acesso em: 12 maio 2008. E, também, o **REsp 44.221-4/PR**, Voto do Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª T, Data de julgamento 04.05.1994, DJ 23.05.1994, entre outros. Disponível em: http://www.stj.gov.br. Acesso em: 12 maio 2008.

(9) BRASIL. STJ. **EREsp 507466/SC**, 1ª Seção, data de julgamento 24/08/2005, DJ 01.02.2006. "... o termo a quo do prazo prescricional é **a data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade**, em controle concentrado de constitucionalidade, ou **a publicação da Resolução do Senado Federal**, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade, ...", entre outros. Disponível em: http://www.stj.gov.br. Acesso em: 20 maio 2008. No mesmo sentido, TORRES, R. L. Obra citada, p. 169.

(10) HABLE, J. Obra citada, p. 125.

(11) PIMENTA, P. R. L. Obra citada. p. 137.

(12) "Ibidem". p. 31. O autor cita em nota de rodapé: "No âmbito do Supremo Tribunal Federal tem sido defendida a posição que ora o autor defende, no sentido de ser a inconstitucionalidade uma invalidade. Assim, por exemplo, no julgamento de Representação 1.016 o Min. Moreira Alves enfatizou que a representação de inconstitucionalidade tem por objeto a 'validade' da lei em tese. (STF, Rp nº 1.016, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 95/999)."

(13) GULART, V. V A. Obra citada, p. 80 e 91.

(14) PIMENTA, P. R. L. Obra citada. p. 86.

(15) BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Tem-se ainda a **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição 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**." (Grifamos). Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 12 maio 2008.

(16) BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 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**." (Grifos não do original)

(17) CUNHA RIBEIRO, L. A. Obra citada, p. 231.

(18) APPIO, E. Obra citada. p. 20.

(19) BRASIL. STF. **RE nº 78.594/SP**; Rel. Min. Bilac Pinto; Julgamento: 07/06/1974. Ementa. "Funcionário público. Exercício da função. De oficial. Validade do ato praticado por funcionário de fato. **Apesar de proclamada a ilegalidade** da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, **em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei** estadual que autorizou tal designação, **o ato por ele praticado é valido**. - recurso não conhecido." (Grifamos). No mesmo sentido, no **RE 197.917**, Rel. Min. Maurício Corrêa, o STF assentou a possibilidade de aplicação subsidiária da regra de modulação de efeitos, inscrita no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Em julgado mais recente, no **Hábeas Corpus nº 82.959-7 SP**, o Senhor Ministro Carlos Ayres Britto, assim proferiu o seu voto:"(...) Invalidade, contudo, que não implica retirar do mundo jurídico o diploma viciado. Explico: o vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal. **Mas há casos em que tal extirpação normativa é também agressora da própria Constituição da República**. Casos em que '*razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social'* (art. 27 da Lei nº 9.868/99, aqui subsidiariamente aplicada) se contrapõem ao abate em si do ato inconstitucional. O que tem levado esta Suprema Corte a, num juízo de ponderação, 'retrabalhar' os efeitos de certas

declarações de inconstitucionalidade." (Grifamos). Disponível em: http://www.stf.gov.br. Acesso em: 20 maio 2008.

(20) BRASIL. STF. **RE nº 450271**, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, Julgamento: 28/11/2006; DJ 02-02-2007. Disponível em: http://www.stf.gov.br. Acesso em: 17 maio 2008.

(21) PIMENTA, P. R. L. Obra citada. p. 94-95.

(22) BRASIL. STJ. REsp 697123 / PE, Rel. Min. José Delgado, 1ª T, data julgamento 01/04/2008, DJ 24.04.2008 p. 1, entre outros. Disponível em: http://www.stj.gov.br. Acesso em: 16 maio 2008.

(23) Ver artigo: "**A tese do STJ dos "5 mais 5" na Declaração de Inconstitucionalidade**". Disponível em: http://www.josehable.adv.br/Artigos.html

* José Hable - auditor tributário da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, graduado em Agronomia pela UFPR, Administração de Empresas pela FAE e em Direito pela CEUB, pós-graduado em Direito Tributário pelo ICAT, mestrando em Direito Internacional Econômico pela UCB, professor de Direito Tributário

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11316
Acesso em: 05 de Junho de 2008.