

DALTON LUIZ DALLAZEM

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS
SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira

**CURITIBA
FEVEREIRO 2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

DALTON LUIZ DALLAZEM

A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

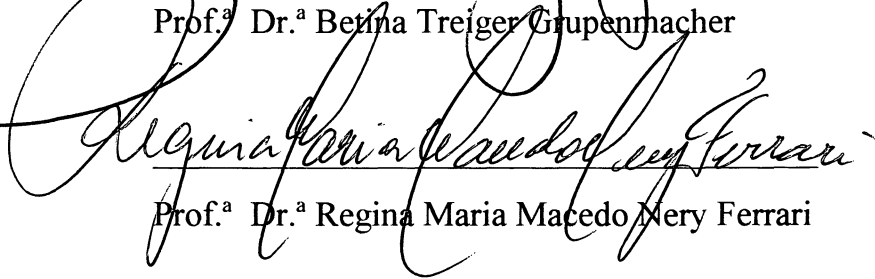


Prof. Dr. José Roberto Vieira

(Orientador)




Prof.ª Dr.ª Betina Treiger Grupenmacher



Prof.ª Dr.ª Regina Maria Macedo Nery Ferrari



Prof. Dr. Eurico Marcos Diniz de Santi



Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta

À Aline, João Pedro e João Guilherme

"Vos amo não por quem sois, mas por quem sou quando estou convosco"

Gabriel García Márquez

"Estar com vocês ou não estar com vocês é a medida do meu tempo"

Jorge Luis Borges

AGRADECIMENTOS

Sem as pessoas abaixo nominadas, a finalização deste trabalho não seria possível. Os acertos apresentam a marca dos que contribuíram. Os erros são de responsabilidade única do autor.

Agradeço, sincera e profundamente:

A Deus, por tudo que me tem permitido vivenciar, especialmente minha família. À Aline, João Pedro e João Guilherme, mais do que agradecimentos; espero o perdão pelas horas negligenciadas em prejuízo de seu convívio. A meus queridos pais, a quem devo a vida e as lições de raízes inarredáveis. Aos meus queridos sogros, por tudo que fizeram por mim, minha esposa e meus filhos na minha ausência em plagas estrangeiras. Aos meus irmãos Fábio, Adriana, Viviane, Fahdo e Santiago, obrigado queridos. Ao Professor José Roberto Vieira, Mestre em quem procuro me espelhar na atividade acadêmica; sua profunda humildade é mais uma virtude que engrandece a vasta cultura jurídica e fará com que ele certamente não admita que me ensinou alguma coisa, mas não impedirá que eu afirme e registre o muito que aprendi com suas lições e exemplos. Aos meus sócios Antoniele, Gonçalo, Edwal e Cláudio, e à minha secretária Susi, estimados companheiros de escritório, pelo apoio e retaguarda. Aos funcionários da Secretaria da Pós-Graduação e da Biblioteca da Universidade Federal do Paraná, pela boa vontade e presteza sempre que necessitei dos meandros burocráticos. Mais uma vez ao amigo Abili Lázaro Castro de Lima, pelas lições de Sociologia do Direito e pelo apoio sempre encorajador. Aos que me auxiliaram e facilitaram as pesquisas no exterior: Carmen, Cicuto, Marco Vilatore, Heleno Torres, mais uma vez Professor Vieira. Aos amigos Medina e Ubiratan. Aos amigos que tornaram minha vida mais fácil e agradável durante a estada em Madrid e Roma: Professores Diego Marín-Barnuevo Fabo e Andrés Báez Moreno (especialmente), Enrique Ortiz Calle, Hugo López López e Gabriel Muñoz, da Universidade Carlos III, exemplos de dedicação à Ciência do Direito; Alexandre Bolson, obrigado pela mão

amiga; Douglas e Mariane Vilatore, pela companhia agradabilíssima; Professor Nicola Picardi; Professor Francesco D'Ayala Valva.

A todos, muito, muito obrigado!

Quando o homem se põe a falar o faz porque crê que vai poder dizer tudo que pensa. Pois bem, isso é o ilusório. A linguagem não dá para tanto. Diz, mais ou menos, uma parte do que pensamos e põe uma barreira infranqueável à transfusão do resto. Serve bastante para enunciados e provas matemáticas; já ao falar de física começa a ser equívoca e insuficiente. Porém, à medida que a conversação se ocupa de termos mais importantes que esses, mais humanos, mais "reais", mais aumenta sua imprecisão, sua inépcia e confusionismo. Dóceis ao prejuízo inveterado de que falando nos entendemos, dizemos e escutamos tão de boa fé que acabamos muitas vezes por não nos entendermos, muito mais do que se, mudos, procurássemos adivinhar-nos.

Ortega y Gasset

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	xi
RESUMO	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - PROLEGÔMENOS METODOLÓGICOS	07
SEÇÃO I - O DIREITO COMO SISTEMA	07
1. A FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO DIREITO	07
2. CONCEPÇÃO DE NORMA JURÍDICA	08
3. A NOÇÃO DE SISTEMA NO DIREITO	11
4. TÉCNICAS CONTRA A INCOERÊNCIA DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO	15
SEÇÃO II - VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA	18
1. JUSTIFICATIVA INTRODUTÓRIA	18
2. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA	19
3. VIGÊNCIA DA NORMA JURÍDICA	27
4. EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA	29
5. SISTEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA	34
CAPÍTULO II - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	43
1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	43
2. APONTAMENTOS GENÉRICOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	48
3. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE <i>INCIDENTER TANTUM</i>	56
4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	60
5. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	64
6. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	71
7. AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA	76
8. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	78
9. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE EM NÍVEL ESTADUAL	83

CAPÍTULO III - DERIVAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	85
1. A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	85
2. O POSTULADO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL	94
3. A SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL	107
4. RESTAURAÇÃO DA VIGÊNCIA DA NORMA ANTERIOR À DECLARADA INCONSTITUCIONAL	114
5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	116
CAPÍTULO IV - EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS	122
PALAVRAS INTRODUTÓRIAS	122
SEÇÃO I - AS PREVISÕES DO ARTIGO 27 E 28 DA LEI 9.868/99 E DO ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99	124
1. OS ENUNCIADOS PRESCRITIVOS E SUA INSPIRAÇÃO LUSITANA	124
2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99	125
3. A EFICÁCIA <i>ERGA OMNES</i> E O EFEITO VINCULANTE	136
SEÇÃO II - RESTAURAÇÃO DA VIGÊNCIA DE NORMA MAIS GRAVOSA DO QUE A DECLARADA INCONSTITUCIONAL	139
1. DIAGNÓSTICO DE EVENTUAIS CONFLITOS	139
2. SOLUÇÃO PROPOSTA	140
2.1. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE	144
2.2. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA	148
2.3. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	151
3. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ISENTIVAS	156
4. A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DAS AGROINDÚSTRIAS	157

SEÇÃO III - REPETIÇÃO DO INDÉBITO	161
1. FUNDAMENTO JURÍDICO	161
2. PRAZO PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO DO INDÉBITO	164
2.1. AS PROPOSIÇÕES QUANTO AO TERMO INICIAL DO PRAZO PARA O PLEITO DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO	166
2.1.1. Termo inicial: data da extinção do crédito tributário (artigo 168, I, do CTN)	166
2.1.2. Termo inicial: a declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle concentrado, ou ainda no controle difuso com posterior suspensão pelo Senado Federal	170
2.1.3. Termo inicial: momento em que a ilegitimidade dos lançamentos lastreados em disposição inconstitucional é expressamente reconhecida pela administração tributária	173
3. NOSSA PROPOSIÇÃO QUANTO AO TERMO INICIAL DO PRAZO PARA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO	177
 SEÇÃO IV - A COISA JULGADA E A POSTERIOR APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	184
 SEÇÃO V - RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS CONTINUATIVAS	196
 SEÇÃO VI - EFEITOS SOBRE O LANÇAMENTO E SOBRE O " <i>AUTOLANÇAMENTO</i> "	203
 SEÇÃO VII - CONSEQÜÊNCIAS DA REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR	211
 CAPÍTULO V - APONTAMENTOS DE DIREITO COMPARADO - ESPANHA E ITÁLIA	213
1. IMPORTÂNCIA DO ESTUDO COMPARATIVO	213
2. ESPANHA	216
2.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - ASPECTOS GERAIS	216
2.2. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS NORMAS COM <i>RANGO</i> DE LEI	217
2.2.1. Via direta ou <i>recurso de inconstitucionalidad</i>	217
2.2.2. Via indireta ou <i>cuestión de inconstitucionalidad</i>	218
2.2.3. Recurso de <i>amparo</i>	218

2.3. EFEITOS	219
2.3.1. Nulidade da lei declarada inconstitucional	219
2.3.2. Eficácia <i>erga omnes</i> da decisão que acolhe a inconstitucionalidade	220
2.3.3. Coisa Julgada	221
2.3.4. Norma aplicável após a declaração de inconstitucionalidade	221
2.3.5. Repetição Do Indébito	223
2.3.5.1. Sentença do Tribunal Constitucional n. 45/1989	224
2.3.5.1.1. <i>Autoliquidación. Liquidación. Acto</i> <i>Administrativo Firme. Impugnação dos Atos em</i> <i>Matéria Tributária</i>	225
2.3.5.1.2. Desdobramentos da STC n. 45/1989	227
2.3.5.1.3. Críticas favoráveis e desfavoráveis à STC 45/1989	228
2.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	233
3. ITÁLIA	235
1.1. CORTE CONSTITUCIONAL - ASPECTOS GERAIS	235
2.2. ACESSO À CORTE CONSTITUCIONAL	236
3.3. EFEITOS	237
3.3.1. Retroatividade da decisão de acolhimento	237
3.3.2. <i>Rapporti esauriti</i> e coisa julgada	238
3.3.3. Repetição do indébito	239
4. ANÁLISE COMPARATIVA	243
4.1. REPETIÇÃO DO INDÉBITO	243
4.2. COISA JULGADA	244
4.3. RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS	244
4.4. REVIGORAÇÃO DE SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA	245
CONCLUSÕES	246
FINAL DA JORNADA	262
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	263
OBRAS CONSULTADAS	280

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art. - Artigo
CE - Constituição Espanhola
CF - Constituição Federal
CPC - Código de Processo Civil
CTN - Código Tributário Nacional
DJU - Diário da Justiça da União
DRJ - Delegacia Regional de Julgamento
EC - Emenda Constitucional
IN - Instrução Normativa
LOTC - Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
MI - Mandado de Injunção
Min. - Ministro
MP - Medida Provisória
MS - Mandado de Segurança
RE - Recurso Extraordinário
RMS - Recurso em Mandado de Segurança
RT - Revista dos Tribunais
RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência
Rp - Representação
STC - Sentença do Tribunal Constitucional
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TC - Tribunal Constitucional
TFR - Tribunal Federal de Recursos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária. Para tanto, lançamos mão de noções de teoria geral do direito e controle de constitucionalidade para fixar as estacas do desenvolvimento do raciocínio. Nossa proposta tem como objetivo realizar concretamente a segurança jurídica, permitindo aos cidadãos-contribuintes, se não a sua irradiação máxima, pelo menos a maior proximidade possível rumo a esse princípio magno de nosso ordenamento. No capítulo I, tratamos do direito como sistema e do problema da validade, vigência e eficácia da norma jurídica. No capítulo II, procuramos empreender a descrição do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. No capítulo III, versamos sobre o que designamos de questões derivadas do controle de constitucionalidade. O capítulo IV, cerne do trabalho, cuida dos efeitos da inconstitucionalidade sobre as relações jurídicas tributárias, e foi dividido em seções específicas para melhor encadeamento do raciocínio. No capítulo V, analisamos ainda como esses efeitos são versados no direito espanhol e no direito italiano.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the effects of the unconstitutionality declaration for tax purposes. In order to do so we have analyzed general theory notions of law and constitutionality control so as to establish the basis of our reasoning process. Our proposal aims at a concrete judicial security allowing tax payers, if not in its maximum degree, to be as close as possible to this principle of order. In Chapter I we deal with law as a system and the problem of validity, duration and efficiency of judicial standard. In Chapter II we aim to describe the constitutionality control of Brazilian law. In Chapter III we discuss the derived matters of constitutionality control. Our Chapter IV, which is the core of our study, deals with the effects of the unconstitutionality on judicial tax relations. This Chapter has been divided in specific sections to enable a through follow up of our reasoning. In Chapter V we analyze how the Spanish and Italian law deals with those effects.

INTRODUÇÃO

A gênese do problema que propomos analisar remonta aos bancos da graduação. A declaração de inconstitucionalidade sempre foi assunto que despertou curiosidades até hoje presentes em nosso intelecto, especialmente o estudo acerca de seus efeitos sobre as relações jurídicas tributárias, fenomenologia que, segundo pensamos, merecia um estudo específico, à luz das inovações impostas pela evolução do pensamento jurídico nos últimos tempos.

E encontramos, nesse sentido, o testemunho de Sacha Calmon Navarro COELHO: "*A existência, na Constituição Brasileira de 1988, de numerosas regras sobre tributação e de variados princípios constitucionais de conteúdo aberto, como soem ser os princípios jurídicos (regras-padrão), confere ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tributárias, seja o difuso, seja o concentrado, grande interesse teórico e prático.*"¹

O manancial doutrinário existente sobre o assunto é rico e fecundo, e foi de extrema valia no intento de motivar novos pensamentos em torno da problemática eleita, visto que procuramos construir nossas proposições a partir de proposições já formuladas. Para tanto, foi necessário não olvidar as lições de Norberto BOBBIO: "*A atitude do crítico que tem interesse no progresso da ciência do direito, não é a de buscar apoio para o triunfo das próprias idéias e ideologias, mas o crítico deve, antes de tudo, compreender a obra e depois livrá-la dos erros a fim de purificá-la e, com isto, continuar a tarefa de purificação da ciência jurídica*".²

A declaração de inconstitucionalidade gravita em torno da relação entre o tempo e o direito, e a relação entre o tempo e o direito talvez seja daquelas que mais dificuldades apresenta ao estudioso.

Nosso desafio trilha caminhos difíceis, e procuramos firmar as estacas em

¹ **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, p. 53.

² *Apud* BECKER, Alfredo Augusto, **Teoria Geral do Direito Tributário**, p. 20.

pontos seguros, de maneira a garantir a continuidade e a integridade do raciocínio. Se ao final, contudo, restar verificado que os erros (sempre presentes, diante de nossa qualidade humana) foram úteis para que a Ciência do Direito avance um passo no tema versado, estaremos já satisfeitos.

A perspectiva adotada, por sua vez, é a da dogmática jurídica, ou seja, uma análise do tema a partir do direito positivo. Não desconhecemos que as perspectivas são ampliativas na análise do tema, sobretudo envolvendo questões como sistema, validade, vigência, eficácia, princípios constitucionais, controle de constitucionalidade *etc*; mas, por outro lado, entendemos que a circunscrição do tema em uma perspectiva identificada é salutar às metas científicas para as quais nos inclinamos.

A propósito, as ciências que têm por objeto os fenômenos naturais estão em vantagem em relação à ciência jurídica. E a vantagem reside na perfeição da obra analisada, imposta por seu Criador. O criador do direito transmite à criação seus defeitos e imperfeições. Eis uma das razões para tantos dissensos e dificuldades em compreender a imperfeita forma inventada para tornar possível o convívio em sociedade. Imperfeita, mas talvez a mais funcional até hoje imaginada.

Nossa concepção de norma jurídica está expressa no trabalho. Não obstante, por diversas passagens utilizamos a expressão norma, lei ou regra para referirmos a **"significação construída a partir dos textos do direito positivo"**. Em outras palavras, embora nossa noção de norma jurídica não permita confundi-la com o texto da lei escrita, não nos preocupamos, ao longo do trabalho, ao mencionar os signos "norma" "lei" e "regra", em diferenciar, a cada ocorrência, tal noção.

Utilizamos também, por várias vezes, os vocábulos "sujeito passivo" e "contribuinte" como sinônimos, embora tenhamos ciência de que o segundo está contido no primeiro.

O trabalho está dividido em cinco capítulos.

Os temas versados como "estruturantes" para o desenvolvimento do trabalho – constantes dos capítulos I, II e III – foram expostos de modo a apontar as noções

essenciais e imprescindíveis ao *iter* laboral, sendo que reputamos necessária a ressalva, uma vez que cada qual é apto a ensejar um trabalho independente. Não pretendemos, assim, de forma alguma, esgotar tais assuntos.

O capítulo I, é necessário registrar, foi o mais difícil de ser escrito, dada a profundidade dos temas tratados e a presença de variadas concepções distintas sobre eles. Procuramos compilar os registros que mais nos convenceram intelectualmente.

Está dividido – esse capítulo I – em duas Seções. A primeira dedica-se à noção de sistema do direito, à concepção de norma jurídica e às técnicas contra a incoerência do sistema do direito positivo. A segunda destina-se a investigar e propor uma sistematização dos conceitos de validade, vigência e eficácia da norma jurídica.

A questão da validade que enfrentaremos está restrita às normas jurídicas infraconstitucionais, dado que tal conceito, quando aplicado às normas constitucionais, transcende ao corte metodológico que estabelecemos, envolvendo questões como legitimidade e a própria fundamentação da ordem jurídica como um todo. Cremos que não era o momento de adentrar em caminho que desviaria do corte metodológico operado: a Constituição e as normas de que dela derivam. Não trataremos, pois, das questões que fundamentam a totalidade da ordem jurídica, mas das questões relativas à validade das normas jurídicas enquanto pertencentes a um ordenamento.

O capítulo II foi destinado a descrever a sistemática do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, tratando de temas como a supremacia da Constituição e os diversos meios de sindicância da constitucionalidade.

Os efeitos da chamada "inconstitucionalidade por omissão" não serão objeto de nossa análise, visto que são tímidos no direito brasileiro, e seu estudo refoge à problemática aqui eleita. *"Com efeito, essa modalidade de ofensa à Constituição se assenta em pressupostos teóricos totalmente diversos da inconstitucionalidade por ação, conforme atestam os ordenamentos que acolhem o instituto (Portugal e Brasil), submetendo-o a um regime sancionatório e de controle que se aparta da sanção e do*

controle da inconstitucionalidade dos atos legislativos."³ Da mesma maneira não versaremos sobre os efeitos da ação direta interventiva, pois, de acordo com nosso convencimento, tais efeitos dependem de como se processaria concretamente um eventual decreto de intervenção.

No capítulo III perpassamos algumas questões que designamos como derivativas do controle de constitucionalidade, tais como a presunção de constitucionalidade das leis, o postulado da nulidade da lei inconstitucional, a suspensão da execução da norma promovida pelo Senado Federal, a restauração da vigência da norma anterior à declarada inconstitucional e o princípio da proporcionalidade.

O capítulo IV é o **cerne do trabalho**. Aqui tratamos diretamente dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária, cuja análise, segundo pensamos, deve estar vinculada a um determinado ordenamento jurídico-positivo.

Os “efeitos” dos quais trataremos não são aqueles efeitos que a declaração de inconstitucionalidade opera no âmbito do Poder Judiciário⁴; como, por exemplo, o acolhimento de decisão do Supremo Tribunal Federal pelos tribunais inferiores e juízes singulares, para fundamentação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de eventual lei sob censura. Os efeitos que propusemos estudar são restritos às relações jurídicas concretas surgidas sob a égide da lei declarada inconstitucional.

Dividimos o capítulo IV em várias seções para um estudo individualizado dos temas que nos pareceram mais relevantes.

Nossa proposta atribui à declaração de inconstitucionalidade em abstrato, bem como à resolução do Senado, efeitos *ex nunc*, sem afastar da análise do Poder Judiciário ou da administração, conforme o caso, as situações concretas surgidas sob a égide da norma declarada inconstitucional, para que esses órgãos, após a decisão de invalidade, utilizando como baliza os princípios constitucionais pertinentes, decidam

³ RAMOS, Elival da Silva, **A Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção**, p. 62.

⁴ Embora nossa análise os tangencie, por necessidade metodológica.

pela manutenção ou retirada do vigor desta norma no período compreendido entre sua publicação e a declaração de inconstitucionalidade.

Por derradeiro, o capítulo V foi elaborado a partir de pesquisas realizadas na Espanha e na Itália, com o escopo de verificar como o sistema jurídico desses países trata a problemática dos efeitos da inconstitucionalidade em matéria tributária. Foi extremamente salutar e enriquecedora a experiência do contato com o "alienígena".

Necessário ainda, antes de encerrarmos estas palavras introdutórias, o registro de que citamos, no desenvolvimento do trabalho, várias decisões jurisprudenciais oriundas do Superior Tribunal de Justiça. Essa jurisprudência foi compilada como referência de pronunciamentos da Corte sobre as questões tratadas, mas advertimos que não se pode tomá-la como posicionamento definitivo sobre as situações versadas, diante das constantes variações de entendimento que aquele Pretório tem imprimido às suas decisões. Aliás, o papel de uniformização da jurisprudência nacional, que seria sua principal função, encontra-se em xeque. Por oportuno, vale a cita de acórdão relatado pelo Ministro Humberto Gomes de BARROS, nos seguintes termos:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.⁵

Nosso trabalho persegue, incessantemente, a busca pela **segurança jurídica**,

⁵ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 228.432/RS, Casa do Compadre Comércio e Representações Ltda e Fazenda Nacional, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 01. fev. 2002, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 80, p. 233.

que compõe, ao lado da **justiça**, o conjunto dual das finalidades primordiais do direito positivo. Procuramos encampar com isso a lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO expressa nos seguintes termos: "*É a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas. O direito, as leis, são realizações humanas. Não compreendidas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do direito ou de uma dada lei.*"⁶; e também de Luis Recaséns SICHES: "*O fim é o criador de todo Direito; não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático.*"⁷

Mais uma vez o direito tributário está fazendo história. Não com o nosso trabalho, que não tem méritos para tanto. Mas com o tema aqui examinado. Ele é talvez o maior protagonista das discussões em torno dos efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade.

Finalmente, não podemos deixar de transcrever o agradecimento aos Mestres, tão bem lembrado por Alfredo Augusto BECKER, pois, nossa também profunda gratidão impõe o reconhecimento de seu inestimável auxílio. E, como disse o eminente jurista gaúcho: "*Se, por desventura, parecermos originais, isto sucedeu – não visando a glória de contradizê-los – mas por simples decorrência daquele mesmo princípio de absoluta honestidade intelectual que também aos Mestres conferiu originalidade e que no-lo transmitiram, ensinando-nos a evitar a cômoda docilidade servil. [sic]*"⁸

⁶ **Discrecionariade e Controle Jurisdicional**, p. 47.

⁷ **Tratado General de Filosofia del Derecho**, p. 663.

⁸ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 14.

CAPÍTULO I

PROLEGÔMENOS METODOLÓGICOS

SEÇÃO I

O DIREITO COMO SISTEMA

1. A FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO DIREITO

*“O Direito, se há de lograr significação para a nossa vida, tem de destilar-se em concretas regras de dever-ser. Pelo que respeita à nossa própria pessoa ou com referência aos outros, o que pedimos ao Direito é que nos diga como, hic et nunc, devemos ou não devemos agir”.*⁹

Essas afirmações de Karl ENGISH permitem-nos indagar: Como o direito se manifesta para nós, regrado nossas condutas? A resposta parece bastante simples: mediante o emprego de **normas jurídicas**. Assim, o estudo das normas jurídicas é uma **proposta metodológica de análise**, fixando como objeto a forma de manifestação do Direito.

*“São as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.*¹⁰

⁹ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 76.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 79.

2. CONCEPÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Não concebemos a norma jurídica como o conjunto de signos que se nos apresentam quando travamos contato com os textos do direito positivo.

Preleciona, muito a propósito, Paulo de Barros CARVALHO:

Tendo o signo o status lógico de uma relação que se estabelece entre o suporte físico, a significação e o significado, para utilizar a terminologia de E. HUSSERL, pode-se dizer que toda linguagem, como conjunto sígnico que é, também oferece estes três ângulos de análise, isto é, compõe-se de um substrato material, de natureza física, que lhe sirva de suporte, uma dimensão ideal na representação que se forma na mente dos falantes (plano da significação) e o campo dos significados, vale dizer, dos objetos referidos pelos signos e com os quais mantêm eles relação semântica. Nessa conformação, o texto ocupa o tópico de suporte físico, base material para produzir-se a representação mental na consciência do homem (significação) e, também, termo da relação semântica com os objetos significados. O texto é o ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para as referências aos entes significados, perfazendo aquela estrutura triádica ou trilateral que é própria das unidades sígnicas. Nele, texto, as manifestações subjetivas ganham objetividade, tornando-se intersubjetivas. Em qualquer sistema de signos, o esforço de decodificação tomará por base o texto e o desenvolvimento hermenêutico fixará nessa instância material todo o apoio de suas construções.¹¹

Na mesma trilha, o caminho perseguido por José Roberto VIEIRA:

...cabe (...) **distinguir a norma jurídica dos textos que integram o Direito Positivo**, apresentando-a como o juízo ou a significação que a leitura daqueles textos faz surgir em nossa mente. Vê-se, de imediato, que tais juízos ou significações podem e freqüentemente encontram amparo em diversos dispositivos de um texto legal, em dispositivos de diferentes textos, ou até mesmo nos princípios consagrados na totalidade do sistema, e que podem inclusive não integrar explicitamente texto algum. O fato das leis não nos oferecerem as normas jurídicas prontas e acabadas, para instantânea e fácil percepção, decorre da linguagem híbrida do legislador, natural e algo técnica também, e encontra explicação na heterogeneidade dos parlamentos modernos, que quanto mais democráticos e representativos da sociedade, mais heterogêneos são.¹²

E acerca da interpretação textual, lembra Umberto ECO que "*um texto*,

¹¹ **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência.** 2. ed., p. 15.

¹² **IPI. A Regra-Matriz de Incidência. Texto e Contexto,** p. 59.

depois de ter sido separado do seu emissor e das circunstâncias concretas da sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por conseqüência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e final. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual."¹³

Entendemos portanto a norma jurídica como a **significação** que colhemos da leitura dos textos do direito positivo. De fato, é algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Analisamos as palavras impressas no papel ou ouvimos a mensagem sonora dirigida pelo emissor da ordem. *“Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição”*.¹⁴

A norma jurídica é exatamente o **juízo** (ou pensamento) que se forma em nossa mente a partir da leitura do texto positivo. Um único texto pode suscitar significações distintas, de acordo com as diferentes noções que o sujeito cognoscente possua acerca dos termos ali empregados. As proposições emitidas (como enunciados dos respectivos juízos) registrarão as discrepâncias ou acordos de entendimento entre os intérpretes.¹⁵

Aquela estrutura relacional triádica acima referida por Paulo de Barros CARVALHO também se encaixa na “construção” da norma jurídica: o conjunto dos textos do direito positivo ocupa o tópico de suporte físico, apontando para o comportamento humano (significado), a partir dos quais (suporte físico e significado) edificam-se as significações (normas jurídicas).

Necessário ainda consignar, nesse contexto, que o ordenamento jurídico constitui, do ponto de vista semiótico, um complexo sistema de linguagem, e como tal, pode ser analisado sob três dimensões básicas: a sintática, a semântica e a pragmática.

¹³ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 1.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed., p. 7.

¹⁵ *Idem*.

No plano sintático, temos os símbolos lingüísticos mantendo relações entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema (no sistema do direito é fácil observar como os textos do direito positivo se articulam, bem assim as normas).

O plano semântico, por seu turno, caracteriza-se pelas ligações dos símbolos com os objetos para os quais apontam, denotando seu significado (a relação entre as normas e os fatos e condutas por elas tipificados opera nessa dimensão).

Finalmente, no plano pragmático, estudamos as formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos (de que maneira motivar a conduta, realizando os valores preconizados pela ordem jurídica, é o grande tema da pragmática).¹⁶

Quanto à **conformação**, concebemos a norma jurídica como uma **estrutura hipotético-condicional** (se ocorrer o fato F, deve ser a relação R), cujos termos são a hipótese de incidência e a consequência a ela atrelada, de modo que a ocorrência concreta do fato previsto na hipótese (quando então deixa de ser hipótese, porque a norma incidiu) fará surgir a relação jurídica prevista na consequência, vinculando dois (ou mais) sujeitos de direito.

Mas ao afirmarmos que as normas jurídicas não se confundem com os textos do direito positivo, não estaríamos retirando o conteúdo prescritivo deles?

Entendemos que isso não ocorre. Os textos do direito positivo conservam seu teor prescritivo. A norma jurídica, como estrutura lógica de juízo condicional (dada a ocorrência da hipótese, deve-ser a consequência), é tida como a unidade mínima de significação do deôntico. Assim, a integração das significações textuais em unidades normativas é imprescindível para “... *expressar o sentido cabal dos mandamentos da autoridade que legisla*”.¹⁷

Note-se como intuitivamente, no dia-a-dia, acabamos por construir a norma jurídica na estrutura lógica dada: uma pessoa nos diz que devemos pagar imposto

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso...**, *op. cit.*, 8. ed., p. 7.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 19.

sobre a circulação de mercadorias (ICMS). Perguntamos: Por quê? Ela responde: Porque você praticou o fato F, tendo vendido uma determinada mercadoria (comportamento positivo), no instante T (saída da mercadoria do estabelecimento) e no espaço territorial E (Estado do Paraná). Tornamos a indagar: Mas a quem devo pagar? E a resposta: Ao Estado do Paraná. Quanto devo pagar? O produto da multiplicação do preço da mercadoria pela alíquota prevista. Pronto. Temos aí a configuração da hipótese e da consequência da norma jurídica de incidência do ICMS. E fizemos isso pressupondo nenhum conhecimento prévio acerca da estrutura lógica das normas jurídicas.

Logo, a norma jurídica é a expressão mínima capaz de estabelecer, deonticamente, uma relação jurídica entre dois sujeitos de direito. Um texto de direito positivo, isoladamente considerado, não permite, obriga ou proíbe algo a alguém. É portador de sentido e teor prescritivo, mas não sob o ponto de vista deontico.

3. A NOÇÃO DE SISTEMA NO DIREITO

Um trabalho de Dogmática Jurídica (Ciência do Direito *stricto sensu*) não pode prescindir de verificar de que forma as normas se organizam. E eis que surge a noção de **sistema** no Direito.¹⁸

No soabrir do **Tratado de Direito Privado**, do admirável mestre dos mestres, encontramos a afirmação de que "*... os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos.*"¹⁹

E mesmo aqueles desafeiçoados à concepção normativista do direito "*... aceitam que a ordem jurídica não é um conglomerado caótico de normas, mas um*

¹⁸ A dogmática jurídica é aqui entendida como a porção da Ciência do Direito que tem por objeto a construção das normas jurídicas, sem preocupações com os momentos pré-jurídicos e pós-jurídicos. Daí sua designação como ciência do direito em sentido estrito.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. I., p. IX.

sistema estruturado fundamentalmente à base de vínculo hierárquico."²⁰

Recentemente, em incansável pesquisa doutrinária, José Roberto VIEIRA redestacou a **importância da noção de sistema para a Ciência em geral, e em particular para a Ciência do Direito**. Transcrevemos suas lições, adotando-as integralmente.²¹

A fim de afastar o *risco da equivocidade*, presente no vocábulo sistema, em razão de sua polissemia, é necessário imprimir cadência ao raciocínio, transitando pelas *noções primeira, segunda e terceira* de sistema.

À primeira vista, a idéia de sistema é expressa como o conjunto de elementos e seus atributos (repertório) que se interligam por certas relações, e conforme certas regras (estrutura).

Essa concepção primeira de sistema foi aprofundada mediante o desenvolvimento da idéia de estrutura, acrescentando ao signo uma nova característica: a *unidade*. Logo, a *noção segunda* de sistema o contempla como sendo "*um conjunto de elementos (repertório) que se relacionam (estrutura), compondo um todo unitário (unidade)*".

Finalmente a *noção terceira de sistema* incorpora a característica da *ordenação* ou *coerência*.

A doutrina, no entanto, divide-se quanto a incluir ou não a "coerência" como condição *sine qua non* para assinalar a existência de "sistema". A maior parte entende que sem coerência não há sistema. Menor número, mas expressivo, dispensa essa característica para que se possa falar em sistema.

José Roberto VIEIRA, num primeiro momento de sua trajetória intelectual, não reconhecia no Direito Positivo a condição de sistema, e reservava tal virtude

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 415. Ressaltamos que nossa concepção é normativista no sentido de observar uma proposta metodológica de análise dogmática do fenômeno jurídico. Não reduzimos o direito à norma jurídica.

²¹ A Noção de Sistema no Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. n. 33, p. 53-64.

apenas à Dogmática Jurídica. Porém, na evolução de seus estudos, revendo posições, passa a aceitar que “... *embora destituído de plena coerência, o direito posto é sistema*”.

Isso porque, segundo concluiu o ilustre parnanguara, o estudo dos conceitos de coerência está confinado ao âmbito da Lógica.

Assim, por estar o Direito Positivo vazado numa linguagem prescritiva (submetida aos valores de validade e não-validade), prescinde da coerência, por força da lógica que lhe é peculiar: lógica do dever-ser, lógica das normas.

Por outro lado, a Ciência do Direito, vertida em linguagem descritivo-explicativa (metalinguagem explicativa de sua linguagem objeto, a linguagem do Direito Positivo), submetida aos valores de verdade e falsidade, não está isenta de atender à coerência, pois a lógica que a governa - lógica alética, apofântica ou clássica - assim exige.

Logo, a *noção segunda* de sistema (repertório, estrutura e unidade) serve para explicá-lo no plano do Direito Positivo, ao passo que a *noção terceira* (repertório, estrutura, unidade e coerência) aplica-se para fundamentar o sistema da Ciência do Direito.

A característica de unidade do sistema do Direito Positivo é dada: *a*) no plano positivo, pela Constituição Federal, como fundamento de validade de todas as outras normas; *b*) no plano epistemológico, pela norma hipotética fundamental. O repertório, por seu turno, é composto pelas normas, que se agrupam ao redor de outras normas com grande vigor aglutinante: os princípios.

Vale registrar que, embora não necessária a coerência para a configuração do Direito Positivo como sistema, ele se deve inclinar nesse sentido, a fim de perseguir um ideal racional de Justiça.

Quanto à **classificação**, os sistemas podem ser (*a*) proposicionais e (*b*) reais ou empíricos. Os primeiros são constituídos por proposições, pressupondo, portanto,

linguagem, e os segundos, por objetos do mundo físico e social.²²

Os sistemas proposicionais subdividem-se em nomológicos e nomoempíricos.

Os sistemas nomológicos são aqueles em que as partes componentes são entidades ideais, como na Lógica, Matemática *etc.* (nos quais temos fórmulas proposicionais).²³

Os sistemas nomoempíricos, por sua vez, são constituídos de proposições que se referem a objetos reais, em uma linguagem material aberta e fundamentada na experiência, divididos em duas espécies básicas: a dos sistemas teóricos (descritivos) e a dos sistemas normativos (prescritivos).

Os sistemas nomoempíricos descritivos têm função gnoseológica, uma vez que se propõem a representar proposicionalmente as diversas maneiras em que se relacionam ou devem se relacionar os dados, com pretensão de verdade.²⁴ É nessa espécie que se enquadra o sistema da Ciência do Direito.

Os sistemas nomoempíricos prescritivos (ou normativos) têm a função de direcionar a conduta humana em um determinado sentido, com pretensão de validade. Aqui encontramos o sistema do Direito Positivo.

Finalmente, para concluir este tópico, conceda-se a palavra, diretamente, ao mestre VIEIRA, para que seu remate não resulte contaminado:

Muito embora não deixem de existir aqueles que ousam recusar importância à idéia de sistema; e entre eles, lamentavelmente, o pensador singular que foi FRIEDRICH NIETZSCHE, e que chegou a descrever o recurso à noção de sistema como 'carência de criatividade jurídica', e mesmo como 'doença do caráter'; tal se deu, e de modo restrito, pelo específico descrédito que assaltou o idealismo hegeliano, conforme esclarece PAULO BONAVIDES. E não impediu que esse mesmo constitucionalista elevasse esse conceito à condição de 'idéia-força' de nosso tempo.

Tão essencial é o conceito de sistema para a ciência em geral, e para a Ciência do Direito em particular, que KARL LARENZ assevera: "O sistema significa (...) a única maneira

²² NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**, p. 1-8.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 41.

²⁴ NEVES, Marcelo. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 6.

possível por que o espírito cognoscente consegue ficar seguro da verdade: o critério da *racionalidade* intrínseca, preocupação imprescindível de verdadeira cientificidade". Motivo também para a asserção de WILHELM SAUER: "Apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber". Razão ainda para a sentença incisiva de H. J. WOLFF: "A Ciência do Direito ou é sistemática ou não existe."²⁵

4. TÉCNICAS CONTRA A INCOERÊNCIA DO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO

Dissemos, linhas atrás, que a coerência não é necessária para a configuração do Direito Positivo como sistema. Mas dissemos, também, que ele se deve inclinar nesse sentido, a fim de perseguir um ideal racional de Justiça.

Assim, para que se mantenha a unidade e a coerência lógica, o próprio sistema apresenta técnicas especiais, tais como a ação direta de inconstitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade pela via de exceção.²⁶

A previsão constitucional de tais mecanismos implica reconhecer que o **próprio sistema admite expressamente a possibilidade da presença de incoerências**. Nesses casos, segundo a lição de Maria Helena DINIZ, surgem, dentro do sistema do Direito Positivo, "subsistemas", cuja cadeia normativa se inicia a partir de uma norma inconstitucional (instauradora de uma incoerência no sistema). Entregue-se-lhe a palavra, para maior fidelidade:

Será preciso lembrar que, no plano da unidade, haverá uma norma-origem (Constituição, por ex.) do sistema, mas ela só o será em termos de produção inicial de efeitos jurídicos, porque as novas leis, sentenças, contratos que surgirem após a Constituição Federal serão aplicados, produzindo seus efeitos específicos, mesmo que a contrariem. Esse fenômeno acarretará situações indesejáveis constitucionalmente, apesar de estarem presentes na realidade jurídica, como, por exemplo, a existência de: a) norma (geral ou individual)

²⁵ A Noção..., *op. cit.*, p. 63-64.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**, p. 124-135. Registramos também a presença, mais recentemente, da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Não desconhecemos a existência de vários critérios para a solução de antinomias entre normas, mas neste trabalho restringimo-nos ao hierárquico, em razão do objeto da investigação aqui perseguida.

conflitante com a Lei Maior, mas apta a produzir efeitos a que estava preordenada, pela circunstância de ter sido considerada como válida pelo seu elaborador e pelos seus destinatários; b) norma inconstitucional, que, enquanto não for revogada, permanecerá vigente e eficaz; c) preceito inconstitucional, conflitante com a Carta Magna, mas compatível com as normas ou com os atos de execução dela resultantes.

Tal ocorrerá porque a norma inconstitucional, enquanto for eficaz, apresentar-se-á como nova norma-origem no interior do mesmo sistema normativo, iniciado pela Constituição Federal, produzindo concretamente todos os efeitos por ela visados, embora esse sistema peque pela falta de unidade e de coerência lógica.²⁷

Logo, o sistema recepciona a norma inconstitucional a fim de evitar que o seu destinatário a desobedeça, sob a alegação de vício material ou formal, "*... dando a impressão de que a invalidade subsistiria, tão-somente, por tolerância sua, prestigiando assim a autoridade jurídica, até que se processe a declaração oficial de sua inconstitucionalidade, mantendo dessa forma sua unidade e coerência lógica.*" Prevalece, dessarte, enquanto essa declaração não advém, a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, "*... velando-se pela unidade inteligível e pela coerência lógica do sistema*", e o convívio com a norma inconstitucional será, por conseguinte, temporário.²⁸

Logo, o sistema é dinâmica e reiteradamente construído com vistas à busca do maior grau possível de aproximação rumo à *coerência*. A corroboração dessa assertiva advém da própria dinâmica jurídica, cujo processo faz desabrochar, incessantemente, declarações de inconstitucionalidade de normas até então tidas como constitucionais (normas essas que não quebram, mas enfraquecem a unidade e a coerência).

Nesse sentido, conquanto partindo de outras premissas de análise, encaixa-se o veredicto de Lourival VILANOVA: "*... o direito positivo se não é, tende a ser um*

²⁷ Norma..., *op. cit.*, p. 123. Ainda sobre a convivência, no sistema, de várias séries normativas: CAPELLA, Juan Ramón. **El Derecho como Lenguaje: un Análisis Lógico**, p. 131-146.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Norma..., *op. cit.*, p. 138-139.

sistema."²⁹

A propósito da contraditoriedade entre normas (incoerência), vale a pena transcrever o magistério desse ilustre jusfilósofo pernambucano:

É impossível, aprioristicamente, excluir a contradição normativa no interior de um sistema de Direito positivo. É um fato que os sistemas de normas jurídicas contêm contradições. É certo, normas explicitadas ou implícitas do sistema provêm os métodos para eliminar as antinomias, mas não é certo que se eliminem todas as antinomias. Muitas proposições são tidas como compatíveis entre si, até que uma interpretação jurisprudencial revela inconciliabilidade entre preceitos tidos por harmônicos. E nada juridicamente no interior do sistema impede que haja mutação interpretativa dos órgãos judiciais. Cada conceito jurídico ou cada enunciado normativo tem um campo de irradiação semântica: as estruturas e as partes lógicas das estruturas ingressam dentro de complexos de significações e nunca uma significação está isolada. Existe em função de uma constelação de outras significações, entre as quais relações de compatibilidade ou de incompatibilidade formais se verificam.³⁰

Resgate-se então, com José Roberto VIEIRA, que o sistema do Direito Positivo “... *prescinde da coerência (consistência), por força da lógica que lhe é peculiar*”, mas ainda que esse requisito não seja intrinsecamente necessário para seu reconhecimento como tal, “... *para ele deve inclinar-se, elegendo-o como ideal.*”³¹

²⁹ **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, p. 90.

³⁰ *Ibidem*, p. 201-202.

³¹ *A Noção...*, *op. cit.*, p. 61.

SEÇÃO II

VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

1. JUSTIFICATIVA INTRODUTÓRIA

Adverte Paulo de Barros CARVALHO:

Nenhuma investigação jurídica de profundidade pode prosperar sem atinência a considerações sobre os planos da existência, validade e eficácia, já no que coere às normas, já no que diz com a celebração de atos ou realização de fatos, aos quais o legislador enlaça efeitos criadores, modificadores, extintivos ou mantenedores de direitos ou de deveres. É imposição inarredável da metodologia da Ciência do Direito sopesar, na análise de cada entidade, instituto, categoria ou fenômeno submetido ao exame crítico-descritivo que lhe dá conteúdo e motivo de existência, os antessupostos básicos, as diretrizes cabedais, os modelos fundamentais que inspiram e iluminam a ordem jurídica, vista na sua totalidade sistemática.³²

O mergulho que pretendemos com o presente trabalho não tem pretensões abissais, diante de suas limitações subjetivas e objetivas, mas alguma profundidade é necessária a fim de conferir um mínimo de coerência ao discurso que ambiciona a qualificação de científico, e assim justifica-se incluir uma Seção dirigida à pesquisa de alguns conceitos basilares e propedêuticos ao desenvolvimento do tema proposto.

Não bastasse isso, é de fundamental importância identificar os atributos da norma jurídica que são atingidos pela declaração de inconstitucionalidade. A tentativa de resposta para tal inquietação move-nos a transitar por alguns conceitos doutrinariamente construídos em torno desses institutos, aventurando sistematizá-los e tentando um ensaio conciliador entre as diversas concepções.

E a cautela para essa caminhada foi-nos conferida por Norberto BOBBIO, cuja forte admoestação convence – era exatamente esse seu objetivo – pelos próprios

³² Decadência e Prescrição, p. 19.

argumentos: "*É incrível quão difícil é convencer um estudioso, seguidor de um determinado método de trabalho, que outros estudiosos, seguidores de outros métodos, não são inimigos para exterminar, mas quase sempre aliados com os quais seria muito vantajoso procurar um acordo para se auxiliarem reciprocamente.*"³³

Afinal, "*... os homens dissentem mais em virtude da equivocidade da linguagem que usem, do que pelas concepções que tenham das realidades em si.*"³⁴ E isso talvez em razão de que, "*... num sentido objetivo, a ciência é sempre um trabalho impessoal e patrimônio comum da humanidade.*"³⁵

Nossa trajetória obedecerá ao seguinte *iter* procedimental: primeiro, apresentar alguns conceitos doutrinários sobre a temática a ser versada, para depois propor um ensaio conciliador, na tentativa de uma sistematização.

2. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

O fundamento de validade das normas da ordem jurídica positiva é a Constituição. Enquanto se investiga sua edição pelas autoridades constituídas na lei fundamental, no âmbito da esfera de competência que lhes é atribuída e de acordo com o procedimento ali previsto, navega-se nos mares da validade formal. Quando a análise altera o curso para verificar o ajuste do conteúdo das normas aos preceitos da Constituição, adentra-se o horizonte da validade material.³⁶

O questionamento acerca da validade normativa não se prende a investigar se a lei é ou não observada na maioria dos casos, "*... mas se a pretensão de validade que enquanto norma lhe é conatural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa de normas*". Há, portanto, uma comparação de normas com outras normas. À classe de normas que determinam os

³³ *Apud* BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, p. 20.

³⁴ DÓRIA, A. de Sampaio. **Direito Constitucional**, p. 7.

³⁵ BORGES, José Souto Maior. **Ciência Feliz**, p. 23.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 216.

critérios de validade “... pertencem não só as normas constitucionais sobre competência legislativa e o processo que a esse propósito deve observar-se, mas também todas as normas que limitam a liberdade do legislador no que toca à conformação do conteúdo de suas normas...”. [sic]³⁷

"Uma proposição normativa é válida, ou não-válida, de acordo com os critérios de validade que o sistema jurídico estabelece." Se pertencente a um sistema jurídico-positivo, a regra de direito válida existe. Sob o ponto de vista lógico, uma regra de direito não-válida não pertence a um mesmo sistema. "O sistema do direito positivo contém proposições normativas de valências contraditórias e a invalidade só elimina a proposição contradizente quando o próprio sistema diz como e quando. Assim, é um fato que o sistema jurídico abriga proposições normativas que se contradizem e são juridicamente válidas."³⁸

Para Lourival VILANOVA, não é apropriada a noção de validade conjugada com o juízo de realidade sobre a realização da hipótese de incidência ou sobre a obediência da conduta prescrita na consequência. Vejamos:

A proposição normativa em seu todo, constituída de hipótese ou descritor, e de consequência ou prescritor, é válida, antes de situação objetiva, fato natural ou fato humano de conduta, confirmar o que ela delineou. Por isso, também vale a norma, em seu conjunto, cuja incidência ficou protraída: vale, i. e., existe no sistema, mas entra em vigor posteriormente. E continua valendo se ocorrendo situação fáctica correspondente à hipótese de incidência (como denomina Geraldo Ataliba em sua Hipótese de Incidência Tributária, págs. 56/70) deixou de se comprovar o preceituado na disposição (E. Garcia Maynez).³⁹

A não observância concreta do fato previsto na hipótese, reiterados anos, ou a não obediência aos preceitos do consequente da norma são fatores motivadores da política do direito, a fim de que se promova a supressão da norma incongruente com a realidade social. Por outro lado, podem constituir pressupostos para que incida norma

³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 270-271.

³⁸ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas...*, *op. cit.*, p. 80.

³⁹ *Ibidem*, p. 87.

prevendo o desuso como fato desconstitutivo de normas jurídicas. Ou seja: se os critérios para o reconhecimento da validade são dados pelo sistema, haverão de ser também dados pelo sistema os critérios de supressão da validade. Logo, a desaplicação do Direito válido pelos órgãos jurisdicionais, ou a aplicação de norma que tome o fato da ineficácia como pressuposto condicionante da supressão da validade (a admissão do chamado costume *contra legem*), somente atingirão essa consequência - a supressão da validade - se o próprio sistema assim determinar.⁴⁰

Por conseguinte, de acordo com VILANOVA "... a hipótese e a consequência valem. O valer da hipótese e o valer da consequência cortam-se com outra norma válida. Com isso, mantém-se a homogeneidade estrutural do sistema do direito positivo, que não é sistema de proposições verdadeiras ou falsas, mas de proposições prescritivas válidas ou não-válidas, justas ou injustas, aplicáveis ou inaplicáveis, eficazes ou ineficazes, vigentes ou não-vigentes."⁴¹

Também BOBBIO reconhece a possibilidade de haver norma válida sem ser socialmente eficaz, e cita o exemplo das leis que vigoraram nos Estados Unidos, entre as duas grandes guerras mundiais, sobre a proibição de bebidas alcoólicas (o consumo de bebidas alcoólicas durante o regime de proibição não foi inferior ao verificado no período imediatamente posterior, quando veio a liberação).⁴² Não obstante, reconhece mais adiante que "... o problema da validade e da eficácia, **que dá lugar a dificuldades insuperáveis se consideradas em relação a uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), pode ser abrandado quando se faz referência ao ordenamento jurídico, no âmbito do qual a eficácia é o fundamento mesmo da validade.** [grifo nosso]"⁴³

BOBBIO critica as teorias que reduzem a validade à justiça (direito natural); a justiça à validade (positivismo estrito), e a validade à eficácia (correntes realistas da

⁴⁰ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas...*, *op. cit.*, p. 88, 107.

⁴¹ *Ibidem*, p. 88.

⁴² *Teoría General del Derecho*, p. 23.

⁴³ *Ibidem*, p. 148-149.

jurisprudência estadunidense).⁴⁴ Validade jurídica de uma norma equivale à sua existência como norma jurídica, independentemente de qualquer juízo de valor sobre ser justa ou não. Para investigar a validade, são necessárias investigações de caráter empírico-racional, e com frequência são indispensáveis três operações: *a)* determinar se a autoridade que promulgou a norma jurídica possuía competência para tanto (essa investigação conduz inevitavelmente à norma fundamental, que constitui o fundamento de validade de todas as normas de um dado sistema); *b)* comprovar que não haja sido derogada; *c)* comprovar que não seja incompatível com outras normas do sistema, em especial com uma norma que lhe seja hierarquicamente superior ou posterior. Assinala, entretanto, que "*... o problema da validade jurídica pressupõe que se haja respondido a pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, adotando uma terminologia familiar entre os filósofos do direito, do problema ontológico do direito.*"⁴⁵

Igualmente para BECKER, a validade da regra jurídica constitui sua juridicidade, que tem por consequência o poder, a força de incidir infalivelmente sobre a hipótese de incidência, juridicizando-a e irradiando os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Não cabe ao jurista investigar, segundo o mestre dos pampas, a justiça da regra, e sim o problema de sua validade, que independe de ser a regra justa ou injusta. E conclui: "*A validade da regra jurídica decorre da natureza do órgão que a criou (se este órgão é portador do Poder de criá-la) e a validade está condicionada à harmonia (não contraditoriedade) com a totalidade do sistema jurídico do qual passa a fazer parte.*"⁴⁶

Marcelo NEVES atenta para que não se confunda a pertinência com a validade das normas jurídicas. Segundo o doutrinador pernambucano, o ordenamento jurídico constitui espécie de sistema normativo **dinâmico**, e como tal "*... tolera a*

⁴⁴ Teoria..., *op. cit.*, p. 27.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁶ Teoria..., *op. cit.*, p. 88-89.

incorporação irregular de normas jurídicas, que permanecerão no sistema enquanto não houver produção de ato jurídico ou norma jurídica destinada a expulsá-las, isto é, até que se manifeste o órgão competente desconstituindo-as." Assim, uma norma **pertence** ao ordenamento jurídico (a) quando editada mediante um ato formal de órgão previsto direta ou indiretamente no sistema e ainda não desconstituída por invalidez ou revogada ou (b) quando provém de fato costumeiro ao qual o sistema atribui efeito normativo.⁴⁷

Quanto à presença de normas inválidas no sistema, explicita Marcelo NEVES:

... podem pertencer invalidamente (defeituosamente, viciosamente, irregularmente) ao sistema jurídico, quando, embora emanem de ato de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário e, portanto, a este núcleo retrotraiam num sentido estritamente formal-orgânico, não regressam regularmente ao complexo normativo originário, por não se conformarem completamente aos demais requisitos formais e às exigências substanciais de produção normativa previstos no ordenamento jurídico. Neste caso, o suporte fático do ato normativo é suficiente (há manifestação de vontade normativa do órgão a que o sistema atribui função de produzir normas), mas deficiente (há irregularidades em outros aspectos do processo de elaboração normativa e/ou em relação ao conteúdo da norma).⁴⁸

Assim, a norma **pertinente inválida** permanecerá no sistema até que se verifique sua expulsão por invalidez por meio de órgão do sistema ou até que seja revogada.⁴⁹

Consoante Miguel REALE, a validade de uma norma pode ser avaliada segundo três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento).⁵⁰ Para que se reconheça a validade formal, em primeiro lugar, é necessário que a norma seja elaborada por um órgão competente, assim reconhecido por uma norma constitucional

⁴⁷ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 39-43.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ **Lições Preliminares de Direito**, p. 105.

“de reconhecimento”. Ter-se-á, cumprido esse requisito, a afirmação da competência subjetiva. Ao seu lado, transita a competência *ratione materiae*, ou seja, a matéria de que trata a norma deve encontrar-se no âmbito da competência do órgão que a editou. “Condição precípua, portanto, para que a lei seja válida é a conjugação de dois requisitos: ser emanada de um órgão competente e ter o órgão competência ***ratione materiae***.”⁵¹

Mas esses dois requisitos não bastam à lei para que se ateste sua validade (formal). É necessário ainda um terceiro requisito, qual seja o da obediência às exigências legais: “... é a legitimidade do procedimento, o que, na técnica do Direito norte-americano, se denomina ***due process of law***.”⁵²

Portanto, quando uma norma obedece, em sua formação, à legitimidade do órgão, à competência *ratione materiae* e à legitimidade do procedimento, afirma-se que ela tem condições de vigência. Assim, “... vigência ou validade formal é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais a sua feitura ou elaboração. [sic]”⁵³

Na esteira de Miguel REALE, Maria Helena DINIZ distingue a validade formal ou técnico-jurídica (que chama de vigência), a validade fática (eficácia) e a validade ética (fundamento axiológico), alocando a validade como gênero de um complexo com aspectos de vigência, eficácia e fundamento. “*Esses três aspectos essenciais da validade são os requisitos para que a norma jurídica seja legitimamente obrigatória. Há na norma uma relação necessária entre validade formal, fática e ética.*” Logo, para Maria Helena DINIZ, a validade formal ou vigência, em sentido amplo, “... é uma relação entre normas (em regra, inferior e superior), no que diz respeito à competência dos órgãos e ao processo de sua elaboração. Vigente será a norma se emanada do poder competente com obediência aos trâmites legais.”⁵⁴

⁵¹ REALE, Miguel. **Lições...**, *op. cit.*, p. 106-110.

⁵² *Ibidem*, p. 110.

⁵³ *Ibidem*, p. 110 e 109.

⁵⁴ **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, p. 353-354.

Num outro giro sobre a questão, após reconhecer que “... *os conceitos fundantes são sempre de difícil delimitação e a validade experimenta forte instabilidade significativa entre os vários modelos conhecidos...*”, Paulo de Barros CARVALHO atesta que a validade tem *status* de relação: “... *é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma ‘n’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’.*” Validade de uma norma jurídica, portanto, é a relação de pertinencialidade de uma norma “n” com o sistema jurídico “S”. Não se trata de qualidade da norma; a validade expressa uma relação. Logo, “... *ingressando no ordenamento pela satisfação dos requisitos que se fizerem necessários, identificamos a validade da norma jurídica, que assim se manterá até que deixe de pertencer ao sistema.*” O fenômeno da ab-rogação não atinge a validade da norma, e sim sua vigência para casos futuros. A norma continua válida para ser aplicada a situações anteriores à ab-rogação.⁵⁵

Temos ainda a lição de Tércio Sampaio FERRAZ JR., o qual transita pelas perspectivas zetética e dogmática de validade. Dado que estamos a caminhar nos campos da Ciência do Direito em sentido estrito, percorramos a segunda perspectiva transmitida por esse notável jusfilósofo e teórico geral do direito, para que “... *em vez de se perguntar que é validade e como se define a validade jurídica...*”, perguntemos pela “... *identificação da validade das normas de um ordenamento dado. Uma definição (zetética) exige distinção entre validade e existência, entre validade de normas jurídicas e de outras normas, como as morais. Já a dogmática cuida de um ordenamento dado, distinguindo dentro dele os modos pelos quais a validade de suas normas se apresenta.*”⁵⁶

⁵⁵ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 49-52. A última frase do parágrafo aplica-se ao caso do lançamento que se reporta ao passado, o qual se rege pela lei vigente ao tempo da ocorrência do fato jurídico tributário, ainda que posteriormente modificada ou revogada, de acordo com a redação do artigo 144 do Código Tributário Nacional. Sobre o lançamento, vide Capítulo IV, Seção VI.

⁵⁶ **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**, p. 196.

A dogmática trata de investigar a norma, por conseguinte, em relação aos seguintes aspectos: *a)* quando é reconhecida como válida para o ordenamento; *b)* a partir de que momento perde a validade; *c)* quais os efeitos que produz; *d)* quando e até quando produz efeitos; *e)* se produz efeitos mesmo quando não pode ser tecnicamente reconhecida como válida (caso da norma inconstitucional).⁵⁷

Há uma premissa dogmático-jurídica fundamental para fins de reconhecimento de uma norma como válida: é preciso que esteja (a norma a que se pretende atribuir validade) integrada no ordenamento. Se o processo de produção dessa norma operar-se de modo a obedecer aos requisitos exigidos pelo ordenamento, então se tem uma norma válida. Validade é, pois, “... *uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema.*”⁵⁸

Os critérios de validade, num determinado ordenamento, variam conforme o tipo de norma (emenda constitucional, lei, decreto, sentença *etc.*), e desde que cumprido o processo de produção, a norma se integra no ordenamento e se diz válida. Os processos de elaboração das normas são, por sua vez, regulados também por normas, as quais explicitam a forma de elaboração (competência, quórum e outras circunstâncias relativas ao *iter* procedimental) e a matéria de competência (aquilo que pode e não pode ser objeto de tratamento pela emenda, pela lei complementar, pela lei ordinária, pelo decreto *etc.*). No primeiro caso, tem-se validade *formal*. No segundo, validade *material*.⁵⁹

Assim posta a questão da validade, finalizamos com a necessária advertência de FERRAZ JR.:

Validade, contudo, como conceito operacional, tem seus limites. Sendo um conceito

⁵⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 196.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 196, 202.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 197. Como os critérios de validade, afirma FERRAZ JR., variam de ordenamento para ordenamento, a dogmática não adentra na questão da validade em geral das normas (objeto da zetética), e permanece adstrita a um determinado ordenamento.

relacional – a validade de uma norma, de uma situação normada, de uma decisão *etc.* sempre se reporta à validade de outra norma, situação, decisão – traz consigo a dificuldade e mesmo a impossibilidade de se falar de validade não-relacional ou absoluta. Isto só se consegue, na verdade, à custa de um mínimo de rigor, posto que a expressão **validade absoluta** terá, com o conceito geral de validade, em comum, apenas a mesma palavra. Assim, a conhecida construção sistemática, na forma de uma pirâmide, do ordenamento jurídico, que culmina numa norma última e fundamental, desemboca no conhecido problema de sua natureza, posto que, se se atribui a cada norma a qualidade de norma válida e se esta qualidade é relacionalmente dependente de uma norma antecedente, certamente não cabe, para a última da série, a expressão **válida**. Pois esta não tem mais a que se reportar. E, assim sendo, também a sua constatação como norma do sistema não terá a mesma natureza das demais, estas todas válidas, mas aquela não (ao menos em termos relacionais). [*sic*]⁶⁰

3. VIGÊNCIA DA NORMA JURÍDICA

O âmbito temporal de validade da norma constitui o que Maria Helena DINIZ denomina de vigência em sentido estrito, ou vigência temporal, “... *qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir efeitos.*” Já o *vigor* é a qualidade que a norma possui e que está relacionada com sua força vinculante, mediante a qual não é possível furtar-se ao seu comando.⁶¹

De acordo com José Afonso da SILVA, vigência “... *é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições.*” Vigência não se confunde com eficácia, mas para que esta se verifique aquela se faz necessária.⁶²

Na sentença concisa mas completa de Karl LARENZ, vigência é a possibilidade de a norma conseguir impor-se.⁶³

O tempo de validade de uma norma inicia-se com a publicação (de um modo geral, salvo quando há a chamada *vacatio legis*), de modo que uma vez publicada, diz-

⁶⁰ Constituição de 1988. **Legitimidade, Vigência e Eficácia. Supremacia**, p. 20.

⁶¹ **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 355.

⁶² **Aplicabilidade...**, *op. cit.*, p. 52.

⁶³ **Metodologia...**, *op. cit.*, p. 270.

se vigente. “Vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma (...) e exprime a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada.” Assim, não há como se confundir validade e vigência, visto serem diversos os critérios dogmáticos de seu reconhecimento, donde se infere que uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida.⁶⁴

Se a validade não é “... qualidade adjetivante da regra jurídica”, enfatiza Paulo de Barros CARVALHO, o mesmo não se pode afirmar da vigência, esta sim tida como a “... propriedade de certas regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo social, os fatos descritos em seus antecedentes.” Uma norma no período de *vacatio legis* ainda não adquiriu vigência, embora possa ser considerada válida.⁶⁵

Tércio Sampaio FERRAZ JR. chama a atenção para a sutil e importante distinção entre *vigor* e *vigência*. Veja-se, por exemplo, a redação do artigo 2º do Código Civil brasileiro: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.” Infe-re-se daí que no período de vigência a norma tem vigor, isto é, imperatividade, força vinculante. “A possibilidade de uma norma, não mais vigente, continuar a vincular os fatos anteriores a sua saída do sistema, chama-se **ultratividade**. A ultratividade não significa que a norma permaneça válida, posto que, revogada, não mais pertence ao sistema. Assim, é possível dizer que a ultratividade é manifestação do vigor da norma legal. [sic]”⁶⁶

Vigor é, pois, “... a expressão dogmática que manifesta a qualidade imperativa da norma, cuja força pode subsistir mesmo quando ela já não mais pertence ao sistema do ordenamento ou quando, declarada sua inconstitucionalidade por um tribunal supremo (no caso brasileiro, pelo STF) e não determinada a

⁶⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 196-197.

⁶⁵ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 53-54.

⁶⁶ **Introdução...**, *op. cit.*, p. 201.

*suspensão de sua eficácia pelo órgão competente (em nosso caso, pelo Senado Federal), continua a ser aplicada pelos tribunais.*⁶⁷

Paulo de Barros CARVALHO reconhece o mérito de FERRAZ JR. na distinção entre “vigência” e “vigor”, contudo recomenda a utilização de termos diversos: *vigência plena* (que atinge os fatos do passado e do futuro) e *vigência parcial* (conservação da força normativa para os fatos passados, em caso de revogação; ou apenas futura, quando a vigência for nova).⁶⁸

4. EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Para KELSEN, a eficácia da norma jurídica refere-se ao “... *fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada*”, ou em outras palavras, à “... *circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.*” O autor vienense condiciona a validade à eficácia: “... *uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência.*”⁶⁹ Entretanto, registra que a eficácia, embora seja condição da validade, com ela não se confunde, e que uma ordem jurídica não perde sua validade em razão da perda de validade de uma norma jurídica singular. Ainda: uma norma jurídica singular não perde a validade por não ter sido aplicada em alguns casos particulares, mas “... *também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada.*”⁷⁰

Nesse ponto, Miguel REALE registra a mudança de pensamento de KELSEN, que no início de seus escritos privilegiava a validade formal como elemento

⁶⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁸ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 53-54.

⁶⁹ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 11-12. O que não significa, porém, reconhece o autor, a possibilidade de se verificarem condutas em desarmonia com a norma, vale dizer: a inobservância da norma por parte de alguns de seus destinatários não afasta sua validade, salvo quando adotada pela imensa maioria deles.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 236-237.

essencial do Direito e posteriormente, pelas circunstâncias que a vida lhe impôs, viu-se obrigado a reconhecer no Direito, tomado na sua acepção ampla, um mínimo de eficácia. É que as primeiras obras tiveram grande influência do meio austríaco (seu país de origem), onde impera um sistema de lei escrita. Com o advento do nazismo, KELSEN teve de mudar-se para os Estados Unidos para fugir da perseguição racial, e ali entrou em contato com um sistema que, antes de ser escrito, é de base costumeira e jurisprudencial. De certa maneira, retornava assim KELSEN ao magistério do mestre anterior à sua geração Rudolf STAMMLER, o qual concebia a norma de direito como “norma de cultura”, e assim “... só compreendia a positividade do Direito como uma relação necessária entre validade formal e eficácia, ensinamento que merece ser guardado”.⁷¹

No mesmo diapasão, BOBBIO assinala que o problema da eficácia da norma jurídica é dirigido a saber se seus destinatários a cumprem ou não, e no caso de ser violada, que se faça obedecer mediante os meios coercitivos previstos pela autoridade que a impôs. Há normas, assim, mais eficazes e menos eficazes (juízo que não cabe quanto à validade). Pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito.⁷²

José Afonso da SILVA, por sua vez, distingue a eficácia social (ou efetividade) da eficácia jurídica. Proclama-se a eficácia social ou efetividade da norma quando se verifica o atendimento de seus comandos pelos seus destinatários, vale dizer, quando se constata que é realmente obedecida e aplicada. Já a eficácia jurídica “... designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita.” Poderá, pois, uma norma ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz.⁷³

Marcelo NEVES também discerne a eficácia social da eficácia jurídica.

⁷¹ Lições..., *op. cit.*, p. 115.

⁷² Teoria..., *op. cit.*, p. 22.

⁷³ Aplicabilidade..., *op. cit.*, p. 65-66.

Reconhece, ao lado de KELSEN, a eficácia social como condição de validade das normas, pois "*... como a validade pressupõe a pertinência, a efetividade global é condição de validade das normas, e um mínimo de eficácia de cada norma é condição de sua validade específica.*" Entretanto, pondera que somente a ineficácia absoluta em sentido sociológico é condição negativa de pertinência (reportando-se à *desuetudo*, que pressupõe para sua verificação um certo lapso de tempo). Pondera ainda que a ineficácia definitiva em sentido jurídico, acarretando a impossibilidade de incidência e de aplicação, também funciona como critério negativo de pertinência das normas ao sistema jurídico (como no caso da suspensão de eficácia, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal). "*A perda definitiva da eficácia em sentido jurídico implica a desconstituição da norma, ou melhor, a sua expulsão do sistema jurídico.*"⁷⁴

Para Miguel REALE, não basta a validade técnico-jurídica para que a norma jurídica cumpra sua finalidade. Após consignar que a eficácia "*... se refere à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana*", ou ainda "*... se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade*", o eminente pensador conclui: "*... o Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.*" Além de eficácia e validade, toda regra jurídica deve ter um fundamento. O Direito deve tentar sempre atingir a justiça, porque visa à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento da regra jurídica é o valor ou fim por ela objetivado; é a sua razão de ser, ou sua *ratio iuris*. "*Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.*" Assim, toda norma deve reunir os três requisitos de validade: a) fundamento de ordem axiológica; b)

⁷⁴ Teoria..., *op. cit.*, p. 49-52.

eficácia social (correspondência ao querer coletivo); e *c*) validade formal ou vigência.⁷⁵

Com isso Miguel REALE logra aplicar ao tema aqui analisado sua visão do direito como estrutura tridimensional: “... a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor”.⁷⁶

Prosseguindo na análise do tema, verificamos que Tércio Sampaio FERRAZ JR. apresenta uma curiosa e importante noção de eficácia:

A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática, outros, de natureza técnico-normativa. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Esta adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normada). **Efetividade ou eficácia social** é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas este aparelho não existe no mercado nem há previsão para sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração (*ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis).

(...)

Uma norma também se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. A dogmática supõe, neste caso, a necessidade de enlaces entre diversas normas, sem os quais a norma não pode produzir seus efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para outra norma a definição de hediondo. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se então de **eficácia ou ineficácia técnica**. A exigência destes enlaces nos permite dizer que a eficácia técnica tem uma relevância sintática (relação signo/signo, norma/norma). [*sic*] [grifo nosso]⁷⁷

Maria Helena DINIZ reproduz essa lição nos seguintes termos:

A eficácia é uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos. A norma será eficaz se tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade (eficácia semântica), e condições técnicas de atuação (eficácia sintática), por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos. Será ineficaz, p. ex., a norma que prescrever o uso de certa máquina para proteger o operário, mas que não existe no mercado, por ser inadequada à realidade; a lei

⁷⁵ **Lições...**, *op. cit.*, p. 112-115.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 115.

⁷⁷ **Introdução...**, *op. cit.*, p. 197-199.

que determina que entrará em vigor imediatamente, mas requer regulamentação, porque não pode produzir efeitos.⁷⁸

Também Paulo de Barros CARVALHO encampa os conceitos de FERRAZ JR., reafirmando que uma norma é dotada de **eficácia técnica** quando encontra na realidade social ou no ordenamento condições adequadas para produzir seus efeitos. Haverá, então, “**ineficácia semântica**”, quando houver “... *normas que façam a previsão de ocorrências factuais possíveis, mas, tendo em vista dificuldades de ordem material, inexistem condições para que se configure em linguagem a incidência jurídica.*” Por outro lado, ter-se-á “**ineficácia sintática**” quando “... *uma norma válida assume o inteiro teor de sua vigência, mas por falta de outras regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia, não possa juridicizar o fato, inibindo-se a propagação de seus efeitos.*” Exemplo de **perda da eficácia técnica** é a declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, pelo meio difuso, havendo a posterior suspensão de sua eficácia (técnica) pelo Senado Federal até que o órgão que a editou promova sua revogação. Logo, até esse momento (o da revogação) a norma permanece válida e vigente, mas sem eficácia técnica. “*Não é a ausência de normas reguladoras que impede a atuação concreta da regra...*”, nesse caso. “*Trata-se agora da presença de outra norma inibidora de sua incidência.*”⁷⁹

Avança ainda Paulo de Barros CARVALHO para dizer que **eficácia jurídica** é **atributo dos fatos jurídicos**, e não da norma. O fato jurídico é dotado da capacidade infalível de desencadear os efeitos ou conseqüências que o ordenamento prevê. Logo, **eficácia jurídica** “... *é a propriedade do fato jurídico de provocar os efeitos que lhe são próprios.*” Já a chamada **eficácia social** é o cumprimento, no meio social, da conduta prevista no conseqüente das normas jurídicas. A eficácia social (ou

⁷⁸ *Compêndio...*, *op. cit.*, p. 361.

⁷⁹ *Direito Tributário...*, *op. cit.*, 2. ed., p. 54-57.

efetividade) é, pois, conceito extrajurídico.⁸⁰

BECKER, aliás, estribado em PONTES DE MIRANDA, já havia registrado que a eficácia jurídica é constituída pelos efeitos que decorrem da juridicização da hipótese de incidência da regra jurídica (reconhecimento do fato jurídico), juridicização essa resultante, por sua vez, da incidência. Relação jurídica, obrigação jurídica, direito *etc*, são, portanto, efeitos jurídicos ou eficácia jurídica irradiados dos fatos jurídicos. *"É muito importante ter presente que, se o Direito Positivo liga ou condiciona determinado efeito físico ou econômico a um fato jurídico, aquele efeito físico ou econômico é eficácia jurídica deste fato jurídico."*⁸¹

Eis então o magistério do grande Mestre das letras jurídicas, palavra mais do que autorizada para encerrar esse tópico:

A incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é juridicização das conseqüências dele, devido à incidência. Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência européia: a *eficácia da regra jurídica*, que é a de incidir, **eficácia "legal"** (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a *eficácia jurídica*, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos. [grifo nosso]⁸²

5. SISTEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Validade, com efeito, é a qualidade da norma que obedeceu aos critérios formais e materiais de ingresso no sistema do direito positivo. Este conceito, entretanto, não é suficiente, desacompanhado, para abranger as situações de

⁸⁰ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 55-56.

⁸¹ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 461.

⁸² MIRANDA, Pontes de. **Tratado...**, *op. cit.*, T.I., p. 16-17.

inconstitucionalidade.⁸³

O sistema jurídico-positivo brasileiro atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, em último grau de análise, a função de “dizer” se as normas são válidas ou inválidas, quando contrastadas com a Constituição Federal. Conferiu ainda tal função ao Superior Tribunal de Justiça, se o contraste se dá no plano da legislação infraconstitucional.

Não vemos como a validade possa ter *status* de relação de uma norma a um dado sistema. Pertencer ou não ao sistema é questão, *data maxima venia*, independente da validade. O atributo de pertinência ao sistema não está atrelado à validade, e sim à qualidade de **ser** norma jurídica (ainda que aparentemente).⁸⁴

Entendemos assim procedente a distinção proposta por Marcelo NEVES entre **pertinência** e **validade**, embora não concordemos com o mestre pernambucano em todos os pontos. Assim, poderemos encontrar no sistema normas **pertinentes inválidas** que como tal permanecerão até que se esgotem as possibilidades de reconhecimento de sua aplicação concreta.⁸⁵

Prosseguindo, estamos com Maria Helena DINIZ quanto a afirmar que a **vigência** é a “... *qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser*

⁸³ Não pensamos que a validade possa comportar “graus”, como afirmam GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do Indébito**, p. 17 e 21-32.

⁸⁴ Veja-se, a propósito, a crítica de Paulo Roberto Lyrio PIMENTA: “*Se a norma válida é a que existe, que está no sistema, a norma inválida é uma não-norma, ficando em aberto, pois, a questão da produção de efeitos jurídicos pela norma inválida.*” (**Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**, p. 17).

⁸⁵ Marcelo NEVES, ao contrário, entende que a norma pertinente inválida permanece no sistema até que se verifique sua expulsão por invalidez por meio de órgão do sistema ou até que seja revogada (**Teoria...**, *op. cit.*, p. 44). Advogamos a tese de que em alguns casos deve-se reconhecer a aplicação da norma pertinente inválida, conforme será analisado oportunamente. Podemos aceitar a proposição de Marcelo NEVES ao observamos o sistema após a declaração de invalidez, filtrado pelo órgão competente na dinâmica do direito. Reafirmamos que a norma pertinente inválida permanece no sistema (observado dinamicamente em momento anterior à declaração de inconstitucionalidade) até que se esgotem as possibilidades de sua aplicação concreta.

invocada para produzir efeitos.”⁸⁶ Conforme muito bem observa Paulo de Barros CARVALHO, uma norma no período de *vacatio legis* ainda não adquiriu vigência, mas pode ser considerada válida.⁸⁷

Reportamo-nos ainda nesse contexto à noção de *ultratividade* exposta por Tércio Sampaio FERRAZ JR. A ultratividade é a qualidade da norma conservar sua força de juridicização (força vinculante, imperatividade) dos fatos mesmo após ter perdido a vigência ou a eficácia legal. “Assim, é possível dizer que a ultratividade é manifestação do **vigor** da norma legal.”⁸⁸

Finalmente, a eficácia da norma jurídica pode ser dividida em (a) **eficácia normativa**,⁸⁹ (b) **eficácia jurídica** e (c) **eficácia social** ou **efetividade**.

A **eficácia normativa** é o dom inerente à norma de transmudar em jurídicos os fatos aos quais se reporta, uma vez verificadas as "hipóteses concretas" de sua incidência. É, em suma, a capacidade que as normas têm de incidir sobre suas “hipóteses de incidência”.

Ousamos reinterpretar a lição de Tércio Sampaio FERRAZ JR. para uni-la aos ensinamentos de Pontes de MIRANDA, a fim de afirmar que a **eficácia normativa** divide-se em **eficácia normativa técnico-semântica** e **eficácia normativa técnico-sintática**.

Ter-se-á reconhecida a **eficácia normativa técnico-semântica** quando a norma for capaz de incidir porque presentes os requisitos de natureza fática que permitem sua atuação. Logo, se uma norma prescreve o uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, e tal aparelho ainda não existe no mercado, esta norma será ineficaz tecnicamente (sob o ângulo semântico). A inexistência do dito aparelho

⁸⁶ **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 355. No mesmo sentido, aludindo à vigência como "período de vida" da norma: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 54. Também: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos**, p. 39.

⁸⁷ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 54.

⁸⁸ **Introdução...**, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁹ Aquela que Pontes de MIRANDA designava "eficácia legal".

impede a incidência, de modo que a conduta apontada pela norma não poderá ser exigida. Qualifica-se essa espécie de ineficácia como técnico-semântica porque a conduta reclamada pela norma não encontra condições fáticas de atuação, e vimos anteriormente que o plano semântico de análise da linguagem jurídica é aquele que estabelece as ligações entre as normas e os objetos para os quais elas apontam, vale dizer: os fatos e condutas por elas regrados.

Já a **eficácia normativa técnico-sintática** será verificável quando a norma **não** estiver vinculada, para juridicizar o fato, a outras regras regulamentadoras, de igual, superior ou inferior hierarquia. Assim, *verbi gratia*, será ineficaz tecnicamente (sob o ângulo sintático) a norma que prescreve a inafiançabilidade dos crimes hediondos, mas remete para outra norma a definição do que seja hediondo. Podemos ainda citar o exemplo das normas que instituem ou majoram tributos, sujeitas ao princípio da anterioridade (artigo 150, III, "b", da CF). O plano sintático de análise do ordenamento jurídico exprime, conforme verificamos, as articulações das normas entre si, daí a denominação aqui adotada.

Paulo de Barros CARVALHO enumera também um outro importante exemplo, para os efeitos deste trabalho, quando consigna que se opera a **perda de eficácia técnica** (sintática) quando se verifica a declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, pelo meio difuso, havendo a posterior suspensão de sua eficácia pelo Senado Federal. “*Não é a ausência de normas reguladoras que impede a atuação concreta da regra...*”, nesse caso. “*Trata-se agora da presença de outra norma inibidora de sua incidência.*”⁹⁰

É chegado assim o momento de dizer que uma das qualidades da norma atingida pela declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle concentrado, ou ainda no controle difuso com a conseqüente suspensão pelo Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal), é a **eficácia normativa técnico-**

⁹⁰ **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 54-57.

sintática (*ex nunc*). Mas haveremos de reconhecer que além de fulminar a **eficácia normativa técnico-sintática**, a declaração de inconstitucionalidade atinge a **validade** e a **vigência** da norma jurídica (a primeira *ex tunc* e a segunda *ex nunc*).

Nesse diapasão, dissemos há pouco que poderemos encontrar no sistema normas **pertinentes inválidas** que como tal permanecerão até que se esgotem as possibilidades concretas do reconhecimento de sua aplicação. Veremos, oportunamente, que em determinados casos é inafastável o reconhecimento da aplicação concreta da norma pertinente inválida.

Não vemos problema em conviver com a norma pertinente inválida. Estamos convencidos de que a coerência (a qual, embora prescindível para o reconhecimento do direito como sistema, é eleita como objetivo ideal) e a unidade do sistema do direito positivo somente podem ser afirmadas, reafirmadas e buscadas por meio da incessante **dinâmica jurídica**, que KELSEN muito bem explanou:

Conforme o acento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo é, por sua vez, regulado pelo Direito. É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação.⁹¹

Logo, a força motriz que resguarda a unidade e impulsiona a busca pela coerência do sistema é a dinâmica jurídica. A norma declarada inconstitucional (inválida) tornar-se-á inaplicável após a declaração de inconstitucionalidade (assegurando-se assim a unidade e a busca da coerência), e restará analisar concretamente, caso a caso, quando se poderá reconhecer a manutenção de sua

⁹¹ Teoria..., *op. cit.*, p. 79-80.

aplicação em situações anteriores àquela declaração. Trata-se, portanto, de laborar no seio da teoria dinâmica do direito.

Parece-nos inclusive, com a devida vênia, que a denominada teoria estática do direito, além de empobrecer a análise da coerência e da unidade, é muito pouco produtiva no sentido de que não nos permite emoldurar o sistema naquilo que constitui sua principal função – ordenação social – realizada por meio da produção e da aplicação das normas jurídicas. A teoria estática é importante, sem dúvida, para identificar no direito a presença de um sistema de normas (embora seja essa uma identificação precária), mas, com efeito, as implicações decorrentes da produção e aplicação das normas jurídicas – objeto da teoria dinâmica – é que realmente constituem as principais problemáticas dos aplicadores do direito e da própria ciência jurídica.

Eis, muito a propósito, o diagnóstico de Misabel de Abreu Machado DERZI: "*O direito não está pronto, é continuamente deduzido das fórmulas legislativas, judiciais e administrativas (revela-se).*"⁹²; e de Karl LARENZ: "*Aplicação do Direito e desenvolvimento do Direito, dissemolo já, caminham (...) de par um com o outro, são um e o mesmo processo.*"⁹³

Assim, olhar para o sistema do direito positivo apenas estaticamente dificultaria ainda mais o processo de busca da coerência, que se aperfeiçoa no âmbito da dinâmica do fenômeno. Essa incessante busca reafirmada pelo próprio sistema permite-nos – repita-se – conviver com a norma pertinente inválida, concluindo até mesmo pelo reconhecimento de sua aplicação em determinadas situações concretas, como veremos em tópico específico.

Num outro giro, não estamos persuadidos de que a revogação retira a **validade** da norma jurídica. A revogação faz cessar a **vigência** da norma jurídica, mas

⁹² A Irretroatividade do Direito no Direito Tributário. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org.). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba** (v. 1), p. 184.

⁹³ **Metodologia...**, *op. cit.*, p. 412.

restarão conservados sua pertinência, seu vigor e sua validade.⁹⁴ Tais atributos são conservados até que se esgotem as possibilidades concretas de aplicação da norma.

Esboçamos abaixo uma tabela de aplicação dos conceitos aqui expostos, de modo a facilitar sua compreensão e análise. Vejamos:

⁹⁴ Nesse sentido, Oswaldo Luiz PALU: "... *revogar nada mais significa que retirar a vigência...*" (**Controle...**, *op. cit.*, p. 38).

	Pertinência	Validade	Vigência	Vigor/ Ultratividade	Eficácia normativa técnico- semântica	Eficácia normativa técnico- sintática
1. Norma revogada	Presente	Presente	Ausente	Presente	Ausente ⁹⁵	Ausente ⁹⁶
2. Norma declarada inconstitucional pelo controle difuso, não suspensa pelo Senado Federal	Presente	Presente	Presente	Presente	Presente ⁹⁷	Presente
3. Norma declarada inconstitucional pelo controle difuso, suspensa pelo Senado Federal / 4. Norma declarada inconstitucional pelo controle concentrado	Presente	Ausente (<i>ex tunc</i>)	Ausente (<i>ex nunc</i>)	Presente ⁹⁸	Presente ⁹⁹	Ausente (<i>ex nunc</i>)

⁹⁵ Nos casos em que se verificar a manifestação do vigor da norma revogada, a análise da eficácia normativa técnico-semântica volta à tona.

⁹⁶ A eficácia normativa técnico-sintática neste caso está ausente para os fatos ocorridos após a revogação, mas estará presente para juridicizar os fatos anteriores a essa revogação.

⁹⁷ Afirmamos a presença da eficácia normativa técnico-semântica, mas alertamos que essa análise dependerá de fatores fáticos de aplicação da norma, como vimos.

⁹⁸ A manutenção ou retirada do vigor da norma no período entre a publicação e a declaração abstrata do STF (ou a suspensão do Senado) dependerá da análise concreta do Poder

Resta-nos, finalmente, a análise da **eficácia jurídica** e da **eficácia social** ou **efetividade**. **Eficácia jurídica** é atributo dos fatos jurídicos, que são dotados da qualidade especial de irradiar efeitos jurídicos após juridicizados, instaurando a relação jurídica prevista na consequência da norma jurídica. Portanto, **eficácia jurídica** “... é a propriedade do fato jurídico de provocar os efeitos que lhe são próprios.” Já a chamada **eficácia social** é o cumprimento, no meio social, da conduta prevista no consequente das normas jurídicas. A eficácia social (ou efetividade) é, pois, conceito extrajurídico.¹⁰⁰

Segundo nosso juízo, parece necessário ao reconhecimento da eficácia social a presença da eficácia normativa técnico-semântica e da eficácia normativa técnico-sintática.

Pois bem, aqui chegados, aportamos com a esperança de cumprimento da missão, estabelecendo os conceitos básicos de Teoria Geral do Direito necessários ao desenvolvimento do tema.

Mas nossa permanência em porto de descanso é breve, pois além da baía soabre-se um novo mar de inquietações, ao iniciarmos o exame do controle de constitucionalidade das normas jurídicas no direito brasileiro.

O mar agora será um pouco menos revolto, mas não isento de intempéries, característica aliás que acompanha pertinazmente o caminho das embarcações científicas que navegam pela análise das questões jurídicas.

Judiciário. Admitimos, entretanto, que num primeiro momento o vigor resta mantido nesse intervalo temporal.

⁹⁹ Afirmamos a presença da eficácia normativa técnico-semântica, mas alertamos que essa análise dependerá de fatores fáticos de aplicação da norma, como vimos.

¹⁰⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 55-56.

CAPÍTULO II

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição, atualmente, é tomada como a norma fundamental da organização do Estado, dos direitos, liberdades e garantias, e ainda dos direitos econômicos, sociais e culturais, vinculando todos os órgãos do poder. Encontra-se, pois, superada, a idéia de Constituição como simples repositório de princípios políticos.¹⁰¹

Nas palavras de Ferdinand LASSALE, temos que:

...no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum. (...)

...uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer outras leis contrárias à fundamental.¹⁰²

*"A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (...) apontada qualidade."*¹⁰³

José Afonso da SILVA registra que a supremacia constitucional pode ser percebida já de pronto, como que intuitivamente, pela presença, na Constituição, de

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, p. 43.

¹⁰² **A Essência da Constituição**, p. 9 e 10-11.

¹⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 25. Não deixa de reconhecer o autor que "a supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental." (p. 25).

normas extremamente qualificadas. A Constituição "... é (...) a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as **normas fundamentais** de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. [sic]"¹⁰⁴

Eis o que a doutrina chama de *supremacia material*, reconhecida até mesmo nas constituições costumeiras e flexíveis.¹⁰⁵ Entretanto, "... isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. [sic]"¹⁰⁶

O certo é que, do ponto de vista **jurídico**, somente se concebe a chamada *supremacia formal*, apoiada na regra da rigidez, "... de que é o primeiro e principal corolário."¹⁰⁷

Assim, do regime jurídico aplicável às normas presentes em um dado ordenamento jurídico podemos inferir um critério *formal* de diferenciação entre as normas constitucionais e ordinárias. Diversamente, se o tratamento jurídico for idêntico para as diversas categorias normativas, teremos então normas de igual valor, a despeito da matéria versada.

A propósito, a lição de Regina Maria Macedo Nery FERRARI:

Dessa diferenciação de regime jurídico para a identificação da lei constitucional e da lei ordinária, chegamos ao ponto de estabelecer que a superioridade das normas constitucionais frente às outras espécies normativas, e entre elas e a lei ordinária, decorre do seu processo de elaboração, o que nos leva a encontrar um processo especial e mais solene para as constitucionais do que o previsto para as leis comuns. (...)

Dessa forma, chega-se distinção entre constituições rígidas e flexíveis. Levando em

¹⁰⁴ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 45. "Não deve causar espanto, pois, que já os gregos, na Antigüidade, tivessem consciência disso, colocando em um plano diferenciado as leis concernentes à estrutura da *Polis*" (RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção**, p. 42).

¹⁰⁵ "Mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como Constituição em sentido material estrito, cujo conteúdo tem uma supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao ordenamento jurídico." (NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**, p. 65).

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso...**, op. cit., p. 46.

¹⁰⁷ *Idem*.

consideração o modo de alteração ou reforma do texto fundamental, as rígidas só podem ser modificadas por um processo especial e mais solene que o previsto para a elaboração de leis ordinárias, enquanto as flexíveis são modificadas pelo mesmo processo legislativo comum. [sic]¹⁰⁸

Nesse contexto, a rigidez da nossa *Lex Fundamental* é apontada em seu artigo 60, o qual prevê um processo especial, mais solene para a modificação textual. Também ali vislumbramos o **núcleo irrestringível**, a **essência** do texto constitucional brasileiro.

A partir de tais concepções vislumbramos a Constituição como norma suprema do Estado, orientando a validade das normas presentes no ordenamento jurídico.¹⁰⁹

Não cremos ser desautorizado incluir na concepção de supremacia constitucional a noção inerente aos **princípios**.

Segundo Roque Antonio CARRAZZA, a etimologia do termo “princípio” (do latim *principiu, principii*) “... encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer”.¹¹⁰

Da mesma maneira, na orla de qualquer Ciência, “... princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema”.¹¹¹

¹⁰⁸ **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 46-47. Clèmerson Merlin CLÈVE acrescenta que a supremacia da Constituição não decorre simplesmente da sua rigidez. É necessária também a presença de uma “consciência constitucional” no sentido de que a Carta vincula a todos os cidadãos e ainda a todos os órgãos do Poder. (**A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 32-33).

¹⁰⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 41. Paulo BONAVIDES reconhece nessa hierarquia uma “superlegalidade constitucional” (**Curso de Direito Constitucional**, p. 267). Já Ivo DANTAS fala em “supralegalidade” (**O Valor da Constituição. Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional**).

¹¹⁰ **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 30.

¹¹¹ *Idem*.

Parafrazeando a analogia exposta por Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, o sistema jurídico ergue-se arquitetonicamente de forma semelhante a um vasto edifício, onde, evidentemente, tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces *etc.* Entretanto, não é difícil perceber que nesse conjunto existem componentes que são mais importantes, os quais, quando retirados, acarretam a ruína do próprio edifício: são os alicerces e as vigas mestras. Assim, *mutatis mutandis*, os princípios jurídicos constituem os alicerces e as vigas mestras sobre os quais se ergue o sistema jurídico.¹¹²

Eis então o conceito lapidar de princípio jurídico concebido por Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.¹¹³

Os princípios jurídicos são encontrados não só nos textos do direito positivo mas também no "contexto", na implicitude destes textos. *"É verdade que um princípio pode estar enunciado no vernáculo dos digestos, mas isso não é absolutamente necessário. (...) Sem embargo, outros princípios existem e são aplicáveis sem que estejam formalmente previstos. Nem por isso 'estarão fora' do*

¹¹² **A Teoria das Constituições Rígidas**, p. 10. "Voltemos os olhos para os primeiros princípios", exortava o eminente publicista.

¹¹³ **Curso de Direito Administrativo**, p. 748. Genaro CARRIÓ registra as significações encontráveis para os chamados "princípios jurídicos": a) propriedade fundamental, núcleo básico, característica central; b) regra, guia, orientação ou indicação gerais; c) fonte geradora, causa, ou origem; d) finalidade, objetivo, propósito ou meta; e) premissa, inalterável ponto de partida do raciocínio, axioma, verdade teórica postulada como evidente, essência, propriedade definitória; f) regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; g) máxima, aforismo, provérbio. (**Notas sobre Derecho y Language**, p. 209-210).

ordenamento jurídico. [sic]"¹¹⁴

Podemos descobrir também princípios jurídicos em toda a cadeia de enunciados do sistema do direito positivo, de modo que nos depararemos com princípios constitucionais, legais e até infralegais. Indubitavelmente, os princípios constitucionais ocupam posição sobranceira sobre os demais, topograficamente alocados no Texto Supremo porquanto agregam valores de suma importância para a sociedade. "*Pois bem, quando o **princípio** é constitucional, a sua aplicação é obrigatória.*"¹¹⁵

Em outras palavras, "*a Constituição é o documento no qual são afirmados, através de princípios jurídicos, os valores fundantes e os objetivos e aspirações de uma sociedade. Os princípios jurídicos representam a afirmação e o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e o expresso desejo de transformação da realidade, mediante a fixação, em sede constitucional, dos fins que devem ser buscados pelo próprio Estado e por toda a sociedade.*"¹¹⁶

No Brasil, a supremacia dos princípios constitucionais é apontada pela própria Constituição, em vários de seus dispositivos. Destacamos: artigo 25; artigo 34, VII; artigo 35, IV; artigo 60, §4º; artigo 85; artigo 102, III, "a".

A importância da preservação de um princípio constitucional, como instrumento de sua supremacia, é ressaltada por Konrad HESSE nos seguintes termos:

...aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante

¹¹⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, p. 89. "*O princípio implícito não difere senão formalmente do exposto. Têm ambos o mesmo grau de positividade. Não há uma positividade 'forte' (a expressa) e outra 'fraca' (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeitos) muito mais acentuada do que um princípio exposto.*" (BORGES, José Souto Maior. O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 22, p. 25).

¹¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso...**, *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁶ PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**, p. 30.

um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.¹¹⁷

No mesmo sentido a incitação de Eros Roberto GRAU: "*Desejo insistir afirmando a importância dos princípios : as possibilidades de realização de justiça material não de residir - ou não residir - no próprio direito, em seus princípios; não se as pode buscar além dele, em valorações abstratas, subjetivas.*"¹¹⁸

Realizar os princípios constitucionais é, pois, uma forma de reafirmação contínua da supremacia desejada pelos porta-vozes da *vontade popular*. É reafirmar, parafraseando HESSE, a *força normativa da Constituição*.

2. APONTAMENTOS GENÉRICOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Inconstitucional é a lei que, no todo ou em parte, apresenta prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição. "*A idéia da inaplicabilidade da lei inconstitucional é uma decorrência do princípio da hierarquia das leis, que possibilita aquela situação jurídica, tão bem analisada por DUGUIT, em que a incompatibilidade entre as normas gera a existência de leis contrárias ao direito - lois contraires au droit.*"¹¹⁹

De um modo geral, a vigência das leis constitucionais encerra-se com o surgimento de nova lei, que as revoga. Já a lei inconstitucional "... *arca com o ônus de*

¹¹⁷ **A Força Normativa da Constituição**, p. 22.

¹¹⁸ **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p. 78. Eis ainda a inferência de Immanuel KANT: "*Se o entendimento pode ser definido como a faculdade de unificar os fenômenos mediante regras, a razão é a faculdade de unificar as regras do entendimento mediante princípios*" (**Crítica da Razão Pura**, p. 300).

¹¹⁹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, p. 53, 63.

um processo específico de invalidação, qual seja, o de ver a sua invalidade declarada por outro órgão, diferente daquele que a produziu."¹²⁰

A constatação da inconstitucionalidade "... *não reside exclusivamente na Constituição nem no ato ou no comportamento com ela confrontados. Na verdade, a inconstitucionalidade repousa na **relação** de contrariedade normativa entre uma e outra.* [grifo nosso]"¹²¹

A contradição irreconciliável entre a lei e a Constituição acarreta a necessidade de opção por esta última, porquanto a intenção do povo há de prevalecer sobre a intenção de seus representantes.¹²² Com efeito, no momento do cotejo entre o ato normativo e o texto constitucional, o Judiciário está resolvendo o mais importante dos litígios ocorrentes no Estado: "... *o confronto entre a manifestação de um órgão constituído (atos normativos) e a manifestação anterior do poder constituinte (Constituição).*"¹²³

A defesa da supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades é estabelecida pela própria Constituição mediante a previsão de técnica ou técnicas especiais, "... *que a teoria do Direito Constitucional denomina **controle de constitucionalidade das leis**, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da **Jurisdição Constitucional.***"¹²⁴

¹²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 401.

¹²¹ *Ibidem*, p. 415. "A inconstitucionalidade (...) é um problema de relação intra-sistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. [sic]" (NEVES, Marcelo. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 69-70). No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 685. "A inconstitucionalidade é um conflito jurídico, um conflito que advém do repertório, mas atinge a estrutura do sistema." (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**, p. 31).

¹²² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle...**, *op. cit.*, p. 69.

¹²³ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, p. 42. Na mesma direção: COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**, p. 142.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso...**, *op. cit.*, p. 49. "A jurisdição constitucional é a atividade que visa garantir a aplicação dos princípios e normas da Constituição às controvérsias e dúvidas surgidas, concreta ou abstratamente, atividade advinda de órgão que atua com a [sic] independência em relação aos órgãos ou poderes elaboradores do texto normativo objeto da

Reconhece-se como assertiva inegável que "... *toda a correlação entre as normas constitucionais e os vetores éticos e axiológicos que as informam, e levam à uma real possibilidade de aplicação da Constituição (supremacia interna; aplicabilidade das normas), estaria irremediavelmente perdida se ausente um sistema de repressão aos atos desconformes à Constituição estrita. [sic]*"¹²⁵

Define-se, assim, o controle de constitucionalidade como "... *o ato intelectual de submeter à verificação de compatibilidade, normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis.*"¹²⁶

Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, os pressupostos da fiscalização da constitucionalidade são: a) a existência de uma Constituição formal; b) consciência da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais); c) eleição de pelo menos um órgão ao qual se atribui competência para o exercício de tal atividade.¹²⁷

O controle de constitucionalidade somente é viável em sistemas onde a Constituição seja do tipo rígida, "... *já que só onde se haja estabelecido uma formal diferenciação entre as leis constitucionais e ordinárias - de tal forma a reconhecer a superioridade daquela frente a esta - é que existe a necessidade de comprovar a*

fiscalização, ou do Executivo, de modo definitivo e imparcial. A jurisdição constitucional exerce, primordial e institucionalizadamente, a fiscalização da constitucionalidade" (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos**, p. 83).

¹²⁵ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle...**, *op. cit.*, p. 58.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹²⁷ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 28-29. Celso Ribeiro BASTOS acrescenta que o órgão eleito não deve ser o próprio Legislativo, e ainda a observação de que aos próprios interessados não deverá ser permitido subtrair-se à incidência da norma inconstitucional mediante a simples arguição do vício máximo (**Curso...**, *op. cit.*, p. 405).

adequação das primeiras frente às segundas."¹²⁸

A lição de Paulo BONAVIDES desponta no mesmo rumo: "*Não há dúvida de que, exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial - a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis.*"¹²⁹

Logo, onde houver nivelamento entre leis constitucionais e leis ordinárias, "*... não há mais que falar em verificação da adequação de umas às outras, processo que implica a existência de superioridade de umas em relação às outras, relação essa extinta pela ocorrida nivelção.*"¹³⁰

Cientes das reservas com que as classificações devem ser recebidas, e ainda da advertência de Oswaldo Luiz PALU quanto à dificuldade de se elaborar uma classificação segura das modalidades de fiscalização,¹³¹ podemos dizer, com José Afonso da SILVA, que os vários sistemas jurídicos contemplam, quanto ao órgão exercente, três modelos de controle de constitucionalidade – o político, o jurisdicional e o misto:

¹²⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 60. Entretanto, verifica-se que o controle jurisdicional não é decorrência necessária das Constituições rígidas. Em vários países, sobretudo na Europa continental, onde encontramos Constituições classificadas como dessa espécie, não há atribuição ao Judiciário de tal faculdade (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle...**, *op. cit.*, p. 9).

¹²⁹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 272.

¹³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso...**, *op. cit.*, p. 403. Complementa o autor: "*Durante o período em que inexistiu uma distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária, não foi possível desenvolver um sistema de controle da constitucionalidade. (...) Chamar-se a umas leis de constitucionais e a outras de ordinárias e ao depois submetê-las, ambas, ao mesmo tratamento jurídico equivale a não distinguir coisa alguma*" (p. 403). Não obstante, pondera Clèmerson Merlin CLÈVE que, embora a fiscalização da constitucionalidade se manifeste nos países dotados de Constituições rígidas, não seria impensável imaginar a presença de controle onde se adotam Constituições flexíveis. Assim, uma vez estabelecido um dado procedimento para a elaboração das leis, "*... qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade.*" Da mesma forma, se houver edição de norma por órgão diverso daquele previsto. A Constituição flexível, portanto, possibilita a emergência de inconstitucionalidade formal, "*... mas jamais de inconstitucionalidade material.*" (**A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 31-32).

¹³¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle...**, *op. cit.*, p. 59.

O *controle político* é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um *órgão especial*, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).

O *controle jurisdicional*, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

O *controle misto* realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.¹³²

A doutrina por vezes consagra, também, uma espécie de controle *misto* como subespécie do controle jurisdicional, subdividido em *difuso* (ou jurisdição constitucional difusa) e *concentrado* (ou jurisdição constitucional concentrada), tal como no Brasil, e assim, sob essa classificação, o controle jurisdicional brasileiro seria misto.

Isso, em razão de que nossa Constituição atual, contempla os dois referidos mecanismos de afirmação da sua supremacia: *a)* o controle **incidental**, atribuído de forma difusa aos órgãos do Poder Judiciário, os quais podem recusar aplicação, nos casos concretos sob apreciação, de norma que entendam inconstitucional; e *b)* o controle por via **principal**, exercitado de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à lei ou ato normativo federal ou estadual, contestado por dessintonia com a Constituição Federal (artigo 102, I, *a*).¹³³

Tais mecanismos são classificados como controle repressivo ou *a posteriori*, porquanto realizados após a edição da lei. Há, também, manifestações de controle

¹³² Curso..., *op. cit.*, p. 49.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, p. 303.

preventivo ou *a priori*, tais como, entre nós, a competência outorgada ao Presidente da República no sentido de vetar projetos de lei por ele reputados como inconstitucionais (artigo 66, §1º, da CF), ou as análises levadas a efeito pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas.

Com a Constituição de 1891, adotamos o controle jurisdicional difuso, exclusivamente, inspirado na *judicial review* do direito norte-americano, cujo precedente histórico foi a famosa decisão da Suprema Corte proferida no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803.¹³⁴

As constituições posteriores foram introduzindo novos elementos, de modo que, paulatinamente, adotamos aspectos do controle concentrado, sem, contudo, aproximar-se do europeu.¹³⁵

No âmbito concentrado, são os seguintes os mecanismos do controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade; a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta interventiva; a chamada inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A declaração de inconstitucionalidade pode atingir a lei na sua totalidade, ou apenas "... *uma parte da norma ou mesmo tão-somente uma ou algumas das normas embutidas em um Diploma maior que comporte a eliminação da parte viciada sem desnaturação da restante.*"¹³⁶ Na temática da inconstitucionalidade total ou parcial vige o *princípio da conservação dos atos jurídicos*, mas sendo formal o vício, acarreta a inconstitucionalidade de toda a disposição.¹³⁷

Por vezes, poderá ocorrer que a inconstitucionalidade parcial se demude em inconstitucionalidade total. Imagine-se a hipótese de um ato normativo que, diante da declaração de inconstitucionalidade parcial de seu texto, relegue o restante à carência de significado (critério da dependência). Com a declaração, todo o restante que dele

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito...*, *op. cit.*, p. 303.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, *op. cit.*, p. 416.

¹³⁷ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle...*, *op. cit.*, p. 68, 188.

dependia será também atingido.¹³⁸

Segundo a previsão do artigo 97 da Constituição Federal, "... *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*" Esta maioria não é a "*maioria da maioria presente*", mas a "*maioria da totalidade do número legal de juizes*".¹³⁹

O diploma normativo atualmente em vigor sobre o controle concentrado de constitucionalidade assenta que no Supremo Tribunal Federal pronunciar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do ato impugnado se num ou noutro sentido houver a manifestação de seis Ministros (artigo 23 da Lei n. 9.868/99). E a decisão somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros (artigo 22 da Lei n. 9.868/99).

Quanto à amplitude das modalidades de ofensa à Constituição, ensina Celso Ribeiro BASTOS:

...não é toda desconformidade com a Constituição que gera a inconstitucionalidade. Um conceito assim amplo que considerasse todo e qualquer ato em afronta à Lei Maior como inconstitucional, findaria por ser inútil em razão de sua extrema abrangência.

Daí a conveniência de excluirmos certas modalidades de contradição que encontrarão as suas formas pertinentes de nulificação, sem contudo ser necessário fazer apelo ao conceito de inconstitucionalidade. Assim, não se costuma ter por inconstitucional o comportamento de particulares no seu atuar cotidiano. A inconstitucionalidade é própria dos órgãos do Poder Político. E, ainda assim, só quando estes estejam atuando regulados direta e imediatamente por normas constitucionais.¹⁴⁰

Entendemos, todavia, com o devido acatamento, que alguns atos particulares do cotidiano podem vir a infringir a Constituição, quando baseados em leis tidas por inconstitucionais, ou até mesmo quando diretamente infringentes de seu texto. Nesse

¹³⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle...**, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle...**, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁰ **Curso...**, *op. cit.*, p. 415. No mesmo diapasão: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle...**, *op. cit.*, p. 65; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 40.

sentido, a inconstitucionalidade pode ocorrer, também, mediatemente, ou seja, quando a conduta particular ou da autoridade dos órgãos do Poder Político for praticada com base, repita-se, em lei reputada contrária ao Texto Supremo.

Embora não haja possibilidade de controle abstrato de tais atos, se partirmos da noção ampla de inconstitucionalidade fornecida por Carmen Lúcia Antunes ROCHA, no sentido de que a inconstitucionalidade não é só da lei ou do ato normativo, mas também do comportamento desarmonizado com a Constituição, resta justificada nossa conclusão.

Observe-se, por oportuno, suas palavras:

Consiste a inconstitucionalidade no descumprimento da Constituição, vale dizer, no cometimento de um ato contrário a ela. Pode este ato vir do poder público, manifestando-se em qualquer de suas funções e o agravo tem, então, um tratamento específico, e pode vir do particular, hipótese em que a senda para sua impugnação será definida em situação diversa daquela primeira. Entretanto, ambas são reprimíveis, pois em qualquer delas terá havido descompasso jurídico no acatamento obrigatório à Constituição.

Dúvida alguma pode haver quanto à distinção do regime dos atos particulares. Isto não torna menos contrário à Constituição o seu comportamento, que, por isso mesmo, incorre em desvalia jurídica por ausência de supedâneo (...) embora a inconstitucionalidade tenha tratamentos jurídicos distintos, com conseqüências jurídicas diversas e formas de impugnação desiguais, quando se cuide de ser a sua autoria do poder público ou de particular, não parece possível deixar-se de considerar, nesta última situação, o gravame de inconstitucionalidade, pois a circunstância viciada, em face do direito, é a mesma.¹⁴¹

André Ramos TAVARES endossa esse senso dilatado de inconstitucionalidade:

Tem-se, aqui, um sentido de "inconstitucionalidade", plenamente admissível, por incluir não só a lei, mas todo ato normativo, e não apenas o ato normativo, mas igualmente todo comportamento (incluindo o dos particulares) despropositado com relação às prescrições constitucionais. Todas estas, pois, consideradas como situações da vida passíveis de caracterizá-la. Basta, assim, a *dissonância* para identificar a inconstitucionalidade. Eis o ponto central para auferir-se uma compreensão teórica que abarque o fenômeno em sua totalidade.¹⁴²

¹⁴¹ Constituição e Constitucionalidade, p. 99-100.

¹⁴² Tratado da Arguição de Preceito Fundamental, p. 169.

Necessário ainda, no corpo de nossas anotações genéricas, chamar o registro de Oswaldo Luiz PALU, aludindo à obra clássica de Lúcio BITTENCOURT¹⁴³, no sentido de que desde então se consolidaram no direito brasileiro, acerca do controle da constitucionalidade das leis, os seguintes postulados:

a) presumem-se constitucionais os atos do Congresso; b) na dúvida, decide-se pela constitucionalidade; c) deve o juiz abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade sempre que puder julgar a causa e restaurar o direito violado; d) sempre que possível, deve-se adotar exegese que torne a lei compatível com a Constituição; e) a tradicional aplicação dos princípios constantes de uma lei, sem que se ponha em dúvida sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento desta; f) não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se esta, no seu texto, não é contrária à Constituição, os tribunais não lhe podem negar eficácia; g) na apreciação da inconstitucionalidade da lei, o Judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso; h) se apenas algumas partes da lei forem incompatíveis com a Constituição, estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios; e i) a inconstitucionalidade é imprescritível, podendo ser declarada a qualquer tempo.¹⁴⁴

3. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*

Ensinou-nos Pontes de MIRANDA que "... a questão sobre inconstitucionalidade das leis é *quaestio iuris*. As *quaestiones iuris* ou são *quaestiones iuris praeiudiciales*, se prévias, em relação a outras questões, ou *quaestiones iuris principales*, se o sistema jurídico não veda a discussão e a resolução das questões de direito *in abstracto*, sem se exigir que se decida algo sobre ameaça de violação, ou sobre violação atual de direito."¹⁴⁵

Eis que surge, então, o controle de constitucionalidade pelo modo difuso, ou

¹⁴³ **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. Esta é a única referência que fazemos à edição originária do clássico. Todas as outras citações referem-se à segunda edição.

¹⁴⁴ **Controle...**, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969**. T. III, p. 617.

via de exceção, que faculta a "... qualquer interessado (...) suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo."¹⁴⁶ Não há aqui ataque direto à lei inquinada de vício. "Ataca-se, antes, o ato, o fato ou a conduta que se pretende praticar com base na lei."¹⁴⁷

No feito em que se leva ao conhecimento do Poder Judiciário, a questão de inconstitucionalidade "... é chamada de 'incidental' ou 'prejudicial', e pode chegar ao Supremo por meio do recurso ordinário (art. 102, II, a) ou do extraordinário (art. 102, III, a, b e c). A decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto a lei não tiver suspensa a sua executoriedade, o que compete ao Senado Federal (art. 52, X)."¹⁴⁸

É de Michel TEMER a síntese acerca das peculiaridades da via de exceção: "a) só é exercitável à vista de caso concreto, de litígio posto em juízo; b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre partes; c) não é declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas exigência imposta para a solução do caso concreto; d) a declaração, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, consequência."¹⁴⁹

Lúcio BITTENCOURT afirmou que nessa espécie de controle que versamos "... o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a defender-se contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão sub specie juris, considere inexistente a lei reputada inconstitucional."¹⁵⁰

Essa afirmação, contudo, no sentido de restringir o lesado à **defesa contra o ato**, é contestada por Celso Ribeiro BASTOS:

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização...*, op. cit., p. 92.

¹⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 417.

¹⁴⁹ *Elementos...*, op. cit., p. 43.

¹⁵⁰ *O Controle...*, op. cit., p. 97.

O que fundamentalmente diferencia a via de defesa, da via de ação não é, na verdade, o fato de na primeira manter-se, o interessado na declaração de inconstitucionalidade, na defesa ou numa posição passiva, aguardando que se lhe cobre judicialmente o pretendido, para, só então, defender-se invocando uma questão prejudicial de inconstitucionalidade.

Com efeito, isso seria esquecer que o interessado pode assumir uma posição ativa, atacando o ato inquinado do vício de suprema ilegalidade por meio dos recursos judiciais colocados à sua disposição, entre os quais o mandado de segurança e o *habeas corpus*, sem com isso desfigurar a via de defesa ou exceção.

O traço diferencial apartador de uma ou outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside, na verdade, no fato de, pela via de exceção, pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juízes e tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Entretanto, essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito.¹⁵¹

Na mesma vereda caminha Oswaldo Luiz PALU: "*A via de exceção é meio indireto ou oblíquo de levar a questão da constitucionalidade ao órgão competente para apreciá-la; aceita-se que mesmo sendo denominada exceção ou defesa, todos os partícipes de um processo judicial possam argüi-la, sejam partes ou intervenientes, facultativos ou obrigatórios, o Ministério Público e até mesmo conhecidos pelo juiz ex officio.*"¹⁵²

Portanto, a questão constitucional poderá ser suscitada "... pelo réu por ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), por aquele que na qualidade de terceiro integra a relação processual, ou ainda, pelo autor na inicial de uma ação de qualquer natureza (civil, trabalhista, eleitoral), proposta perante qualquer órgão jurisdicional, desde que competente para a causa (inclusive os Tribunais nos casos de competência originária)."¹⁵³

¹⁵¹ Curso..., *op. cit.*, p. 408.

¹⁵² Controle..., *op. cit.*, p. 61. Também: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 97

Efetivamente, "... na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros."¹⁵⁴ Desde logo é importante assinalar que os efeitos da decisão judicial proferida nessa espécie de controle são iguais aos das demais sentenças prolatadas em processos comuns, "... porque o que se visa é resolver uma relação jurídica, e a inconstitucionalidade só será levantada e analisada na medida e enquanto for necessária para a solução da *litis*."¹⁵⁵

Na opinião de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, o controle difuso apresenta algumas desvantagens, entre elas a dúvida, por muito tempo, sobre a constitucionalidade, dado que "... diversos juízes são chamados a apreciar a mesma questão constitucional e podem ter opinião divergente, o que acarretará decisões que se contradizem entre si. De qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto Tribunal ficará definida a questão de constitucionalidade."¹⁵⁶

De outro lado, oposto parece ser o juízo de Paulo BONAVIDES, para quem "o controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida."¹⁵⁷

E é desse último jurista o testemunho no sentido de que diversos publicistas já se manifestaram mais favoráveis ao controle por via de exceção, censurando a via de ação. "Reputam o primeiro por sua natureza um controle de essência mais jurídica do que política e por isso mesmo mais fácil de acomodar-se a um sistema de Estado de

¹⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 408.

¹⁵⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos...*, op. cit., p. 144.

¹⁵⁶ *Curso de Direito Constitucional*, p. 37.

¹⁵⁷ *Curso...*, op. cit., p. 294.

direito com base na teoria clássica de Montesquieu."¹⁵⁸

Opiniões à parte, o fato é que o Brasil contempla hoje um amplo modelo de controle concentrado da constitucionalidade. Passemos, então, à sua análise.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Foi a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu no Brasil "... verdadeiro instrumento provocador da fiscalização abstrata dos atos normativos."¹⁵⁹

Desde então, progressivamente, o Brasil vem assumindo "... as características de uma arquitetônica em que o controle concentrado-principal conquista dimensão de maior peso", embora não sejamos dotados de um Tribunal Constitucional.¹⁶⁰ Na Constituição de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade conta com amplo leque de legitimados, observando-se a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade. Por certo que "... pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente."¹⁶¹

¹⁵⁸ **Curso...**, *op. cit.*, p. 278. Eis a exaltação de Sacha Calmon Navarro COELHO, ao defender a inconstitucionalidade da contribuição dos inativos: "*Cesse o desânimo e cale a revolta, ainda há esperança. Os juízes têm competência para controlar as leis em face da Constituição e decretar a inconstitucionalidade da lei que instituiu a contribuição dos inativos, a qual só entrará em vigor, depois da promulgação, em noventa dias. Basta entrar com ações pertinentes. É aconselhável fugir das ações diretas de inconstitucionalidade, que são julgadas num tudo ou nada, sob clima atualmente desfavorável pelo STF. É que tão alto sodalício judicial, como sói acontecer noutros países democráticos, premido pelas circunstâncias, pode-se impressionar pelo argumento ad terrorem, isto é, o de que sem a tal contribuição o Brasil se acaba. Os juízes monocráticos são mais impregnados pelo direito e a justiça e menos sensíveis às 'razões do príncipe' (razões políticas). Com o tempo as coisas mudam. Nada melhor para a boa justiça que o passar dos dias... [sic]*" (Apud RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**, p. 296).

¹⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 139.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 140-141.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 78. Conclui o autor, na mesma página: "*A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade*

No mesmo sentido o diagnóstico de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO: "*Hoje tende a generalizar-se a chamada **ação direta**, na qual o objeto da lide é a inconstitucionalidade.*"¹⁶²

O controle concentrado tem por objetivo a garantia da ordem jurídica abstratamente considerada. Não há, aí, solução de controvérsias individuais. Não há, pois, interesse jurídico específico.¹⁶³ No controle de constitucionalidade por via de ação, supõe-se um "... processo intentado **diretamente** contra o ato *inconstitucional*."¹⁶⁴ Nesse processo inaugurado diretamente pela ação genérica de inconstitucionalidade inexistente lide, pois o que se busca precipuamente é "... a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade) (...), a defesa da Constituição."¹⁶⁵ A via de ação volta-se primordialmente para o bom funcionamento da mecânica constitucional, com vistas a derrisar de vez a lei ou ato viciados do sistema normativo.¹⁶⁶

O objeto da ação, portanto, é o próprio vício de inconstitucionalidade da lei (vício da lei em tese), sendo que a decisão judicial faz coisa julgada *erga omnes* e, uma vez declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se inaplicável.

A competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade no plano federal é do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, "a", da CF). É cabível em face de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Pode ser proposta: pelo Presidente da República; pela Mesa do Senado Federal; pela Mesa da Câmara dos Deputados; pela Mesa de Assembléia Legislativa; pelo Governador de Estado; pelo Procurador-Geral da República; pelo Conselho

incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas."

¹⁶² Curso..., *op. cit.*, p. 38.

¹⁶³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle...**, *op. cit.*, p. 169, 170.

¹⁶⁴ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle...**, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 142-143.

¹⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso...**, *op. cit.*, p. 409.

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; por partido político com representação no Congresso Nacional e, finalmente, por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103 da CF). O Texto Supremo "... não chegou ao ponto de fazer da ação direta de inconstitucionalidade uma *actio popularis*"¹⁶⁷, motivo para a lamentação de José Afonso da SILVA: "pena não ter incluído o cidadão entre os legitimados."¹⁶⁸

"A atribuição de legitimidade ao Presidente da República, às Mesas da Câmara e do Senado e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional contribuiu significativamente para o aperfeiçoamento do sistema político brasileiro." Outrossim, "... a legitimidade ativa dos partidos políticos vem contribuir para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito..."¹⁶⁹

"Todos os legitimados ativos (universais ou especiais), salvo o Procurador-Geral da República, por óbvias razões, devem se fazer representar por advogado. [sic]"¹⁷⁰

É importante atentar para o papel do Procurador-Geral da República nesse contexto da apreciação da via de ação, dada a exigência constitucional de sua oitiva prévia nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 103, §1º, da CF). A Lei Fundamental brasileira atribuiu ainda ao Advogado-Geral da União a tarefa de defender o ato ou texto

¹⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 160.

¹⁶⁸ Curso..., *op. cit.*, p. 51. A esse respeito ainda, veja-se o pronunciamento de Paulo BONAVIDES: "... sistemas mais democráticos de controle de constitucionalidade podem perfeitamente abrir o controle por via de ação a todos os cidadãos, reconhecendo-lhes portanto o acesso direto aos tribunais ou às instâncias competentes para promover a anulação das leis inconstitucionais." (Curso..., *op. cit.*, p. 278.).

¹⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 170-171. Veja-se ainda, acerca da legitimidade dos partidos políticos, a afirmação de Gilmar Ferreira MENDES: "A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei." (Jurisdição..., *op. cit.*, p. 80).

¹⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 173.

impugnado toda vez que o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (artigo 103, §3º, da CF).

A medida cautelar suspende a eficácia normativa técnico-sintática do ato impugnado, com efeito *ex nunc*, a partir de sua publicação no Diário Oficial (artigo 11 da Lei n. 9.868/99).

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade em face de Constituição já revogada. Por outro lado, nada impede essa fiscalização em caráter difuso, propiciando o cotejo da lei velha em face da Constituição revogada. "*Em matéria tributária, esse tipo de fiscalização pode guardar inquestionável interesse para o contribuinte ao, por exemplo, pretender eximir-se do pagamento de um imposto que, embora indevido, é cobrado.*"¹⁷¹

Quanto ao alcance do que se possa entender por *lei ou ato normativo* a Colenda Corte vem se manifestando no sentido de que "*... a fiscalização abstrata incide sobre normas, pouco importando se veiculadas pela lei ou por outro instrumento. Logo, os atos legislativos que produzem apenas efeitos concretos (constituindo **norma e execução de norma** ao mesmo tempo) não podem, à luz da jurisprudência da Alta Corte, ser objeto da fiscalização abstrata.*"¹⁷²

Entretanto, pondera Clèmerson Merlin CLÈVE que o Supremo Tribunal Federal não tem sido muito coerente em relação à matéria, daí sua defesa, apontando para **toda e qualquer norma sob forma de lei** como apta a desafiar o controle abstrato.¹⁷³

A resenha de Gilmar Ferreira MENDES é abrangente, considerando passíveis de exame: (1) as disposições da Constituição propriamente ditas veiculadas por emenda constitucional; (2) leis de todas as formas e conteúdos (observada a especificidade dos atos de efeito concreto), compreendendo as leis formais ou atos

¹⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷² *Ibidem*, p. 191. Gilmar Ferreira MENDES critica essa posição da Excelsa Corte (**Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 161-163).

¹⁷³ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 195.

normativos federais e as medidas provisórias; (3) decretos legislativos que aprovam Tratados Internacionais; (4) o decreto do Chefe do Executivo que promulga os Tratados e Convenções; (5) o decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a execução de ato do Executivo, em virtude de incompatibilidade com a lei regulamentada; (6) os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores, se configurado seu caráter autônomo, não meramente ancilar; (7) outros atos do Poder Executivo com força normativa, como os Pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República.¹⁷⁴

No âmbito estadual, temos: (1) disposições das Constituições estaduais que, embora tenham a mesma natureza das normas da Constituição Federal, devem ser compatíveis com princípios específicos e regras gerais constantes do texto fundamental; (2) leis estaduais de qualquer espécie ou natureza, independentemente de seu conteúdo; (3) leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União; (4) decreto editado com força de lei; (5) regimento interno dos tribunais estaduais, assim como os regimentos das Assembleias Legislativas; (6) atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual.¹⁷⁵

No Brasil, não existe "fiscalização jurisdicional abstrata preventiva", salvo a hipótese de proposta de emenda tendente a abolir as chamadas cláusulas intangíveis do artigo 60, §4º.¹⁷⁶

5. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Na sociedade técnica e de massas, cada vez mais os conflitos individuais

¹⁷⁴ **Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 159-160.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 160.

¹⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 185. Interessante estudo sobre o tema encontramos em: MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo.**

cedem espaço para os conflitos coletivos. *"Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz."*¹⁷⁷

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida em nosso direito positivo com a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. A competência reformadora do Texto Supremo acrescentou o §4º ao artigo 103, cuja redação é a seguinte: *"A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."*¹⁷⁸ A competência exclusiva para seu processamento e julgamento é do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, "a", CF).

Desde logo observa-se a redução do número de legitimados para sua propositura, em comparação com a ação direta de inconstitucionalidade. Ainda: dois dos legitimados para essa (a Mesa de Assembléia Legislativa e o Governador do Estado) não foram incluídos por razões óbvias: não cabe ação declaratória de constitucionalidade em face de lei ou ato normativo estadual.

Várias vozes levantaram-se contra a ação declaratória de constitucionalidade, invocando então a "inconstitucionalidade" da Emenda n. 3/93, nessa parte.

Geraldo ATALIBA, apenas para citar um exemplo da orbe tributária, ao criticar a citada emenda, chegou a aventar o risco de se transformar o Supremo

¹⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 272.

¹⁷⁸ Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, *"a ação direta de constitucionalidade, ao contrário do que muitos podem pensar, não exprime absoluta novidade no direito brasileiro. Com efeito, a ação de inconstitucionalidade é também uma ação de constitucionalidade. (...) O Supremo Tribunal Federal, na ação de inconstitucionalidade, tanto pode declarar a constitucionalidade como a inconstitucionalidade do ato impugnado."* (**A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 290). Atualmente essa orientação consta do artigo 24 da Lei n. 9.868/99: *"Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória."*

Tribunal Federal em "... comissão jurídica do Legislativo".¹⁷⁹

Mas o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pela constitucionalidade da medida em questão de ordem suscitada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF.¹⁸⁰

Ronaldo POLETTI registra as circunstâncias que conduziram à introdução da medida na Carta Política, lembrando que as adversidades da economia fizeram com que o governo manejasse medidas provisórias e projetos de lei de maneira a atender graves problemas do *deficit* público e da inflação. Para tanto, adotam-se medidas de caráter tributário e financeiro portadoras de séria resistência na sociedade, que passa a questioná-las perante os órgãos jurisdicionais. Os juízes, no controle difuso, não hesitam em conceder liminares invalidando os atos impugnados. "*Com isso, abalam e, não raro, invalidam o esforço da política econômica governamental.*" Diante desse quadro, o governo, num primeiro momento, tentou "ressuscitar" a advocatória, ensaio que encontrou enorme resistência política, e apelou-se então para a ação direta de constitucionalidade.¹⁸¹

Pondera Nagib SLAIBI FILHO que a ação declaratória de constitucionalidade constitui relevante instrumento de garantia de validade da Constituição, e "*... embora nascida com fundamento tributário (...) não tem destinação exclusiva para tal matéria, incidindo sobre qualquer norma federal genérica e abstrata.*"¹⁸²

Note-se que na ação declaratória de constitucionalidade não está presente aquele contra quem se pede algo; "*... o interessado apenas comparece perante o*

¹⁷⁹ ADC - Ou como agredir o Estado de Direito. **Folha de São Paulo**, 09 ago. 1993. Tendências e Debates, p. 3.

¹⁸⁰ Confira-se a decisão na íntegra em MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**, p. 259-304.

¹⁸¹ **Controle da Constitucionalidade das Leis**, p. 233-234. Na mesma linha de diagnósticos: SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**, p. 1-2; TORRES, Ricardo Lobo. A Declaração de Inconstitucionalidade e a Restituição de Tributos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 8, p. 109.

¹⁸² **Ação Declaratória...**, *op. cit.*, p. 11.

Supremo Tribunal Federal para pedir que este declare a constitucionalidade da lei. Os seus objetivos são manifestos: cuida de abreviar o tempo, que em muitos casos é suficientemente longo, até chegar a uma pronúncia do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade concreta de determinado ato." Não deixa de constituir um atalho posto à disposição dos interessados em ver declarada, definitivamente, a constitucionalidade de determinada norma.¹⁸³

Nesse tipo de controle concentrado, pressupõe-se a controvérsia acerca da constitucionalidade da lei, "*... o que é aferido diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada, e sua finalidade imediata consiste na rápida solução dessas pendências.*" De certa maneira, a ação declaratória de constitucionalidade corresponde a um meio de levar à Suprema Corte o conhecimento da questão constitucional controvertida em processos concretos, "*... daí a sua natureza mais de meio de impugnação do que de ação.*"¹⁸⁴

Com efeito, atesta Clèmerson Merlin CLÈVE:

O desencontro nas decisões judiciais, na vigência da Constituição anterior, já trazia inconvenientes. Com a Constituição de 1988 eles ficaram mais evidentes. Deveras, com a nova Lei Fundamental, não só a possibilidade da concessão de medidas liminares foi ampliada, em virtude do fortalecimento do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, como a Justiça Federal de segundo grau de jurisdição sofreu descentralização. Daí, sobre uma mesma matéria, ser possível a existência de posicionamentos distintos dos vários Tribunais Regionais Federais, alguns suspendendo liminares concedidas, outros confirmando referidas decisões de primeiro grau.¹⁸⁵

E porque o Supremo Tribunal Federal não responde a consultas torna-se imprescindível "*... a demonstração de divergência judicial (a doutrinária é insuficiente) ocorrente no território da fiscalização difusa da constitucionalidade.*"¹⁸⁶

Enaltecedora, assim, a posição de Hugo de Brito MACHADO: "*Não é*

¹⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, *op. cit.*, p. 419.

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, *op. cit.*, p. 57, 59.

¹⁸⁵ *A Fiscalização...*, *op. cit.*, p. 274.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 297, 299.

razoável admitir-se que o Judiciário esteja com seus canais inteiramente congestionados, com milhares de processos em tramitação no Brasil inteiro, quando o Supremo Tribunal Federal, com uma única decisão, poderia resolver definitivamente a questão, tornando desnecessários milhares de processos."¹⁸⁷

Há a presença de um certo sentido avocatório nessa ação, dado que a verificação da constitucionalidade nela operada estanca o caminho do método difuso que até então se desenvolvia em processos concretos. José Afonso da SILVA, embora aceite que a interrupção dos processos concretos não seja infringente de regras ou princípios constitucionais, obtempera:

...parece certo que essa ação, mais do que a ação genérica de inconstitucionalidade, põe um problema relevante relativamente à compreensão das normas e valores constitucionais em correlação com a realidade social, porque suscita somente um confronto abstrato de normas, um confronto formal, que não leva em conta a possível influência dos valores sociais no sentido das normas constitucionais, de modo que uma lei que formalmente aparece como em contraste com enunciados constitucionais pode não estar em conflito com um sentido axiológico das normas supremas, com prejuízo, eventualmente, de ajustes dialéticos do ordenamento ao viver social, vale dizer, em prejuízo de uma visão material da justiça.¹⁸⁸

Seja como for, a medida encontra-se apta a ser exercida por quem detenha legitimidade.

Com a introdução do novo método de controle concentrado, houve ainda o acréscimo, na Constituição, do §2º ao artigo 102, nos seguintes termos: "*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder*

¹⁸⁷ Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, n. 697, p. 36. Embora o cerne deste trabalho sejam os **efeitos** da declaração de inconstitucionalidade, ousamos opinar pela periculosidade de decisões proferidas às ligeiras, sem maiores debates integrados da comunidade jurídica. Não se nega que o controle abstrato confere vantagens ao abrandamento da morosidade do Judiciário, mas é necessário que as decisões sejam proferidas após o lapso de tempo necessário ao amadurecimento da interpretação normativa em face da Constituição.

¹⁸⁸ **Curso...**, *op. cit.*, p. 58.

Judiciário e ao Poder Executivo."

Há aí uma particularidade importante que merece destaque: a previsão, ao lado da eficácia contra todos, de efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Confira-se o comentário de Gilmar Ferreira MENDES a respeito:

Independentemente de se considerar a eficácia *erga omnes* como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais, é certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição.¹⁸⁹

No mesmo caminho, a preleção de Celso Ribeiro BASTOS:

A eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial. A diferença residiria apenas em que a EC n. 3, de 1993, ao dar nova redação ao §2º do art. 102 da Constituição, além de atribuir 'eficácia contra todos', aludiu também a 'efeito vinculante', relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Essa cláusula final, porém, no tocante à vinculação dos órgãos do Poder Judiciário, redundando em novas conseqüências de ordem processual; a inobservância da sentença na ação declaratória de constitucionalidade afronta a autoridade desse julgado e dá ensejo à reclamação, mas não altera a identidade essencial do alcance das sentenças nas duas ações. (...)

O nosso sistema judiciário, em regra, não envolve decisões com efeito vinculante, já que cada juiz ou tribunal é soberano para decidir segundo os seus próprios critérios. Mas, na ação declaratória de constitucionalidade, introduziu-se uma exceção a essa liberdade, criando-se uma vinculação decorrente de um laço obrigacional que passa a existir entre o órgão emissor da decisão, o Supremo Tribunal Federal, e os demais juízes, tribunais e, mesmo, os órgãos do Poder Executivo, que não podem deixar de cumprir o decidido nesse tipo de ação.¹⁹⁰

¹⁸⁹ **Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 293.

¹⁹⁰ **Curso...**, *op. cit.*, p. 424-425.

Em síntese, "... a eficácia vinculante tem o intuito de fazer com que os órgãos estatais passem a agir em conformidade com o sentido da decisão de inconstitucionalidade, abstendo-se de reiterar atos idênticos, formalmente outros, mas com o mesmo conteúdo."¹⁹¹

Acerca da vinculação dos efeitos da decisão ao Poder Executivo, esclarece Nagib SLAIBI FILHO: "... em se tratando de norma reputada válida em decisão cautelar ou definitiva, pronunciada em ação declaratória de constitucionalidade, não terá alternativa o administrador senão em lhe dar cumprimento, porque tal decisão, integrativa do sistema jurídico, tem a força de lei e efeito de cogência em face do princípio da legalidade da administração (art. 37)."¹⁹²

Ressalte-se que a coisa julgada e a eficácia *erga omnes*, na ação declaratória de constitucionalidade, devem ser interpretadas *cum grano salis*. "Sim, porque a declaração de constitucionalidade da lei não pode impedir, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Embora, por razões óbvias, a recíproca não seja verdadeira, hoje a lei pode ser constitucional, amanhã, não."¹⁹³

Roborando essa idéia, Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES adicionam:

A decisão do Supremo proferida em sede de ADC (julgada procedente) ou em ADIn (julgada improcedente) enfrenta um conjunto de questões constitucionais que foram deduzidas perante a Corte naquele momento. Decididas as questões, não cabe apresentar novos argumentos para reabri-las, o que não significa que novas questões, portanto, outros

¹⁹¹ GALLOTTI, Maria Isabel. A Constituição de 1988 e o Controle Jurisdicional de Tributos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 193, p. 43. Vide, adiante, Capítulo IV, Seção I, n. 3.

¹⁹² **Ação Declaratória...**, *op. cit.*, p. 171-172.

¹⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 306. No mesmo diapasão, relativamente à constitucionalidade de hoje, e eventual inconstitucionalidade de amanhã: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3. ed. p. 938; RÉGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação Rescisória...**, *op. cit.*, p. 143. Jorge MIRANDA, aliás, qualifica como irrelevantes as sentenças de rejeição de inconstitucionalidade (**Manual de Direito Constitucional. Tomo II - Constituição e Inconstitucionalidade**, p. 483). O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n. 1, também expressou a idéia, no voto do Min. Carlos Velloso (*in* MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle...**, *op. cit.*, p. 292-293).

conflitos com a Constituição, relativos ao mesmo dispositivo de lei anteriormente impugnado, não possam ser novamente levados à apreciação da Corte, desde que se verifique transgressão a outros comandos constitucionais não apreciados pelo Supremo.¹⁹⁴

Finalmente, a crítica sempre muito bem posta por Clèmerson Merlin

CLÈVE:

O "efeito vinculante" enriqueceu, indiscutivelmente, o modelo brasileiro de fiscalização da constitucionalidade. Porém, o Constituinte reformador poderia ter ido mais longe. Conferindo tratamento normativo diferenciado para as ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, ele acabou por proporcionar, incompreensivelmente, resultados distintos para as duas ações. Sim, porque atribuindo-se "efeito vinculante" apenas às decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade tem-se o seguinte: lei declarada constitucional ou inconstitucional por decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade produz apenas efeitos *erga omnes*. Se, entretanto, a decisão for decorrente de ação declaratória de constitucionalidade produzirá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Foi absolutamente irracional a Emenda Constitucional neste ponto. Toca ao Congresso Nacional, como já reclamado anteriormente, corrigir essa inexplicável diferença de tratamento quanto aos efeitos das decisões proferidas nas duas ações, estudando, ademais, a possibilidade de conferir efeito vinculante também aos *fundamentos (ou motivos) determinantes do Supremo* em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de ato normativo.¹⁹⁵

6. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, sobre ser recente, é ainda permeado por muitas dúvidas. No entanto, é possível bosquejar algumas linhas em torno de seu conteúdo mínimo.

A Constituição Federal, em seu artigo 102, §1º, cuja redação atual é fruto da

¹⁹⁴ **Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do Indébito**, p. 24.

¹⁹⁵ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 311. Embora não tenha conferido efeito vinculante aos "fundamentos determinantes do Supremo", o Congresso Nacional equiparou o tratamento quanto aos efeitos das decisões nas duas espécies de ação direta. Eis a redação do artigo do artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99: "*A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*" Sobre esse dispositivo, vide, adiante, Capítulo IV, Seção I, n. 3.

Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, inovou com a previsão desse interessante instrumento de fiscalização da constitucionalidade. "*Pode-se dizer que a medida judicial da argüição, de berço constitucional, veio lançar o direito pátrio na vanguarda absoluta, sobranceiro no resguardo à Constituição e, especialmente, de seus valores principais, dentro do cenário internacional, criando um sofisticado e preciso sistema de medidas para proteger-se o Documento Magno.*"¹⁹⁶

A exemplo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a argüição caracteriza-se como processo objetivo e destinado à preservação da própria ordem jurídica. O controle abstrato, neste caso, direciona-se a normas, atos jurídicos e certos comportamentos incompatíveis com os preceitos fundamentais. Os legitimados para sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99 e art. 103 da CF).¹⁹⁷

Até o advento da Lei n. 9.882/99, perquiriu-se da necessidade de edição de lei regulamentadora do dispositivo constitucional para que se viabilizasse a invocação do instituto, e o Supremo Tribunal Federal respondeu positivamente.¹⁹⁸

Aliás, "*determina o Texto Magno que a argüição de descumprimento de preceito fundamental será entendida 'na forma da lei'. Essa fórmula revela, evidentemente, que o Poder Constituinte não desejou descer aos detalhes desse instituto, sobretudo os de ordem procedimental.*"¹⁹⁹

¹⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 425.

¹⁹⁷ Maria GARCIA lamenta o veto ao inciso II do art. 2º da Lei n. 9.982/99, o qual incluía entre os legitimados "*...qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público*" (Argüição de Descumprimento: Direito do Cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 32, p. 99-106).

¹⁹⁸ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 145.860, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, unânime, DJ de 12 mar. 1993. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 18 jan. 2001; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 144.834, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 30 abr. 1993. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 18 jan. 2001; Agravo Regimental em Petição n. 1140, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, DJ de 31 mai. 1996. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 18 jan. 2001.

¹⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Tratado...**, op. cit., p. 92. Mais adiante, o autor adiciona: "*... embora a norma do art. 102, §1º, contenha (...) uma série de elementos dos quais o legislador não*

Verificando-se, então, a violação dos chamados preceitos fundamentais (valores constitucionais fundamentais), "... *pode-se solicitar a imediata apreciação do caso pelo Supremo Tribunal Federal, obtendo-se solução célere, com vantagens para a segurança jurídica, estabilidade e pacificação social (a chamada ordem com Justiça)*".²⁰⁰

Tem-se, com isso, um controle incidental e concentrado, "... *contrariando a afirmação de que o controle por via principal é sempre concentrado e o controle por via incidental é sempre difuso*".²⁰¹

Buscamos em André Ramos TAVARES a definição do instituto, nos seguintes termos: "*A argüição é ação judicial, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito constitucional que consagra valores basilares do Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal*".²⁰²

A Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cuida do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Seu artigo 1º determina o processamento perante o Supremo Tribunal Federal, e fixa o objeto: evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. O parágrafo único prevê ainda o cabimento da argüição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Frise-se a admissibilidade da medida somente para impugnar descumprimento de preceito fundamental **resultante de ato do Poder Público**.

Por seu turno, o parágrafo único do dispositivo referido tem conduzido a

pode afastar-se, a verdade é que a este resta ainda uma boa dose de liberdade para fins de disciplinar o instituto. [sic]" (p. 100).

²⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, *op. cit.*, p. 425-426.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. p. 246.

²⁰² **Tratado...**, *op. cit.*, p. 249.

entendimentos, como o de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, orientados a concluir pela possibilidade de o Supremo Tribunal Federal avocar a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos impugnados perante juízes e tribunais. *"Quer dizer, será sustado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão - e outras que tratem da mesma questão - até que essa Corte decida a questão."* A decisão proferida acerca da constitucionalidade ou não do ato impugnado prevalecerá para todas as demandas que a envolverem.²⁰³ Clèmerson CLÈVE também parece trilhar a mesma via, ao declarar que esse modo de exercício do controle de constitucionalidade é a *"... realização de uma fiscalização concreta de constitucionalidade por meio de ação direta."*²⁰⁴

Novidade importante é a de que *"... poderão ser objeto de comparação tanto as normas editadas sob a égide de uma Constituição já revogada quanto aquelas editadas a partir do Texto Constitucional em vigor. Neste passo, abandona-se, por força de lei, a orientação consolidada pela jurisprudência de que é inadmissível o controle abstrato de normas se se trata da legitimidade de ato em face da Constituição"*

²⁰³ Curso..., *op. cit.*, p. 40.

²⁰⁴ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 92. Encontra-se sob julgamento do Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade sobre a matéria, temporariamente suspenso. Veja-se a notícia veiculada em Informativo da Corte: "ADPF - CONTROLE CONCENTRADO - O Min. Néri da Silveira, Relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo ('Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do §3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processo em concreto ('A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada')." (STF - ADIn-MC 2.231-DF-TP-Rel. Min. Néri da Silveira - J. 05 dez. 2001 - Informativo n. 253 - 14 fev. 2002 - p. 1).

que lhe seja posterior. O parâmetro, aqui, será a Constituição atual."²⁰⁵

Mas o que seriam os chamados "preceitos fundamentais" cujo descumprimento ensejaria a propositura da novel medida?

No juízo de Paulo Napoleão Nogueira da SILVA, não parece adequado incluir nessa classe "... *todo o rol de direitos individuais contidos no art. 5º, e menos ainda o dos direitos sociais contidos no art. 7º; para garantia desses direitos, a Carta prevê remédios constitucionais e outras vias processuais específicas.*" Parece adequado, então, identificar como preceitos fundamentais "... *todos aqueles assim definidos pelo próprio constituinte, mas por inteiro no Título I, e não somente os que se incluem no art. 1º do atual texto constitucional...*"²⁰⁶

Conforme André Ramos TAVARES, constitucionalista estudioso do assunto, temos:

É por intermédio da noção de valores que se estará apto a identificar aquilo que a Constituição chama de 'preceitos fundamentais'. (...)

...Não se pode identificar o 'preceito' referido constitucionalmente com o mero 'princípio', nem tampouco com a mera 'regra'. Trata-se, na realidade, de qualquer norma - e é este o sentido de preceito - à qual, contudo, deliberou conveniente o constituinte combinar mais uma especificidade, para fins de cabimento da argüição de descumprimento: tratar-se de preceito 'fundamental'. (...)

...É preciso também afastar a possibilidade de que 'preceito fundamental' seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional. É que se assim fosse, então tornar-se-ia repetitiva a parte final do §1º do art. 102 quando se refere a 'preceito fundamental decorrente desta Constituição.' Ora, se 'fundamental' fosse sinônimo de 'constitucional', a Constituição simplesmente teria sido redundante. E não é franqueado ao intérprete, em sua atividade desenvolvida em nível jurídico, chegar a uma conclusão que anule parcelas de normas da Lei Maior. (...)

Em conclusão, tem-se que 'preceito' é qualquer norma, no sentido estrito já assinalado (contemplativo tanto de regras quanto de princípio que formam o corpo constitucional). Já o 'preceito fundamental' traduz-se, mais precisamente, na somatória entre, de uma parte,

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Tratado...**, *op. cit.*, p. 160-161.

²⁰⁶ **A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**, p. 116-117.

parcela dos próprios princípios constitucionais (já que nem todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, das regras cardeais de um sistema constitucional, constituídas, essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos. (...) O *fundamental*, portanto, apresenta a conotação daquilo que não há nem como se identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional.²⁰⁷

Assim, os princípios fundamentais encartados no Título I do Texto Supremo reclamam a argüição quando descumpridos.

Também as chamadas "cláusulas pétreas" estão contempladas na noção de "preceitos fundamentais".²⁰⁸

E ainda podem ser inseridos no espectro semântico investigado os princípios constitucionais ditos "sensíveis", ou seja, aqueles que autorizam a suspensão da autonomia federativa.²⁰⁹

A verdade é que "*... o correto dimensionamento de cada um dos preceitos fundamentais dar-se-á por obra do Tribunal Constitucional, identificando, em cada caso a ele submetido, a ocorrência ou não de violação a determinado preceito fundamental, com o que acabará, inexoravelmente, apontando e construindo, pouco a pouco, o conteúdo dos preceitos fundamentais.*"²¹⁰

7. AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA

Encontrando berço constitucional no artigo 36, III, cuida-se na ação direta interventiva "*... de procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei in thesi e aquela realizada in casu. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização*

²⁰⁷ *Tratado...*, *op. cit.*, p. 103, 120, 122, 124.

²⁰⁸ DIAS, Cibele Fernandes; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas Considerações em Torno da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. p. 4.

²⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 150-151.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 154.

concreta realizada por meio de ação direta."²¹¹

Não se trata de processo objetivo e seu objeto não é a declaração da inconstitucionalidade em tese da lei ou ato estadual. Não há, também, declaração incidental de inconstitucionalidade. Pretende-se com ela solucionar um conflito entre a União e o Estado-membro que pode culminar com a intervenção.

Consoante o mestre paranaense Clèmerson CLÈVE, "*... nesta ação objetiva-se não propriamente a proteção do direito constitucional objetivo (tal como na ação direta genérica) mas, antes, a solução de um conflito federativo envolvendo o Estado-membro e a União ou o Município e o Estado-membro.*"²¹²

"*A decisão final não nulifica a lei, como na fiscalização abstrata, nem autoriza o argüente a subtrair-se da esfera de incidência do ato normativo viciado (nulidade aplicada ao caso), como na fiscalização incidental. (...) A consequência da decisão não é a nulidade do ato inquinado, mas a decretação de intervenção federal no Estado.*"²¹³

Nessa vereda a apreciação de Gilmar Ferreira MENDES:

A despeito das peculiaridades processuais que envolvem essa modalidade de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, parece inequívoco que o Procurador-Geral da República não veicula, na representação interventiva, um interesse da coletividade, na preservação da ordem constitucional, mas o interesse substancial da União, como guardiã dos postulados federativos, na observância dos princípios constitucionais sensíveis. (...)

Não se tem, aqui, uma declaração de nulidade ou de ineficácia do ato estadual, mas uma declaração de que determinado ato, provimento, ou medida, promulgada pelos Poderes Públicos estaduais, afronta princípios fundamentais da Federação ou obsta à execução de lei federal. [*sic*]²¹⁴

Necessário registrar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "*... possível lesão de direito individual, por ato que se pode corrigir pelos meios*

²¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 125.

²¹² *Ibidem*, p. 92.

²¹³ *Ibidem*, p. 130.

²¹⁴ **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**, p. 224, 237.

processuais próprios, não dá lugar ao procedimento de inconstitucionalidade, para fins de intervenção federal."²¹⁵

Laborando no campo de nossas investigações, mister consignar que o restabelecimento das questões tributárias porventura atingidas dependerá de como será desenvolvida a intervenção.

8. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A função da chamada inconstitucionalidade por omissão é "... reprimir a omissão por parte dos poderes competentes que atentem contra a Constituição", e o objeto da ação é "... o vício omissivo".²¹⁶ "Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática."²¹⁷

Esse instrumento dirige-se aos comportamentos omissivos do legislador, sob a forma de garantia resolutória do problema de eficácia das normas constitucionais programáticas, precipuamente aquelas relativas aos direitos sociais. "O silêncio legislativo ulterior em muitos preceitos que demandam ação complementar ou regulamentadora do dispositivo constitucional tolheu ou invalidou alguns avanços básicos do Estado social brasileiro."²¹⁸

"Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado." A finalidade do controle por omissão "... é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. (...) Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente

²¹⁵ Apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 134-135.

²¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso...**, *op. cit.*, p. 418.

²¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso...**, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, *op. cit.*, p. 300-301.

programáticos não deixarão de ser invocáveis e exeqüíveis em razão da inércia do legislador."²¹⁹

A competência para julgamento, no plano federal, é do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da leitura conjugada dos artigos 102, I, "a" e 103, §2º, da Constituição. Os legitimados para sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 da CF).

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (artigo 103, §2º, da CF).

A omissão está relacionada com as normas "*... não auto-executáveis, aquelas que não podem ser de pronto aplicadas por serem incompletas, no sentido de lhes faltar a especificação do como, do quando suas prescrições são obrigatórias. São, em regra, normas 'programáticas' que exprimem 'promessas' do constituinte, as quais cabe ao Legislativo regular.*"²²⁰

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "*... a chamada omissão legislativa envolve não só os casos em que o legislador permaneceu absolutamente inerte (omissão total), como também os casos em que cumpriu, de maneira insatisfatória ou imperfeita, a tarefa que lhe foi confiada pelo constituinte. Constituem, portanto, hipóteses de omissão legislativa aqueles casos nos quais se identifica a presença de uma norma imperfeita.*"²²¹ Assentou ainda que, por omissão a ser cumprida, há de se entender aquela de caráter normativo, e não referente à prática de ato em caso concreto.²²²

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO entende que a inconstitucionalidade por omissão somente se verifica quando a Constituição determina que se faça algo

²¹⁹ TEMER, Michel. **Elementos...**, *op. cit.*, p. 51.

²²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso...**, *op. cit.*, p. 325.

²²¹ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 257.

²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 343.

num certo prazo e isso não ocorrer. Cita como exemplo o artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinava o prazo de seis meses, a partir da promulgação da nova Carta, para a apresentação dos projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefícios. Tais leis só vieram ao mundo jurídico em 1991 (Leis n. 8.212/91 e 8.213/91).²²³

A Constituição foi tímida nas conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão.²²⁴ A comunicação ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, visto que não há a obrigatoriedade de legislar. Tal como estabelecido, restou intocado o princípio da discricionariedade do legislador. Entretanto, "*... isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.*"²²⁵

Não obstante, a declaração de inconstitucionalidade por omissão "*... configurará tão-somente uma constatação da omissão, mesmo porque a independência dos poderes ficaria comprometida se o Poder Judiciário pudesse ou suprir a omissão do Poder Legislativo ou obrigá-lo a editar leis. [sic]*"²²⁶

Assim, se as providências a adotar forem legislativas, "*... a cientificação será ao Poder Legislativo e, nessa hipótese, não há fixação de prazo para adoção das medidas necessárias. Tratando-se, porém, de medida que deveria ter sido tomada por órgão administrativo (seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário), a ordem judicial fixará o prazo de 30 dias para que se a tome.*"²²⁷

No campo tributário, é possível enquadrar como omissão legislativa a

²²³ Curso..., *op. cit.*, p. 325.

²²⁴ Ubirajara CUSTÓDIO FILHO qualifica de "inócuas" tais conseqüências (O Controle de Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 17, p. 237).

²²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso...**, *op. cit.*, p. 48-49.

²²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso...**, *op. cit.*, p. 326.

²²⁷ TEMER, Michel. **Elementos...**, *op. cit.*, p. 52.

providência reclamada pelo artigo 150, §5º, da CF.²²⁸

Além da inconstitucionalidade por omissão, de conteúdo abstrato, a Constituição Federal concebeu o chamado "mandado de injunção". Dispõe o artigo 5º, LXXI: "*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*"

O mandado de injunção é auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é, analogicamente, o procedimento do mandado de segurança, no que couber.²²⁹

A principal diferença entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão "*... residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.*"²³⁰

O mandado de injunção traduz mecanismo processual subsidiário. "*Se a pretensão não puder ser satisfeita por outro meio processual, então, sim, caberá a injunção. Não se incluem no campo de proteção do writ os direitos, liberdades e*

²²⁸ Registra-se, no entanto, a existência do projeto de Lei Complementar n. 646/1999 (apelidado de "Código de Defesa do Contribuinte"), de iniciativa do Senador Jorge Bornhausen e autoria de vários tributaristas consagrados, em tramitação no Congresso Nacional, que prevê, entre outras disposições: "*Art. 20. A Administração Fazendária informará, semestralmente, a carga tributária incidente sobre mercadorias e serviços, inclusive bancários (art. 150, §5º, da Constituição Federal). §1º. Será especialmente informada a carga tributária incidente sobre as mercadorias que compõem a cesta básica. §2º. A não-edição de pautas que contenham os valores e informações a que alude este artigo configura infração funcional do responsável.*"

²²⁹ Mandado de Injunção n. 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, maioria, DJ de 02 ago. 1991. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 03 mar. 2001.

²³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, p. 325-326.

prerrogativas auto-aplicáveis."²³¹

Segundo Michel TEMER, a consequência do mandado de injunção deveria apontar para a declaração do direito pleiteado, "... feita diretamente pelo Judiciário, apesar da ausência da norma regulamentadora."²³²

Contudo, não é a trilha percorrida pelo Supremo Tribunal Federal:

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.²³³

Diante de tais conclusões, há quem afirme o alcance bastante reduzido da novidade introduzida pela Constituição em vigor, como Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO.²³⁴

Não é outro o vaticínio de Paulo BONAVIDES: "*Em virtude do volume e extensão da matéria programática inserida na Constituição, a garantia formulada para conferir juridicidade e normatividade fática às regras constitucionais respectivas, se acaso malograr, será indubitavelmente em futuro não longínquo um fator desestabilizante da própria ordem constitucional e do Estado social que ela buscou estabelecer e resguardar.*"²³⁵

²³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 367.

²³² **Elementos...**, *op. cit.*, p. 207. Também: SILVA, José Afonso da. **Curso...**, *op. cit.*, p. 56; VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 192, p. 23.

²³³ Mandado de Injunção n. 168, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 20 abr. 1990. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 03 mar. 2001.

²³⁴ **Curso...**, *op. cit.*, p. 326.

²³⁵ **Curso...**, *op. cit.*, p. 301.

9. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE EM NÍVEL ESTADUAL

A Constituição Federal reservou aos Estados a tarefa de instituir a representação abstrata de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo 125, §2º).

Embora as leis estaduais possam ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, "a"), as leis municipais ficaram fora desse controle em nível federal, podendo entretanto encontrar contestações pela via de ação perante os Tribunais de Justiça dos Estados.²³⁶

A Constituição do Estado do Paraná cuidou da matéria no artigo 101, VII, "f": "*Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, através de seus órgãos: (...) VII - processar e julgar, originariamente: (...) f) as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição e a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional.*"

Mais adiante, no artigo 111, tratou de dizer quem poderá propor a ação direta de inconstitucionalidade, olvidando-se de declinar a legitimidade para a ação declaratória de constitucionalidade:

São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição: I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa; II - o Procurador-Geral de Justiça e o Procurador Geral do Estado; III - o Prefeito e a Mesa da Câmara do respectivo Município, quando se tratar de lei ou ato normativo local ou estadual que afete a autonomia local; IV - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; V - os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa; VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual; VII - o Deputado Estadual.

Michel TEMER, pautado no princípio federativo, apresenta-nos a seguinte

²³⁶ Sobre a inconstitucionalidade da lei municipal, consulte-se: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **A Inconstitucionalidade da Lei Municipal**. Curitiba: Juruá, 1991. Há uma segunda edição intitulada: **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. São Paulo: RT, 1994.

advertência relativamente ao controle difuso das leis municipais e estaduais: "... se a matéria questionada diz respeito a confronto entre lei municipal e a Constituição Estadual ou entre lei estadual e a Constituição Estadual, pode e deve o Tribunal de Justiça, após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembléia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confirmam essa competência à Assembléia)."²³⁷

A Constituição do Estado do Paraná não arredou dessa baliza. No artigo 54, XXV, estabeleceu: "*Compete, privativamente, à Assembléia Legislativa: (...) suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão irrecorrível do Tribunal competente.*"

Observa-se ainda que o Estado do Paraná orientou-se também pelas guias de Nagib SLAIBI FILHO, o qual admite a possibilidade dos Estados-membros instituírem em suas Constituições a ação declaratória de constitucionalidade de leis e atos normativos em face da Constituição estadual.²³⁸

²³⁷ **Elementos...**, *op. cit.*, p. 44.

²³⁸ **Ação Declaratória...**, *op. cit.*, p. 95.

CAPÍTULO III

DERIVAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

De acordo com KELSEN, a significação jurídica de um ato não pode ser apreendida por meio dos sentidos, a exemplo do que ocorre quando assimilamos as qualidades naturais de um objeto (a cor, a dureza, o peso *etc.*). Um sujeito que, atuando racionalmente, pratica um ato, "*... liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este **sentido subjetivo**, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim.* [grifo nosso]"²³⁹

A disposição por escrito quanto ao destino do patrimônio após a morte é um ato subjetivamente qualificado como testamento. Contudo, objetivamente, quer dizer, segundo o Direito, poderá não se enquadrar como tal, em razão, digamos, de deficiência de forma.²⁴⁰

O sentido subjetivo do ato não basta para a análise de sua significação jurídica, mas é, como diz KELSEN, o sentido em que o ato de alguma maneira é expresso e entendido pelos outros.

Eis o modo pelo qual as leis são expressas e entendidas pelos seus destinatários: como normas jurídicas que obedeceram aos ditames estabelecidos para sua criação.

Veja-se o arremate de KELSEN:

Um ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre sua significação jurídica. Nisto reside uma particularidade do material

²³⁹ **Teoria Pura do Direito**, p. 3.

²⁴⁰ *Idem.*

oferecido ao conhecimento jurídico. Uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente. Ela não faz qualquer tentativa para cientificamente explicar a si própria. Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa. Os indivíduos reunidos num parlamento podem expressamente declarar que votam uma lei. Uma pessoa pode expressamente designar como testamento a sua disposição de última vontade. Duas pessoas podem declarar que concluem um negócio jurídico. Assim, o conhecimento que se ocupa do Direito encontra já, no próprio material, uma auto-explicação jurídica que toma a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete.²⁴¹

Nesse contexto encaixa-se o chamado **princípio da presunção de constitucionalidade das leis**. Tal princípio, na lição de Luís Roberto BARROSO:

...desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema. O descumprimento ou a não-aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco. [sic]²⁴²

Resta assim afastada a hipótese de descumprimento voluntário, sem respaldo judicial, de um comando normativo reputado inconstitucional.²⁴³ E por que a Constituição não estende a todos a faculdade de examinar a adequação da norma à Constituição, possibilitando seu descumprimento em caso de conclusão pela negativa? Simplesmente porque *"tal sistema é inviável, nunca tendo sido adotado em parte alguma, por equivaler, na prática, à supressão quase que total da eficácia própria da lei. (...) Tal situação não permitiria ao direito cumprir sua eminente função de garantidor da ordem, da paz, da tranqüilidade, que se expressa na presunção de*

²⁴¹ Teoria..., *op. cit.*, p. 3.

²⁴² **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 174-175. Também, na mesma linha: NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**, p. 146-147.

²⁴³ Acrescentamos o respaldo administrativo como apto para conferir guarida a quem pretenda questionar a constitucionalidade da lei, visto que admitimos a possibilidade de os tribunais administrativos apreciarem matéria constitucional.

legitimidade de todo ato público em geral."²⁴⁴

KELSEN deixou registrado, nesse sentido, que "*se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.*"²⁴⁵

Logo, a presunção de validade constitucional que milita em favor de atos normativos do Poder Público "*... só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição.*"²⁴⁶ "*Ao cidadão somente resta o cumprimento das leis, si et in quantum o órgão previsto pela Constituição não decida o contrário...*"²⁴⁷

A propósito, Lúcio BITTENCOURT sedimentou a seguinte preleção:

A lei é sempre tida como válida não porque a sua constitucionalidade tenha sido objeto de exame pelas comissões técnicas do Parlamento, nem porque se deva presumir que este procure sempre agir com pleno respeito à órbita constitucional de seus poderes. Não. Ela, desde que se apresente formalmente perfeita, há de ser considerada boa, firme e válida, como qualquer outro ato do poder público, ou qualquer ato jurídico, na órbita privada, até que a sua ineficácia ou nulidade seja reconhecida ou declarada pelos tribunais. Se um ato qualquer apresenta as exigências formais extrínsecas necessárias à sua validade, é claro que, mesmo eivado de vícios que o tornem anulável, ele subsiste até a declaração contrária feita pelo Judiciário. Embora esta possa produzir efeito *ex nunc*, o fato é que, sem ela, o ato subsistirá, podendo mesmo convaler pela prescrição.

A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei - não se presume lei - é para todos os efeitos. Submete ao seu império tôdas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela *fôrça formal* que a torna *irrefragável*, segundo a expressão de OTTO MAYER.

Aliás, em relação à lei, ocorre ainda situação diversa da que se manifesta no tocante aos atos jurídicos públicos ou privados, e que reforça a idéia de sua eficácia enquanto não declarada por via jurisdicional. É que, em relação a ela, existe o princípio da

²⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 400.

²⁴⁵ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 300-301.

²⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 53.

²⁴⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos**, p. 161.

obrigatoriedade, que constitui, dentro de qualquer doutrina de direito público, a garantia e a segurança da ordem jurídica.

Sendo a lei *obrigatória*, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fôsse furta-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, *não se presume válida*: ela é válida, eficaz e obrigatória. [*sic*]²⁴⁸

Não destoa desse horizonte Celso Ribeiro BASTOS, ao consignar:

O direito empresta sua força coativa a tudo aquilo que provém, como pretensão de lei, do órgão específico criado para sua produção pela própria Constituição. A natureza imperativa do direito, sua vocação à regulação eficaz dos comportamentos humanos, seu fundamento na necessidade de harmonizar os conflitos de interesses, de fazer prevalecer a ordem e a segurança, e evitar o caos, fazem com que ele acolha como regra jurídica válida toda aquela que reúna características mínimas, tais como a pretensão de ser uma lei e ter provindo do órgão competente. Estes atributos da norma são suficientes para que se insira no ordenamento. Ela é por enquanto constitucional.²⁴⁹

No mesmo diapasão, o diagnóstico de Regina Maria Macedo Nery FERRARI:

Pelo princípio da presunção de legitimidade das leis, toda norma jurídica presume-se constitucional enquanto não se prove a existência de um vício de inconstitucionalidade, de forma explícita e manifesta; tal princípio é necessário para a manutenção da ordem jurídica, pois seria um verdadeiro caos social se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, elas estivessem em conflito com as normas constitucionais.

Assim, levando em consideração que o direito deve regular os conflitos de interesse, fazendo prevalecer a ordem e a segurança, devemos presumir que toda norma jurídica é constitucional, isto é, válida, até que seja comprovada, pelos órgãos competentes, a existência de vício, de inconstitucionalidade.²⁵⁰

Acrescente-se que, num sistema jurídico tal como o brasileiro, onde se fazem

²⁴⁸ **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, p. 95-96.

²⁴⁹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 400.

²⁵⁰ **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 60-61.

presentes certos controles de constitucionalidade prévios à edição da norma – no próprio trâmite do processo legislativo –, presume-se que ela, quando publicada, tenha sido preliminarmente analisada e aprovada sob o crivo da constitucionalidade.

Essa análise, entretanto, por diversos motivos, pode apresentar falhas, e a inconstitucionalidade somente vir à tona com os mecanismos previstos para acionamento posteriormente à edição da norma. Eis o direito prevendo a forma de correção dos equívocos cometidos em seu nome.

No Brasil, aponta-se como controle preventivo ou *a priori* da constitucionalidade a competência outorgada ao Presidente da República no sentido de vetar projetos de lei por ele reputados como inconstitucionais (artigo 66, §1º, da CF). O Congresso Nacional apreciará o veto e poderá mantê-lo ou rejeitá-lo (artigo 66, §4º, da CF) de modo a aperfeiçoar-se, então, esse chamado controle preventivo, resolvido, em última análise pelo Poder Legislativo após provocação do Poder Executivo.²⁵¹

Também as Comissões de Constituição e Justiça realizam controle preventivo.²⁵² Vem a calhar, por oportuno, o testemunho de Lúcio BITTENCOURT: "*... quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.*"²⁵³

Observe-se a redação do artigo 32, III, "a", do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: "*São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: (...) III - Comissão de Constituição e Justiça e de Redação: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou*

²⁵¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos...*, *op. cit.*, p. 61-62. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 38. POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 117; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 92, p. 45.

²⁵² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle...*, *op. cit.*, p. 62; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 74.

²⁵³ *O Controle...*, *op. cit.*, p. 91.

de suas Comissões; ...".

Do mesmo modo a previsão dos artigos 72, III e 101, I, do Regimento Interno do Senado Federal:

Art. 72. As comissões permanentes, além da Comissão Diretora, são as seguintes: (...)

III - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ; (...)

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, compete:

I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário.

As Comissões, que encontram previsão constitucional no artigo 58, "... destinam-se, basicamente, a emitir pareceres sobre projetos de lei. Uma delas se incumbem do exame prévio da constitucionalidade."²⁵⁴

Há quem inclua o artigo 19, II, da Constituição, também como dispositivo que aponta no sentido de certificar a presunção relativa de validade dos atos estatais.²⁵⁵ Eis sua redação: "*É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) recusar fé aos documentos públicos.*"

Num último giro sobre a questão, atente-se para o fato de que a Lei Fundamental brasileira atribuiu ao Advogado-Geral da União a tarefa de defender o ato ou texto impugnado, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (artigo 103, §3º, da CF). A presunção de constitucionalidade permanece até no âmbito do processo abstrato de impugnação da norma.

Luís Roberto BARROSO qualifica tal previsão como um "*reforço*" dado

²⁵⁴ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, p. 42.

²⁵⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**, p. 116.

pelo ordenamento à presunção de constitucionalidade, acrescentando que também o artigo 97 reverencia tal princípio, ao exigir maioria absoluta dos votos dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade.²⁵⁶

Não obstante todo esse arsenal de argumentos a favor da presunção de que tratamos, pensamos que assiste razão à Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES quando demonstram que "*a decisão do Supremo Tribunal Federal que pronuncia a invalidade constitucional de uma norma em processo **inter partes** tem o efeito de **elidir a presunção de constitucionalidade** que acompanha a norma desde o momento de sua integração à ordem jurídica.*"²⁵⁷

De fato, a decisão proferida no âmbito do controle difuso aponta uma tendência do Supremo Tribunal Federal que, se confirmada pelas decisões que se lhe seguirem, tem o condão de afastar a invocação do princípio, ou no mínimo atacá-lo em lance de *xequê*.

Discute-se ainda, no ambiente aqui examinado, acerca da possibilidade ou não do Poder Executivo descumprir lei que entenda inconstitucional.²⁵⁸

Themistocles Brandão CAVALCANTI admite a hipótese por parte de

²⁵⁶ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 181-182. Registre-se interessante estudo específico dirigido a demonstrar alguns casos em que restaria afastada a presunção de constitucionalidade da lei: MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita**. Segundo o autor: "*i) distinções legislativas que operem em detrimento às minorias devem ser submetidas a severo exame judicial, exigindo-se a demonstração de que se justificam à luz do interesse público; ii) da mesma forma, leis que outorguem tratamento jurídico mais favorável a categorias de grande influência junto ao órgão legislativo, devem ser vistas como suspeitas, submetendo-se ao mesmo regime; iii) as parcelas mais carentes, dada sua hipossuficiência e, ainda, a enorme concentração de riqueza no país, têm reduzida participação no processo político-democrático. Como são elas que mais dependem da implementação dos direitos sociais, então qualquer restrição legislativa a estes deve ser colocada sob suspeita e submetida a rigoroso controle judicial; iv) no Brasil, encontram-se presentes as mesmas razões que justificam, nos Estados Unidos, exame judicial rigoroso de leis restritivas da liberdade de expressão e do acesso à informação. Atuando energicamente nessa seara, o Judiciário contribuirá para a ampliação do debate político e para minorar as deficiências estruturais da democracia. [sic]" (p. 91-92).*

²⁵⁷ **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁸ A questão é também controvertida na Espanha, conforme estudo de Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (La Inaplicacion Administrativa de Reglamentos Ilegales y Leyes Inconstitucionales. **Revista de Administración Pública**. n. 155, p. 59-106).

autoridades superiores daquele Poder, que interpretariam a lei e afastariam sua aplicabilidade.²⁵⁹ O mesmo caminho parece ter sido trilhado por Pontes de MIRANDA.²⁶⁰

Ronaldo POLETTI, a respeito, consignou:

Em princípio compete ao Poder Judiciário a atribuição de declarar inconstitucional uma lei. A Jurisprudência tem admitido, porém, que o Poder Executivo, também interessado no cumprimento da Constituição, goza da faculdade de não executá-la, submetendo-se aos riscos daí decorrentes, inclusive o do *impeachment*. Quem for prejudicado pode socorrer-se dos remédios judiciais ao seu alcance. Recusando cumprimento à lei havida como inconstitucional, o chefe do Poder Executivo se coloca na posição do particular que se recusa, a seu risco, a obedecer à lei, aguardando as ações e medidas de quem tiver interesse no cumprimento dela. Não somente pode o Executivo recusar cumprimento à disposição emanada do Legislativo, mas evidentemente inconstitucional, como é de seu dever zelar para que não tenha eficácia na órbita administrativa.²⁶¹

Com efeito, na vigência da Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal dirigiu-se nesse sentido. Confira-se excerto do voto do Relator, Ministro Moreira Alves, proferido na Rp. n. 980-SP:

Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir - assumindo os riscos daí decorrentes - lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?²⁶²

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido após a promulgação da Constituição de 1988, ratificou este entendimento: "*Lei inconstitucional - Poder Executivo - Negativa de eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato*

²⁵⁹ **Do Contrôlo da Constitucionalidade** [sic], p. 176-180.

²⁶⁰ **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969.** T. III, p. 624.

²⁶¹ **Controle...**, *op. cit.*, p. 135.

²⁶² Representação n. 980, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, maioria, DJ de 21 nov. 1979.

normativo que lhe pareça inconstitucional."²⁶³

E a Excelsa Corte, no julgamento da Medida Cautelar na ADIn 221-DF, não obstante consistir em outro o objeto ali versado, reiterou o entendimento já exarado antes da nova Carta: "*Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.*"²⁶⁴

O questionamento referido no julgado assim se desenvolve: diante da legitimidade atribuída pela Constituição de 1988 ao Presidente da República e ao Governador do Estado (bem assim ao Prefeito quando a Constituição Estadual prevê controle abstrato perante o Tribunal de Justiça), na propositura de ação direta de inconstitucionalidade, em caso de dúvida, caberia a essas autoridades representar contra a lei, e não recusar-lhe aplicação.²⁶⁵

Seja como for, essa hipótese apenas abranda a dúvida, pois "*...no espaço de tempo anterior ao julgamento pelo Supremo, a indagação persiste...*".²⁶⁶

²⁶³ Recurso Especial n. 23.121, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, DJ de 08 nov. 1993. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

²⁶⁴ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, unânime. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

²⁶⁵ Elival da Silva RAMOS propõe novas reflexões sobre a questão a partir desse mesmo raciocínio (**A Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção**, p. 240). De acordo com Oswaldo Luiz PALU, "*... sendo a lei editada - presumivelmente - constitucional, aos agentes políticos máximos dos Poderes Executivo e Legislativo somente é dado o descumprimento da lei, em avaliação primeira do vício da inconstitucionalidade, se - incontinênti - buscarem a necessária e insubstituível tutela jurisdicional (ADIn)*" (**Controle de Constitucionalidade. Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2. ed. p. 159).

²⁶⁶ POLETTI, Ronaldo. **Controle...**, *op. cit.*, p. 130.

2. O POSTULADO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

A advertência de Pontes de MIRANDA é extremamente salutar para o início deste tópico: "*Não há ato humano nulo, ou anulável; há atos jurídicos **stricto sensu** nulos ou anuláveis.*"²⁶⁷

Os fatos, porque foram fatos, não deixam de sê-lo. Não podemos atingi-los (desconstituí-los) porque *são* (existem) fora do mundo jurídico, onde impera a irreversibilidade do tempo. Seria falso, outrossim, declará-los não ocorridos, "*... e não seria digno do homem construir sistema jurídico com proposições mentirosas, ou permiti-las.*"²⁶⁸

Consoante Oswaldo Luiz PALU, tida a inconstitucionalidade como premissa, uma das conseqüências é a qualificação do ato inconstitucional, que poderá ser, segundo o modelo adotado no ordenamento de cada país:

- a) *inexistente*: quando não produzir efeito algum desde a origem, independentemente de declaração por qualquer órgão, e todos puderem se opor a ele e a sua execução;
- b) *nulo*: o ato não produz efeitos desde a origem, mas é indispensável a declaração de inconstitucionalidade por órgão público previamente determinado constitucionalmente para tal fim. Observe-se que a nulidade é sanção e portanto somente após a declaração da inconstitucionalidade pelo órgão competente é que será imposta a sanção;
- c) *anulável*: o ato somente deixa de produzir efeitos quando declarado inconstitucional; e
- d) *irregular*: a produção de efeitos do ato declarado inconstitucional não é prejudicada. [*sic*]²⁶⁹

No Brasil, de há muito adota-se o postulado da nulidade da lei inconstitucional. Alfredo BUZAID, a propósito, consignou: "*sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda*

²⁶⁷ **Tratado de Direito Privado**. V. 4. p. 41.

²⁶⁸ *Idem*.

²⁶⁹ **Controle...**, *op. cit.*, p. 75.

lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ab initio. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade."²⁷⁰

Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, entre nós, a nulidade do ato normativo viciado assume a configuração de "... verdadeiro princípio constitucional implícito."²⁷¹ E no testemunho de Gilmar Ferreira MENDES, "... embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular essa conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional."²⁷² Assume, hoje, foros de uma "... verdade quase axiomática."²⁷³

O raciocínio remonta à decisão proferida pelo famoso Juiz MARSHALL no histórico julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, nos Estados Unidos da América:

A Constituição é a lei suprema e a lei que a contraria é nula. Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. Não deve, por isso, ser perdida de vista na ulterior consideração deste assunto. Se uma lei do Congresso, contrária à Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais, e devem estes dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante, como se lei fosse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido na teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir.²⁷⁴

Essa veemente consagração da nulidade não impediu, todavia, o surgimento

²⁷⁰ **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 128. Ruy BARBOSA consignou: "*Toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo.*" (**Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, p. 47).

²⁷¹ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 246.

²⁷² **Jurisdição Constitucional**, p. 263.

²⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**, p. 278.

²⁷⁴ *Apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, p. 37.

de obtemperações que vêm sendo sugeridas como propostas de reexame da questão.

KELSEN, por exemplo, rumou para a tese da anulabilidade. Tido como o arauto do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, as lições do Mestre da Escola de Viena influenciaram sobremodo o continente europeu, principalmente a Áustria, que incorporou sua concepção na Constituição de 1920, aperfeiçoada pela reforma de 1929.²⁷⁵

Para ele, "... dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade...", pois "... uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável." Essa anulabilidade, porém, **prevista pela ordem jurídica**, pode variar segundo diferentes graus. Em geral, uma regra jurídica é anulada somente com efeitos prospectivos, de modo que permanecem intangíveis os efeitos já produzidos. Por outro lado, poderá ser anulada com efeito retroativo, apagando-se, então, os efeitos jurídicos deixados para trás.²⁷⁶

Seja como for, atente-se para a necessidade de **previsão jurídica dos efeitos** sob os quais a norma será anulada.

Nenhuma lei seria, assim, nula desde o início. "*Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como 'declaração de nulidade', quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como 'nula desde o início' (ex tunc). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo.*" O sentido do ato que anula a validade da norma é idêntico ao sentido de um ato que cria uma norma: ambos os atos têm o sentido de norma. Logo, na medida em que está em jogo a validade de uma norma jurídica, a decisão tem um caráter constitutivo. A norma objurgada não é nula desde o início; é a decisão que poderá anulá-la com eficácia retroativa.²⁷⁷

²⁷⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**, p. 13.

²⁷⁶ **Teoria...**, *op. cit.*, p. 306.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 307.

Quando o sistema do direito positivo prevê como nulas *a priori* as normas que contrariem formal ou materialmente a Constituição, deve também determinar "... quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade." Ora, se a verificação de tais pressupostos tem caráter constitutivo; se a nulidade da norma analisada é efeito de tal verificação; se a nulidade não pode ser juridicamente afirmada anteriormente à realização de tal verificação; "... esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. (...) Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade."²⁷⁸

O posicionamento de KELSEN encontrou modesta acolhida no Brasil, dado que o controle de constitucionalidade, aqui, obteve impulso e desenvolvimento, historicamente, sob os influxos da *judicial review* norte-americana.²⁷⁹ Divisamos ecos em Pontes de MIRANDA.²⁸⁰ Também em Regina Maria Macedo Nery FERRARI, cujo raciocínio nos permitimos transcrever:

Sabe-se (...) que a nulidade para obter forma normativa deve ser reconhecida por um órgão competente, segundo o ordenamento jurídico, e que até então tal norma é considerada válida e, portanto, obrigatória. (...)

Reconhecemos, então, que a nulidade só terá lugar após o pronunciamento do órgão competente, segundo o ordenamento jurídico, para decidir sobre a concordância ou não da norma inferior e a Constituição, e que só esta decisão terá força normativa.

²⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 308. Digna de nota a crítica registrada por Gilmar Ferreira MENDES acerca desse posicionamento de KELSEN, pondo em dúvida sua adesão à tese da anulabilidade, pois o mestre vienense teria a ela aderido apenas com o objetivo de encontrar um "projeto de solução" para um problema concreto: a previsão contida no artigo 140, §3º, da Constituição Austríaca, que falava em efeitos *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade (*Controle...*, *op. cit.*, p. 19-21).

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia...*, *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁰ *Comentários...*, *op. cit.*, p. 615-619. Ensinava PONTES que a decisão judicial pela inconstitucionalidade é constitutivo negativa e não declaratória. Ao que acrescenta José Souto Maior BORGES: "*Demonstração sumária desse efeito do ato jurisdicional? É necessária a maioria absoluta dos seus membros para que os tribunais proclamem a inconstitucionalidade das leis (CF, art. 97). Tanto aparato para dizer que o nada, o inexistente, é... coisa nenhuma?*" [Limites Constitucionais e Infraconstitucionais da Coisa Julgada Tributária (Contribuição Social sobre o Lucro). *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. n. 27, p. 178-179].

Isto posto, analisando a opinião daqueles que dizem ser a norma inconstitucional nula de pleno direito, e, porque nula desde o início, incapaz de produzir efeitos, consideramos que estão com razão aqueles que, como Santamaria Pastor, afirmam que a 'nulidade de pleno direito contraria a realidade jurídica', já que a nulidade nunca se produz de modo automático, dependendo sempre, em última análise, de um pronunciamento do titular desta competência, conforme dispõe o ordenamento jurídico. (...)

Depreendemos, pois, que a norma inconstitucional é simplesmente anulável e que esta condição é uma sanção imposta por um órgão competente para tal, pela não concordância da mesma com as disposições normativas superiores, ou seja, com a norma fundamental de tal sistema jurídico. Porém, este reconhecimento pode ter força retroativa, visto que a norma inválida, como a válida, produziu efeitos até a constatação de sua irregularidade.²⁸¹

No Supremo Tribunal Federal, o arauto das temperanças foi o Ministro LEITÃO DE ABREU, que em voto memorável proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.343, concluiu:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos seus destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, estabelecerem-se relações entre o particular e o Poder Público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.²⁸²

Seus argumentos, entretanto, não chegaram a sensibilizar o Supremo

²⁸¹ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 122-124.

²⁸² Recurso Extraordinário n. 79.343, 2ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, unânime, DJ de 02 set. 1977. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Tribunal Federal, segundo apurou Daniel SARMENTO, o qual manteve sua orientação tradicional no sentido da nulidade absoluta das leis inconstitucionais.²⁸³ Também assim atestou Gilmar Ferreira MENDES, ao averbar que "... *essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade ipso iure, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional.*"²⁸⁴

Em obra mais recente, registra ainda MENDES:

Na Assembléia Constituinte de 1986-88, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação.

Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, §4º, da Constituição portuguesa, foi rejeitado.

Preservou-se, assim, orientação que considera nulo *ipso iure* e *ex tunc* a lei inconstitucional.²⁸⁵

Não obstante a escolha do rumo, majoritariamente, tomar o caminho da nulidade, o curioso é que a fundamentação dogmática dessa chamada nulidade de pleno direito ou *ipso iure* jamais se afigurou precisa entre nós.²⁸⁶

À evidência, os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Quem testifica é Lúcio

²⁸³ A Eficácia..., *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁴ **Jurisdição**..., *op. cit.*, p. 263.

²⁸⁵ **Controle Concentrado**..., *op. cit.*, p. 316-317. Assim dispõe o art. 282, §4º, da Constituição portuguesa: "*Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, 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.*"

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição**..., *op. cit.*, p. 258, 257.

BITTENCOURT:

...as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a "sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça", não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos - infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo - limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica - *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subseqüentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.²⁸⁷

Apropositada a nota de Daniel SARMENTO ao comentar a decisão do caso

Marbury vs. Madison:

Do ponto de vista lógico, as conclusões de Marshall parecem inobjektáveis. Se a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma fosse dotada apenas de efeitos desconstitutivos, gozando de eficácia *ex nunc*, isto importaria o reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional, produzidos até o advento da decisão. Tal sistemática se afiguraria contrária ao postulado da supremacia da Lei Maior, pois permitiria que, durante certo período, uma norma infraconstitucional se sobrepusesse à Constituição, desacatando impunemente os seus mandamentos.

Porém, na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil equacionamento. Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro "caos" jurídico ou de injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional.²⁸⁸

²⁸⁷ O Controle..., *op. cit.*, p. 140-141.

²⁸⁸ A Eficácia..., *op. cit.*, p. 11.

Vem a calhar, por conseguinte, a advertência quanto ao emprego sem reservas, no âmbito do direito público, da teoria das nulidades elaborada no plano do direito civil. *"Nem sempre a nulidade do direito civil pode ter o mesmo efeito quanto à sua equivalente no direito público, pois as maiores divergências entre ambas são aquelas referentes aos efeitos das mesmas. [sic]"*²⁸⁹

Sejam os princípios do direito civil entendidos como princípios gerais do direito ou não, *"... só podem ser aplicados ao campo do direito público muito limitadamente, através de uma adaptação inteligente, que permite a realização e o respeito dos interesses que este visa a proteger."*²⁹⁰

José Afonso da SILVA acrescenta que *"... a doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro..."; "... o constitucionalismo brasileiro estruturou técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana."*²⁹¹

Tais foram as razões que conduziram, paulatinamente, o segmento das temperanças a granjear adeptos. Houve, aliás, nos últimos tempos, uma profunda revisão das próprias premissas do postulado.²⁹²

Assim é que José Luiz de Anhaia MELLO reconhece como regra geral a nulidade pura e simples da lei inconstitucional, bem como de seus efeitos, mas admite entretanto que essa regra *"... pode comportar exceções que devem constar das*

²⁸⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 117. Também: ARAGÃO, E. D. Moniz de. Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Administrativo**, n. 64, p. 361; XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Conseqüências da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 21, p. 35; ANDRADE, André Martins de. A Perigosa Extensão ao Direito Tributário da Teoria Geral das Nulidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 5, p. 9-12; VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, p. 186.

²⁹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 119.

²⁹¹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 53.

²⁹² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 21, p. 16.

sentenças". Mais adiante, acrescenta que "... *tal abertura não compromete o princípio e propicia, em certos e determinados casos, a aplicação humana da justiça*". Refere-se principalmente aos casos administrativos respeitantes ao funcionalismo federal, estadual e municipal.²⁹³

Themistocles Brandão CAVALCANTI, após apresentar as teses de nulidade da lei inconstitucional, pondera:

...a declaração de inconstitucionalidade, em nenhum momento, tem efeitos tão radicais. Nem os funcionários nomeados com aplicação de leis inconstitucionais, nem as conseqüências sobre os contratos já concluídos, principalmente os de natureza patrimonial, partem do pressuposto da inexistência da lei. (...)

A realidade é que a declaração de inconstitucionalidade não importa por si só na ineficácia da lei, mas na sua não aplicação ao caso concreto, salvo quando houver manifestação do Senado, o que importará na suspensão da execução da própria lei. [*sic*]²⁹⁴

Celso Ribeiro BASTOS, após reconhecer que "... *toda norma infringente da Constituição é nula, irrita, inválida, inexistente*", obtempera, contudo, que "... *o direito não pode ser considerado unicamente como técnica pura, desvinculado das injunções a que tem de submeter-se no contato da realidade social que pretende regular. Se pudéssemos compreender o direito somente como técnica abstrata, não há dúvida de que o problema da constitucionalidade das leis estaria resolvido pela adoção do princípio acima concluído.*"²⁹⁵

Ronaldo POLETTI, embora também adepto da teoria da nulidade, acrescenta:

As eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta a resolver

²⁹³ **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**, p. 112.

²⁹⁴ **Do Contrôlo...**, *op. cit.*, p. 169-170. O autor referia-se, como resulta claro, à declaração *incidenter tantum*.

²⁹⁵ **Curso...**, *op. cit.*, p. 399.

todos os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações, como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social *etc.* Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente isto acontece, pelos tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição da justiça.²⁹⁶

Também Sacha Calmon Navarro COELHO²⁹⁷, Carlos Roberto de Siqueira CASTRO²⁹⁸ e Paulo Roberto Lyrio PIMENTA²⁹⁹ abraçaram a defesa do afrouxamento da doutrina da nulidade *ipso jure* com eficácia retroativa.

No próprio país do nascedouro do postulado, tem-se observado essa flexibilização.³⁰⁰

Igualmente, nossa Corte Suprema vem admitido alguns temperamentos. Aponta Clèmerson CLÈVE que "... fazendo uso da teoria da aparência (funcionário de fato), o Supremo não invalida os atos praticados pelo funcionário investido, por força de lei inconstitucional, em cargo público. Inexistindo prejuízo, protege-se a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros."³⁰¹

Registra-se ainda como exemplo o RE n. 122.202, onde ficou assentado: "*acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que*

²⁹⁶ **Controle...**, *op. cit.*, p. 128-129.

²⁹⁷ **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**, p. 216.

²⁹⁸ **Da Declaração...**, *op. cit.*, p. 32-39.

²⁹⁹ **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**, p. 93.

³⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, p. 122-124. Também atestam tal afrouxamento do sistema norte-americano: XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **Conseqüências...**, *op. cit.*, p. 46-47; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **Da Declaração...**, *op. cit.*, p. 17; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, p. 318-319.

³⁰¹ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 251. Vide Recurso Extraordinário n. 78.594, 2ª Turma, Rel. Min. Bilac Pinto, unânime, DJ de 30 out. 1974. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 19 jun. 1999.

a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade."³⁰²

Parece salutar, assim, que "... a atenuação deve existir, uma vez que a finalidade do Direito é propiciar segurança e certeza nas relações em sociedade, e não desestabilizá-las. Mas essa atenuação deve ser dosada com a cautela devida..."³⁰³

Gilmar Ferreira MENDES encaminha-se por essa vereda:

...exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade *ex tunc*. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que se depreende do RE 78.594 (Rel. Min. Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, "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 válido".³⁰⁴

Ao cabo, então, de tais considerações, **damos um passo à frente das atenuações** para aderir à conclusão de Regina Maria Macedo Nery FERRARI, modelada nos seguintes termos: "*Reconhecer (...) que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar ex tunc, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade.*"³⁰⁵

Com efeito, segundo atesta Elival da Silva RAMOS, "*avaliados os resultados concretos dos vários sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade, parece-nos que, por meio da sanção de anulabilidade, tem-se conseguido melhor*

³⁰² Recurso Extraordinário n. 122.202, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, unânime, DJ de 08 abr. 1994. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

³⁰³ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A Evolução...**, *op. cit.*, p. 106. Além de segurança e certeza, pensamos que o Direito também deve propiciar justiça nas relações em sociedade.

³⁰⁴ **Controle...**, *op. cit.*, p. 279-280.

³⁰⁵ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 126.

equilibrar o princípio da supremacia constitucional com as exigências de segurança nas relações jurídicas."³⁰⁶

Em verdade, juridicamente só se considera um ato como inválido após a manifestação, nesse sentido, do órgão estatal competente. Até esse momento, toda investigação é mera opinião, o que não impede, evidentemente, a Ciência do Direito de realizar a investigação acerca da validade ou invalidade de um ato. Mas o fato é que, conferindo o sistema a um órgão a competência para tanto, vale dizer, a competência para dizer da sua legalidade ou constitucionalidade, somente a esta decisão reconhece-se força normativa.³⁰⁷

A tendência hodierna, por sinal, de acordo com o que apurou Carlos Roberto de Siqueira CASTRO, "... aponta no sentido da atribuição de operatividade prospectiva, ou *ex nunc*, às decisões das Cortes dotadas de jurisdição constitucional que proclamam a invalidade das leis."³⁰⁸

Assim, eventuais aplicações da norma inconstitucional no período de vigência anterior à declaração de inconstitucionalidade ficarão por conta da apreciação concreta do Poder Judiciário.³⁰⁹ E a declaração abstrata de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* restaura a almejada coerência da ordem jurídica. Em síntese: a **validade** da norma é suprimida *ex tunc*; a **vigência** e a **eficácia normativa técnico-sintática** são suprimidas *ex nunc*. A retirada do vigor no período entre a publicação da lei e sua declaração de inconstitucionalidade dependerá da análise concreta pelo Poder Judiciário (mas neste período a vigência da norma restará incólume).

Permitimo-nos então sugerir um abandono da adjetivação de nula ou anulável para a norma declarada inconstitucional, adotando-se o simples epíteto de

³⁰⁶ **A Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 131.

³⁰⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 115-116.

³⁰⁸ Da Declaração..., *op. cit.*, p. 32.

³⁰⁹ Nesse sentido: MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 06, p. 225.

inconstitucional (com efeitos *ex nunc*).³¹⁰ O efeito prospectivo que defendemos, é necessário deixar claro, está restrito ao **plano abstrato** de análise, quer em ações diretas, quer mediante resolução do Senado. No controle concreto não há como negar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, pois ela atinge a situação atacada desde a origem.

Nessa perspectiva, corrobora Paulo BONAVIDES que alguns juristas alemães principiam a falar de "... *um novo tipo ou figura oriunda das fórmulas decisórias, (...) a variante declaratória da 'incompatibilidade' da lei com a Constituição, distinta da tradicional e severa declaração de 'nulidade' ou 'invalidade'*".³¹¹

No Brasil, com o advento das Leis n. 9.868/99 e 9.982/99, foram disciplinados os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade. Aquela no artigo 27 e esta no artigo 11, previram: "*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.*"

Tem-se assim, de modo geral, o ato inconstitucional como nulo, e os seus efeitos retroagindo *ex tunc*; porém, "... *em certos casos pode o Supremo Tribunal Federal estipular que esse reconhecimento de nulidade não produzirá efeitos senão a partir de determinada data, ou para o futuro.*"³¹²

³¹⁰ Regina Maria Macedo Nery FERRARI já disse que a norma conflitante com a Constituição não seria nula ou anulável, sem no entanto sugerir o abandono de tais expressões (**Efeitos...**, *op. cit.*, p. 211).

³¹¹ **Curso de Direito Constitucional**, p. 307. Registra ainda o renomado constitucionalista a lição do Professor Klaus STERN, da Universidade de Colônia, no sentido de que a tese tradicional da nulidade *ipso iure* tem sido alvo de redobrados ataques doutrinários e jurisprudenciais, tendo deixado de prevalecer em alguns acórdãos da Corte de Karlsruhe, "... *onde se observam manifestas tendências para um desvio de rumo...*" nessa temática. "*Chega aquele Tribunal a admitir que os efeitos da invalidade podem padecer limitações no interesse da segurança jurídica.*" (p. 307).

³¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso...**, *op. cit.*, p. 35.

Oportunamente analisaremos em detalhes o citado dispositivo legal. Por ora, prossigamos com nossas "derivações", objeto deste Capítulo.

3. A SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL

Declarada a inconstitucionalidade de lei por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Senado Federal suspender sua execução, no todo ou em parte (artigo 52, X, da CF).³¹³

Desde 1934, o mecanismo da suspensão é destinado a outorgar generalidade à decisão da Excelsa Corte.³¹⁴

Assinalou, a propósito, Paulo BROSSARD:

O acórdão do Supremo Tribunal Federal, embora unânime e definitivo, não revoga a lei, ainda que virtualmente a esterilize; valerá apenas como precedente a quantos estiverem em situação idêntica à do litigante que no Supremo Tribunal Federal viu reconhecido o seu direito em face de norma inconstitucional, mas terão que ingressar em juízo reclamando igual prestação jurisdicional. Pode ocorrer que sejam milhares as pessoas que se encontrem em igual situação - os contribuintes do imposto de renda, por exemplo; todos eles, porém, para livrarem-se da hipotética exigência ilegal teriam de ajuizar as suas ações, milhares de ações, atulhando os pretórios; dir-se-á que o Fisco, em face das decisões reiteradas do mais alto Tribunal da Nação, deixaria de insistir na cobrança indevida; a experiência revela, contudo, que isto não ocorre, até porque, a reflexão é de Rui Barbosa, "decididamente o Fisco brasileiro não se digna de raciocinar como nós outros simples mortais" [*sic*].³¹⁵

Adaptando a redação constitucional ao contexto aqui versado, temos que a intervenção do Senado suspende a *eficácia normativa técnico-sintática* da norma.

³¹³ Teori Albino ZAVASCKI denomina a suspensão de "*eficácia reflexa e anexa*", decorrente da decisão do STF (**Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 31).

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle...**, *op. cit.*, p. 207. "*A competência conferida ao Senado, desde 1934, não é suficiente (...) para caracterizar o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade como misto (judicial e político). O caráter misto do sistema brasileiro (...) decorre de uma coexistência de uma via difusa de fiscalização ao lado de outra concentrada.*" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 116).

³¹⁵ O Senado e as Leis Inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, n. 49, p. 61.

A suspensão não revoga a norma.³¹⁶ Afeta, entretanto, sua vigência, segundo o conceito por nós encampado.³¹⁷

Aponta Clèmerson Merlin CLÈVE que o Supremo Tribunal Federal, desde 1977, adota o seguinte posicionamento: "(i) proferida a declaração de inconstitucionalidade em ação direta, comunicar-se-á a autoridade responsável, dispensada a comunicação ao Senado, mas, (ii) se proferido o acórdão em via de exceção, far-se-á comunicação às autoridades interessadas logo após a decisão e ao Senado após passada em julgado a decisão." Esse tratamento, qualificado por CLÈVE como "*absolutamente acertado*", encontra-se previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigo 178).³¹⁸

Na ação direta de inconstitucionalidade, "*... a decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível erga omnes, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva; por isso é desnecessária a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da Lei Fundamental da República.*"³¹⁹

A Constituição não é explícita quanto à necessidade ou não de aplicação, à declaração em tese, da suspensão prevista no artigo 52, X. Pode-se concluir, entretanto, pela redação do dispositivo citado - lei declarada inconstitucional por decisão *definitiva* do Supremo Tribunal Federal - que a palavra "definitiva" aponta para a conclusão decorrente de uma série de decisões, características de processos concretos, daí se inferir que a suspensão refere-se mesmo apenas às declarações *incidenter tantum*.³²⁰

³¹⁶ Nesse sentido, entre outros: POLETTI, Ronaldo. **Controle...**, *op. cit.*, p. 150; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 69; RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 123.

³¹⁷ Cf. Capítulo I, Seção II, n. 5.

³¹⁸ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 117.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 240. Na mesma linha: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso...**, *op. cit.*, p. 42; PALU, Oswaldo Luiz. **Controle...**, *op. cit.*, p. 129.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso...**, *op. cit.*, p. 54.

Embora não haja prazo para a deliberação, uma vez expedida a resolução suspensiva, não é permitido ao Senado Federal revê-la, segundo manifestações já proferidas pelo guardião da Lei Fundamental.³²¹

Também após a edição da resolução, parece indiscutível que não seria dado ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de variar sua jurisprudência, reconhecendo a constitucionalidade da lei cuja executoriedade (eficácia normativa técnico-sintática) já se encontrava suspensa.³²²

É questão polêmica a de saber se o Senado Federal está obrigado a expedir o ato suspensivo.

Alfredo BUZAID, a respeito, anotou: "*Ao Senado cabe o dever de suspender a lei ou decreto. Não se trata de operação ou ofício puramente mecânico que reduz o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade.*" Em se verificando, porém, todos os requisitos legais, "*... não pode o Senado recusar a suspensão, ainda sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional.*"³²³

Na mesma trilha defrontamo-nos com Lúcio BITTENCOURT: "*O ato do Senado (...) não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*" O objetivo é tornar pública decisão da Corte Suprema, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.³²⁴

Celso Ribeiro BASTOS também advoga a tese de que, verificados os requisitos **formais** para tanto, "*... o Senado não pode se furtar à suspensão da lei*

³²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização...*, *op. cit.*, p. 120; VELOSO, Zeno. *Controle...*, *op. cit.*, p. 60.

³²² BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta...*, *op. cit.*, p. 90. Nesse diapasão, já reconhecemos, linhas atrás, com Clèmerson Merlin CLÈVE, que é possível a declaração de "constitucionalidade" transmutar-se posteriormente em declaração de "inconstitucionalidade", em razão da alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa. A recíproca, entretanto, não é verdadeira.

³²³ *Da Ação Direta...*, *op. cit.*, p. 89.

³²⁴ *O Controle...*, *op. cit.*, p. 145. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...*, *op. cit.*, p. 42; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos...*, *op. cit.*, p. 71.

declarada inconstitucional..." [sic].³²⁵ Ainda aqui encontramos Lênio Luiz STRECK³²⁶ e Zeno VELOSO³²⁷.

Aludindo, de outra banda, ao "poder discricionário" que detém o Senado para suspender ou não a execução da norma, Oswaldo Luiz PALU parece apontar outro caminho: o da facultatividade na expedição da resolução suspensiva. "*...A flutuação jurisprudencial é um dos substratos que permitem ao Senado Federal fazer uma apreciação crítica sobre o julgado do STF, suspendendo-o ou não. (...) O Senado Federal tem poderes para suspender, ou não, o ato declarado inconstitucional.*"³²⁸

Clèmerson Merlin CLÈVE igualmente indica o rumo da não-obrigatoriedade em editar a resolução suspensiva;³²⁹ desfrutando a companhia ainda de Paulo Napoleão Nogueira da SILVA³³⁰; Ronaldo POLETTI³³¹; Aliomar BALEEIRO³³²; Michel TEMER³³³; Themistocles Brandão CAVALCANTI³³⁴; Elival da Silva RAMOS³³⁵,

³²⁵ Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**. n. 22, p. 78.

³²⁶ **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**, p. 379.

³²⁷ **Controle...**, *op. cit.*, p. 58.

³²⁸ **Controle...**, *op. cit.*, p. 125, 131-132. No RE 250.764-1-PE, por exemplo, o Senado não expediu a resolução. A matéria ali versada era relativa ao Finsocial. Segundo testifica Clèmerson Merlin CLÈVE, o Senado argumentou que a suspensão *erga omnes* do ato normativo respectivo traria profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e conjugação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional. Invocou também o *quorum* do julgamento, seis votos contra cinco, divisando não ser pacífica a matéria (**A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 276). A censura de Oswaldo Luiz PALU quanto às razões do Senado é procedente: "*O último argumento pode ser tido por razoável. Entretanto, os primeiros (profunda repercussão na economia e grave crise do Tesouro Nacional) são contraditórios, posto que, por eles (presentes em toda a História da República): ou o cidadão continuará a ser onerado por tributo inconstitucional (é o contribuinte de fato), ou deverá recorrer ao Judiciário, com gastos inerentes e mais alguns milhares de processos a contribuir para a morosidade judiciária*" (**Controle...**, *op. cit.*, São Paulo: RT, 1999. p. 167).

³²⁹ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 121.

³³⁰ **A Evolução...**, *op. cit.*, p. 109.

³³¹ **Controle...**, *op. cit.*, p. 153.

³³² **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**, p. 97.

³³³ **Elementos...**, *op. cit.*, p. 48.

³³⁴ **Do Contrôlo...**, *op. cit.*, p. 164.

³³⁵ **A Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 125.

Paulo Roberto Lyrio PIMENTA³³⁶, entre outros.

E o Supremo Tribunal Federal acabou reconhecendo que o Senado não estava mesmo obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional.³³⁷

Nossa posição é pela obrigatoriedade da expedição da resolução senatorial. Tendo o guardião da Constituição exarado seu veredicto, os detentores da *res publica* têm direito aos benefícios advindos de uma extensão geral de efeitos (para nós *ex nunc*).

De qualquer sorte, o Senado, ao expedir a resolução, deverá observar os limites impostos pela decisão do Supremo, não podendo alterá-la, restringi-la ou ampliá-la.³³⁸

Outro debate não menos acalorado gira em torno dos efeitos da suspensão: se *ex tunc* (desde o início da vigência da lei declarada inconstitucional) ou *ex nunc* (apenas após a data da manifestação do Senado).

Pelo caminho dos efeitos *ex nunc* enveredaram Themistocles Brandão CAVALCANTI³³⁹; Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO³⁴⁰; Nagib SLAIBI FILHO³⁴¹; Anna Candida da Cunha FERRAZ³⁴²; Regina Maria Macedo Nery FERRARI³⁴³; Oswaldo Luiz PALU³⁴⁴; Elival da Silva RAMOS³⁴⁵; Lênio Luiz STRECK³⁴⁶ e outros.

³³⁶ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 97.

³³⁷ Mandado de Segurança n. 16.519, Pleno, Rel. Min. Luiz Gallotti, maioria, DJ de 09 nov. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001; Mandado de Segurança n. 16.512, Pleno, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, maioria, DJ de 31 ago. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 91, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, DJ de 23 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

³³⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 151-152.

³³⁹ **Do Contrôlo...**, *op. cit.*, p. 164.

³⁴⁰ **A Teoria das Constituições Rígidas**, p. 211.

³⁴¹ **Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais**, p. 107.

³⁴² Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. n. 34, p. 36.

³⁴³ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 152-153.

³⁴⁴ **Controle...**, *op. cit.*, p. 159.

³⁴⁵ **A Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 124 e 126.

³⁴⁶ **Jurisdição Constitucional...**, *op. cit.*, p. 376-377.

Com efeito, quer nos parecer que de fato a manifestação do Senado "... *não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, ex nunc. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.*"³⁴⁷

Remarcamos que a suspensão não se equipara à revogação da lei (a Constituição não menciona essa consequência), onde o efeito é sem dúvida *ex nunc*. Ora, se a equiparação não é possível, porque a suspensão constitui um *minus* em relação à revogação, não poderá granjear efeitos mais amplos. Ademais, a Constituição diz que cabe ao Senado suspender a **execução** (para nós eficácia normativa técnico-sintática) da norma declarada inconstitucional, e somente se nos afigura possível suspender a execução de algo a partir do momento em que exteriorizado, subjetivado o ato suspensivo.³⁴⁸

Na direção dos efeitos *ex tunc* encontramos, *verbi gratia*, Gilmar Ferreira MENDES³⁴⁹, Clèmerson Merlin CLÈVE³⁵⁰, Paulo Roberto Lyrio PIMENTA³⁵¹ e Zeno VELOSO³⁵².

Os argumentos gravitam em torno da nulidade da lei inconstitucional e na diferenciação entre revogação e suspensão.

Há também, nesse rumo, parecer do Senado Federal, relatado pelo então Senador ACCIOLY FILHO, nos seguintes termos: "... *quando de suspensão se trate, o efeito é ex tunc, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida, e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.*"³⁵³

³⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso...**, *op. cit.*, p. 54.

³⁴⁸ Para Regina Maria Macedo Nery FERRARI, o ato do Senado, embora não se confunda com a revogação, opera como ela (**Efeitos...**, *op. cit.*, p. 153).

³⁴⁹ **Controle...**, *op. cit.*, p. 213.

³⁵⁰ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 122-123.

³⁵¹ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 96-99.

³⁵² **Controle...**, *op. cit.*, p. 60.

³⁵³ Brasil. Congresso. Senado Federal. Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Decreto. Suspensão de Execução do Ato Inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da

O Supremo Tribunal Federal adota essa última corrente.³⁵⁴

Com a devida vênia, em acréscimo ao que acima manifestamos na defesa do efeito *ex nunc*, parece-nos que atribuir efeito *ex tunc* à resolução do Senado importa admitir a suspensão da execução (eficácia normativa técnico-sintática) da norma quando essa execução já se encontrava, em alguns casos (ou na imensa maioria dos casos), consumada. Ou seja, no aspecto temporal, trata-se, nesses casos, de algo impossível.

Não estamos com isso encampando a interpretação meramente literal do texto magno. Estamos também buscando a segurança jurídica, pois deixamos o passado a cargo do Poder Judiciário, que resolverá, de maneira casuística, cada situação atingida pela norma inconstitucional de acordo com os princípios constitucionais pertinentes.

Finalmente, quanto à permanência desse instituto na Constituição de 1988, censura Clèmerson Merlin CLÈVE:

Num momento (1934) em que se temia o "governo dos juízes", em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procuravam harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a república substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos determinados e rigorosos pressupostos, à decisão do órgão

Competência. Efeitos. Parecer 154, de 1971. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 48, p. 267. Consulte-se ainda, sobre o tema, a ingente pesquisa de Ana Valderez A. N. de ALENCAR intitulada A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 57, p. 223-328.

³⁵⁴ Recurso em Mandado de Segurança n. 17.976, 3ª Turma, Rel. Min. Amaral Santos, unânime, DJ de 24 set. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001; Mandado de Segurança n. 16.512, Pleno, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, maioria, DJ de 31 ago. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*.³⁵⁵

4. RESTAURAÇÃO DA VIGÊNCIA DA NORMA ANTERIOR À DECLARADA INCONSTITUCIONAL

É de se reconhecer, com Lúcio BITTENCOURT, que o problema da restauração da vigência da norma revogada pela norma declarada inconstitucional é "assaz complexo".³⁵⁶

Observe-se sua lição a respeito:

Em nosso regime, se a lei deve ser considerada como ineficaz para todos os efeitos, é claro que também há de ser inoperante quanto à revogação dos textos legais cujo lugar, se fôsse válida, teria passado a preencher. O assunto, porém, há de ser convenientemente examinado em cada caso concreto, podendo-se, excepcionalmente, chegar a solução diversa. Quando se *revoga* uma lei, é pacífico que a anterior não retorna à vigência, mas no caso da declaração de inconstitucionalidade não há propriamente *revogação*, mas simples recusa do Judiciário em reconhecê-la e aplicá-la como lei, o que torna incabível, na espécie, aquele princípio de hermenêutica. [*sic*]³⁵⁷

A "revogação", nesse contexto, não deve ser entendida na acepção genérica empregada por vários segmentos da doutrina, abrangente de todas as formas de extinção da norma ou do ato jurídico, mas "... *no sentido de que uma norma deixa de existir por uma decorrência normal, consequência de um desenvolvimento social, que faz com que a matéria até então considerada mereça novo tratamento, ocasionando uma mudança no ordenamento jurídico. Isto ocorre naturalmente, sem consideração sobre sua validade, partindo do pressuposto de sua concordância com as normas*

³⁵⁵ **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 124-125. A censura de CLÈVE é endossada por Zeno VELOSO: "Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, por qualquer de suas vias, sejam finais e definitivas, tenham eficácia *erga omnes* e efeito vinculante." (**Controle...**, *op. cit.*, p. 58).

³⁵⁶ **O Controle...**, *op. cit.*, p. 146.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 147.

superiores do ordenamento."³⁵⁸

Contrastando as noções de revogação e nulidade, Regina Maria Macedo Nery FERRARI registra o agrupamento da questão em três grandes correntes:

A primeira (...) acentua a natureza da causa de extinção do ato normativo. Ou seja, teremos uma revogação quando vemos uma norma deixar de existir pela superveniência de outra de igual valor, que em decorrência da oportunidade ou conveniência venha tratar a mesma matéria em sentido contrário ou de forma diferente, e a nulidade quando o ato normativo não foi produzido em conformidade com as normas superiores do ordenamento jurídico, envolvendo o problema de sua validade.

Outra corrente leva em consideração os efeitos da extinção, isto é, que tal desaparecimento ocasione efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, ou seja, a revogação opera efeitos a partir do momento da substituição ou extinção - *ex nunc* - e a nulidade estende seus efeitos ao momento do surgimento da norma inválida, não absorvente das disposições superiores que a disciplinam - *ex tunc*.

Uma terceira corrente leva em conta o órgão que decreta a extinção, sendo revogação a que se opera dentro do mesmo órgão, isto é, o órgão que tem competência para emitir pode substituir, por razões de mérito ou conveniência. Já a nulidade ocorre quando a extinção se processa pela participação de outro órgão que constata a invalidade, vale dizer, o desrespeito das normas superiores que disciplinam a matéria.³⁵⁹

Opera-se a restauração da vigência - a partir da declaração em caráter abstrato ou da suspensão pelo Senado - da norma revogada pela "sucessora" declarada inconstitucional. É inafastável, assim, sua aplicação aos fatos posteriores à declaração. Por sua vez, caberá ao Poder Judiciário a regência dos fatos ocorridos no período de atuação da norma inconstitucional, caso a caso.

Inaplicável, por não se tratar de revogação, o artigo 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.³⁶⁰

O direito positivo brasileiro, com a Lei n. 9.868/99, consagrou o fenômeno da restauração da vigência da norma anterior à declaração. O artigo 10 regula a forma

³⁵⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos...*, *op. cit.*, p. 114.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

³⁶⁰ "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

de concessão da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, e o artigo 11, §2º, prevê: "*A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.*" Frise-se que o efeito da medida cautelar é *ex nunc* (artigo 11, §1º).

Conquanto caiba à Suprema Corte a deliberação sobre a ressalva, constata-se que a regra geral é o retorno da vigência da norma anterior.

A reentrada em vigência da norma precedente à declarada inconstitucional tem por objetivo evitar o efeito prático de um "vácuo" legal.³⁶¹

Excepciona-se a situação em que verificada, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade também da norma que seria revigorada. A competência daquela Corte para tanto decorre da redação do artigo 11, §2º, da Lei n. 9.868/99, acima transcrito, na cláusula: *salvo expressa manifestação em sentido contrário.*³⁶²

Anote-se, por fim, que "*... não existe efeito repristinatório quando a inconstitucionalidade é aferida em face de Constituição posterior à edição da lei. Esta foi editada em conformidade com a ordem jurídica vigente na época e, por essa razão, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade só operam a partir da entrada em vigor da nova Constituição.*"³⁶³

5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Propugna-se, em alguns segmentos doutrinários, a aplicação do princípio da proporcionalidade como rota de solução para certos problemas derivados do controle da constitucionalidade. Daí sua inclusão neste Capítulo.

³⁶¹ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, Sistemas e Efeitos.** 2. ed., p. 181.

³⁶² VELOSO, Zeno. **Controle...**, *op. cit.*, p. 194.

³⁶³ GALLOTTI, Maria Isabel. A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus Efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 170, p. 33.

Recorremos à pena de Norberto BOBBIO para deixar assentado que:

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, (...) ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.³⁶⁴

A dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro restou demonstrada por vários representantes da nossa doutrina. Destacamos, nesse espectro, os trabalhos de Raquel Denize STUMM e Suzana de Toledo BARROS³⁶⁵. Ainda no ramo específico do direito tributário encontramos Helenilson Cunha PONTES e Ricardo Aziz CRETTON³⁶⁶.

A porção significativa sobre a qual importa aqui dissertar é a relativa ao balanceamento de princípios constitucionais eventualmente conflitantes, quando em referência à uma situação concreta. Nessa temática, releva também citar os estudos de Robert ALEXY e Ronald DWORKIN³⁶⁷.

Em conformidade com a lição de Raquel Denize STUMM, "*a ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções*

³⁶⁴ A Era dos Direitos, p. 42.

³⁶⁵ **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro; O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.**

³⁶⁶ **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário; Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário.**

³⁶⁷ **Teoría de los Derechos Fundamentales; Levando os Direitos a Sério.** Consulte-se também SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos - A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação.**

concretas para o conflito de direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial."³⁶⁸

Também denominado, na sua dimensão em sentido amplo, de princípio da proibição de excesso,³⁶⁹ vamos encontrar sua fundamentação ora aqui, ora acolá, na cadeia derivativa dos princípios constitucionais.

Assim, segundo Nagib SLAIBI FILHO:

Na doutrina européia denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e o meio, com sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados ou quando a desproporção entre o fim e o fundamento é particularmente evidente ou manifesta; tal princípio tem correspondência com o princípio da razoabilidade...³⁷⁰

Karl LARENZ anota que o Tribunal Constitucional alemão derivou do princípio do Estado de Direito, dentre outros princípios gerais, o princípio de que versamos, "*... enquanto exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido.*"³⁷¹

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte sedimentou o raciocínio de que o princípio da proporcionalidade é um desdobramento do princípio do devido processo legal.³⁷²

Já para Celso Antônio Bandeira de MELLO – agora investigando nosso torrão natal – o **princípio da proporcionalidade** decorre do princípio da

³⁶⁸ **Princípio...**, *op. cit.*, p. 77-78.

³⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3. ed., p. 261.

³⁷⁰ **Ação Declaratória...**, *op. cit.*, p. 41.

³⁷¹ **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 603. O autor registra aqui uma das diferentes manifestações que concretizam o princípio da proporcionalidade.

³⁷² RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema...**, *op. cit.*, p. 139-156.

razoabilidade. Este, por sua vez, encontra arrimo constitucional na legalidade (artigos 5º, II, 37 e 84) e na finalidade (esses mesmos artigos mais o artigo 5º, LXIX). Consoante as lições do publicista, a proporcionalidade “... *merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento*”.³⁷³

Eis a noção de razoabilidade, fornecida por Luís Roberto BARROSO:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum; aos valores vigentes em dado momento ou lugar.³⁷⁴

Parece-nos que é implícita sua positivação no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição: “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...*”.

Fala-se também em derivação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV);³⁷⁵ e de forma mais ampla na decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, da igualdade, enfim, todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais.³⁷⁶

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, até recentemente, não resultava claro o fundamento para a configuração do princípio da proporcionalidade. Na decisão

³⁷³ **Curso de Direito Administrativo**, p. 80-82.

³⁷⁴ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 219.

³⁷⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil**, p. 368.

³⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional...**, *op. cit.*, p. 410.

proferida na ADIn n. 958, entretanto, assentou o Ministro MOREIRA ALVES que "... *o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade tinha assento constitucional na cláusula do devido processo legal, entendida enquanto garantia material.*"³⁷⁷

Não importa qual seja o caminho da fundamentação. O que importa é que o princípio tem dignidade constitucional e dirige-se a pautar a conduta da administração pública frente ao cidadão. Este tem direito ao menor prejuízo possível, quando não há condições de afastá-lo por completo.

Sinteticamente, J.J. Gomes CANOTILHO averba:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à "carga coactiva" da mesma. Está aqui em causa o **princípio da proporcionalidade em sentido restrito**, entendido como princípio da "justa medida". Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.³⁷⁸

Assim, as soluções para os diversos *jogos de princípios* serão alcançadas, nos mais diversos casos, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras recusando.³⁷⁹

Para aqueles que entendem a nulidade da lei inconstitucional como um princípio de nosso sistema jurídico, fala-se em eventuais choques ou conflitos de tal princípio com a segurança jurídica, por exemplo, no caso da lei reentrante ser mais gravosa para o contribuinte do que a lei declarada inconstitucional. Ou no caso da possibilidade ou não de rever a coisa julgada proferida anteriormente ao veredicto do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional, uma vez que haveria um

³⁷⁷ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 187.

³⁷⁸ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, 3. ed., p. 265. Em Portugal, o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso encontra-se normativamente plasmado na Constituição (arts. 18.2, 19.4, 265 e 266) - (Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 47).

³⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 101.

embate com a isonomia. No próximo Capítulo veremos se, de acordo com nossas convicções e paradigmas de análise, há mesmo aplicação de tal diretriz ou apenas concretização da própria Constituição, mediante afirmação de sua supremacia com a intervenção dos princípios/valores que ela mesma pretende sejam alcançados.

Resta consignar que recentemente o princípio da proporcionalidade logrou consagração expressa no direito positivo brasileiro no artigo 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.³⁸⁰

³⁸⁰ "A Administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

CAPÍTULO IV

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

Os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário.³⁸¹

PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

Encerramos o capítulo anterior com uma breve noção sobre o princípio da proporcionalidade, em muitas situações recomendado pela doutrina na resolução dos problemas decorrentes do controle de constitucionalidade.

Na nossa concepção, não haverá propriamente sua aplicação, visto que não vislumbramos a nulidade da lei inconstitucional como categoria principiológica. Pelo contrário, **sustentamos o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em abstrato e da suspensão promovida pelo Senado (que também opera em abstrato)**. Logo, antes haveria, em relação ao passado, um conflito entre a supremacia constitucional (preferência da Constituição em detrimento da norma que lhe é ofensiva) e a manutenção do vigor da norma no período entre a publicação e a declaração de sua inconstitucionalidade; investigação esta que deverá se operar caso a caso, concretamente, após a decisão de invalidade.

Quando afastarmos, no passado, essa irradiação do vigor, é porque prestigiaremos algum ou alguns princípios constitucionais e estará concretizada a supremacia Constitucional.

³⁸¹ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, p. 148.

E quando concluirmos pela sua manutenção, ainda assim estaremos garantindo a supremacia da Constituição, pois estaremos também realizando valores que ela própria visa resguardar.

Em qualquer caso, estaremos homenageando a própria Constituição. Em qualquer caso, estarão sendo resguardados direitos protegidos com magnitude.

Não se trata, portanto, de preferir a lei em detrimento da Constituição, contrariando a advertência de MARSHALL em *Marbury vs. Madison*; não se trata ainda, como quer Alfredo BUZAID, de ab-rogar o dispositivo constitucional violado;³⁸² trata-se, e isso deve ser frisado, **de resguardar princípios que a própria Constituição consagra, para que ela mesma não resulte desobedecida.**

Invocamos então Geraldo ATALIBA para consignar que:

...o conhecimento científico, ou mesmo o saber humano ordinário é formado por um conjunto de termos relacionados entre si. Só há verdadeiramente aquisição relevante, se se preserva um princípio unitário sob que se analisem mesmo as mais complexas multiplicidades de elementos considerados.

Daí porque, à dificuldade da tarefa de se reconhecer os sistemas, principalmente normativos, se acrescentam as de preservar, mesmo no exame da minúcia mais particular, os princípios mais genéricos informadores de todo o sistema. Isto porque os elementos integrantes de um sistema não lhe constituem o todo mediante sua soma, mas, desempenham *funções* coordenadas, uns em função dos outros e todos harmonicamente, em função do todo (sistema).³⁸³

³⁸² **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 138.

³⁸³ **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, p. 7.

SEÇÃO I

AS PREVISÕES DO ARTIGO 27 E 28 DA LEI 9.868/99 E DO ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99

1. OS ENUNCIADOS PRESCRITIVOS E SUA INSPIRAÇÃO LUSITANA

Não há como falar em efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem entrar no exame dos novéis artigos 27, da Lei n. 9.868/99, e 11, da Lei n. 9.882/99, que propiciaram uma evolução teórica no seu tratamento em termos abstratos.

Tais preceitos assim dispõem: *"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."*³⁸⁴

Com tal providência, *"... habilitou-se, formalmente, o nosso Supremo Tribunal Federal a mitigar e temperar os efeitos drásticos dos julgamentos constitucionais, em ordem a preservar a segurança e a estabilidade de determinadas relações jurídicas consumadas sob a égide da norma expurgada do sistema de direito positivo e que não devam ser abaladas pela ordinarietade dos efeitos retroativos de tais julgados."*³⁸⁵

Mesmo antes da edição dessa lei, já se pensava que, em ação direta ou ação

³⁸⁴ Doravante, para evitar a repetição, nos reportaremos apenas ao artigo 27 da Lei n. 9.868/99, mas as conclusões a seu respeito estendem-se, por óbvio, ao artigo 11 da Lei n. 9.882/99.

³⁸⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n.º 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, p. 97.

declaratória, poderia o Supremo Tribunal Federal determinar o grau de retroatividade da decisão (mínima, máxima, média) ou ainda atribuir efeitos *ex nunc*, sempre fundamentadamente.³⁸⁶

A inspiração do legislador brasileiro encontra-se no artigo 282 da Constituição de Portugal de 1976 (com a redação da Lei Constitucional n. 1, de 1982), expresso nos seguintes termos:

Art. 282 - (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 repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração 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 ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos números 1 e 2.

Vejamos se nosso preceito resiste ao filtro da Constituição Federal de 1988.

2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99

O dispositivo legal sob comento foi argüido como inconstitucional na Ação

³⁸⁶ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos**, p. 158.

Direta de Inconstitucionalidade n. 2.258-0, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob o fundamento de ser ofensivo ao Estado Democrático de Direito e à legalidade. Logo, a matéria ali contida somente poderia advir do poder constituinte originário.³⁸⁷

Não há, por enquanto, pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Na doutrina, manifestaram-se, entre outros, no rumo da constitucionalidade: Patrícia Calmon Nogueira da GAMA³⁸⁸; Gilmar Ferreira MENDES³⁸⁹; Teori Albino ZAVASCKI³⁹⁰; Daniel SARMENTO³⁹¹; Hugo de Brito MACHADO³⁹²; James MARINS³⁹³; Alexandre de MORAES³⁹⁴, Zeno VELOSO³⁹⁵.

Oswaldo Luiz PALU entende como inconstitucional apenas a interpretação que permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar a continuidade da aplicação da lei inválida a casos futuros.³⁹⁶

Não obstante reconhecer a constitucionalidade do preceito em questão, pondera Hugo de Brito MACHADO:

...embora a Lei n. 9.868/99, seguindo o entendimento predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, implicitamente atribua efeitos retroativos à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou outros atos normativos, é de se esperar que a Corte Maior,

³⁸⁷ Havia proposta nesse sentido durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, fomentada pelo então Senador Maurício Corrêa, mas que não logrou aprovação. Há ainda, sobre o assunto, uma outra Ação Direta, a de número 2.154-2, que, por identidade de objeto, foi apensada à de número 2.258-0.

³⁸⁸ Breves Anotações sobre o Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei 9.868/99. **Revista dos Tribunais**, n. 778, p. 91-99.

³⁸⁹ **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, p. 287-345.

³⁹⁰ **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 49.

³⁹¹ A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**, p. 30.

³⁹² Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 57, p. 72-87.

³⁹³ Notas acerca da Recente Lei das Ações Diretas - LAD (Lei 9.868/99). **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 57, p. 88-97.

³⁹⁴ **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição**, p. 279-281.

³⁹⁵ **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, p. 190, 193.

³⁹⁶ **Controle...**, *op. cit.*, 2. ed., p. 186-187.

valendo-se da ressalva feita pelo art. 27 da referida lei, negue esse efeito retroativo sempre que o mesmo signifique a criação ou a majoração de tributo, ou ainda, de um modo geral, imponha gravames ao cidadão.³⁹⁷

Em trabalho publicado anteriormente à edição da lei, reconheceu Carlos Roberto de Siqueira CASTRO:

Não há, verdadeiramente, preceito ou princípio, explícito ou implícito, a impedir, entre nós, a adoção, pela via decisional pretoriana, seja, de um lado, em caráter geral, do efeito prospectivo para as decisões proclamatórias da inconstitucionalidade dos atos normativos, seja, de outro lado, a discricionariedade judicial que habilite o STF a definir, no controle *em tese* ou *concentrado* pelo mecanismo da ação direta, a natureza dos efeitos (*ex tunc*, *ex nunc* ou alguma combinação temporal intermediária) do acórdão que proclama a inconsistência de uma lei em face da Constituição da República.³⁹⁸

Pela inconstitucionalidade temos, exemplificativamente: Paulo Roberto Lyrio PIMENTA³⁹⁹; Américo Bedê FREIRE JÚNIOR⁴⁰⁰; Eduardo Rocha DIAS⁴⁰¹; José Adércio Leite SAMPAIO⁴⁰²; Ivo DANTAS⁴⁰³; Lênio Luiz STRECK⁴⁰⁴, Ives Gandra da

³⁹⁷ Declaração de Inconstitucionalidade..., *op. cit.*, p. 87.

³⁹⁸ Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 21, p. 32-33. Seu entendimento em prol da constitucionalidade da Lei n. 9.868/99 restou confirmado *in* SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, p. 39-99.

³⁹⁹ **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**, p. 99.

⁴⁰⁰ A Inconstitucionalidade da Regulamentação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Abstrato através de Lei Ordinária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 56, p. 19-24.

⁴⁰¹ Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 55, p. 50-70.

⁴⁰² Discurso de Legitimidade da Jurisdição Constitucional e as Mudanças Legais do Regime de Constitucionalidade no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, p. 165-218.

⁴⁰³ **O Valor da Constituição. Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional**, p. 244-246.

⁴⁰⁴ **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**, p. 425-426.

Silva MARTINS⁴⁰⁵, Ingo Wolfgang SARLET⁴⁰⁶.

Em razão dos fundamentos que passamos a explanar, ladeamo-nos aos últimos, para com eles propugnar a invalidade do dispositivo legal em questão.

Prima facie, deve-se tomar muito cuidado na busca de soluções importadas para problemas domésticos, não obstante ser inegável a importância do direito comparado para a melhor compreensão do nosso próprio direito.

Contudo, a solução para os problemas do nosso sistema jurídico deve ser buscada no nosso próprio sistema jurídico. Quando legislações são importadas de outros países, é essencial ao intérprete conhecer o contexto jurídico onde estão originalmente inseridas, para que equívocos não sejam cometidos ao desenrolar-se a interpretação no sistema receptor.⁴⁰⁷

Feita a advertência, lembramos, com Lênio Luiz STRECK que "... *as Constituições da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal expressamente prevêm a elaboração de uma lei orgânica do Tribunal Constitucional, onde estará estabelecido o processo e o procedimento que deverá ser seguido pelo Tribunal Constitucional no exercício da jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade. A Constituição do Brasil não fez qualquer previsão nesse sentido.*"⁴⁰⁸

Carece, portanto, de legitimidade formal o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, por

⁴⁰⁵ Descumprimento de Preceito Fundamental: Eficácia das Decisões. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99**, p. 173.

⁴⁰⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99**, p. 157-165.

⁴⁰⁷ José Roberto VIEIRA bem demonstrou, em relação às medidas provisórias, o resultado catastrófico de uma interpretação equivocada, no Brasil, dos *provvedimenti provvisori* italianos. Esquece-se que há um pano de fundo estrutural a nortear a interpretação dos dispositivos brasileiros: nosso regime é presidencialista; o regime italiano é parlamentarista [**Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilinares Brasileiras**. Tese (Doutorado em Direito), p. 214-224].

⁴⁰⁸ **Jurisdição Constitucional...**, *op. cit.*, p. 425.

falta de previsão constitucional acerca da possibilidade de sua edição.⁴⁰⁹

Digna de nota, também, a conclusão de Américo Bedê FREIRE JÚNIOR: "*O 'poder' controlado (no caso o legislativo) não possui delegação constitucional para expedir regras sobre a maneira de como se realizará o controle de seus atos (o controle de constitucionalidade das leis que edita).*"⁴¹⁰ O raciocínio é correto. Parece-nos, contudo, e com a devida vênia, que há um pequeno equívoco, na medida em que o ilustre Promotor de Justiça maranhense defende a inclusão da profligada regra via emenda constitucional, a qual também possui limites. Com efeito, decorre do **princípio da tripartição de funções** que a outorga de competências encontra amparo na Constituição, e **não há, de fato, atribuição no sentido de que o próprio "poder" regule as formas de seu controle por outro "poder"**. Logo, uma emenda no sentido proposto também seria inconstitucional, por ofensa ao artigo 60, §4º, III, da CF.

A invalidade, portanto, além de formal, é também material.

Não percamos de vista ainda, conforme apurou Walter Claudius ROTHENBURG, as circunstâncias em que editada a Lei n. 9.868/99:

Há todavia, um dado conjuntural que não deve ser esquecido: a Lei n. 9.868 surge no bojo de uma série de inovações legislativas patrocinadas pelo atual Governo Federal, **de suspeitos propósitos**. Citem-se a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade; a Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, recentemente alterada pela Medida Provisória n. 1984, que amplia a possibilidade de suspensão de liminares concedidas por juízos inferiores e que teve diversas inconstitucionalidades suscitadas, a maior parte delas rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 23 de agosto de 2000; a Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, dentre outras disposições, estabeleceu, para a sentença da ação civil pública, efeitos apenas "nos limites da competência territorial do órgão prolator" (artigo 2º), pelo que diversos especialistas sustentam a desconsideração da inovação; e sobretudo a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que "dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental". Todos esses diplomas traduzem tentativas de "verticalização" do controle jurisdicional, visando restringir o poder dos juízos inferiores e concentrá-los nos

⁴⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional...**, *op. cit.*, p. 426. O autor entende que toda a lei é formalmente inconstitucional. Temos dúvidas quanto a isso. Talvez seja possível encontrar respaldo constitucional para o tratamento legislativo de questões meramente procedimentais do controle abstrato. Seja como for, tal análise excede os limites deste trabalho.

⁴¹⁰ A Inconstitucionalidade..., *op. cit.*, p. 23.

tribunais, especialmente os superiores. [sic] [grifo nosso]⁴¹¹

Em se admitindo a lei como constitucional, nada impede, por exemplo, que o poder legislativo entenda que no âmbito tributário existe um excepcional interesse social e edite uma lei caracterizando que nesses casos o efeito é sempre *ex nunc*. "*Ora, se o Congresso pode regular genericamente os efeitos do controle de constitucionalidade, sob a aparência de uma discricionariedade para o Poder Judiciário, poderá legislar a nível menor e 'facilitar' o trabalho do Judiciário, elencando algumas situações para determinado efeito, tal como acontece com a proibição de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.* [sic]"⁴¹²

Mais: será que há respaldo jurídico para a atribuição dessa competência discricionária ao Supremo Tribunal Federal, mediante lei ordinária (ou mesmo emenda constitucional) se é ele próprio quem vai dizer, depois, da constitucionalidade dessa atribuição?

E ao argumento de que a lei apenas consolidou as múltiplas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, a resposta de José Adércio Leite SAMPAIO:

Poderemos admitir o argumento de que o legislador em grande escala apenas reconheceu as regras do controle de constitucionalidade desenvolvidas e aplicadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mas **o argumento cai num simples discurso de autoridade que não suporta a dupla inquietação manifestada acima: nem é certo que o Supremo Tribunal possa construir o próprio modelo de fiscalização de constitucionalidade, nem correto que o faça solipcisticamente, como se fossem os ministros artífices e intérpretes de suas próprias funções, fazeres e destino.** Além do mais, as inovações legais ultrapassaram em muito o perfil do sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido pelo Tribunal, por exemplo, com o reforço da presunção de legitimidade constitucional da lei (art. 10 da Lei n. 9.868/1999 e art. 4º, §2º, da Lei n. 9.882/1999) e **com a extensão sem fronteiras do poder de modulação dos efeitos ablativos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e art. 11**

⁴¹¹ Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, p. 271.

⁴¹² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Inconstitucionalidade..., *op. cit.*, p. 23.

da Lei n. 9.882/1999). [sic] [grifo nosso]⁴¹³

Além disso, deve-se atentar para o alto grau de abertura interpretativa contida no dispositivo. Como encontrar balizas no Texto Supremo para delimitar em que casos seria indubitável a ocorrência dos requisitos exigidos: *segurança jurídica e excepcional interesse social*?

Ainda que a segurança jurídica congrege alguns balizamentos orientados a realizá-la (os quais não impedem eventuais desvirtuamentos)⁴¹⁴, o interesse social, qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas.⁴¹⁵

É a indagação de Lênio Luiz STRECK: "*...o que se pode entender por 'excepcional interesse social'? E qual é o 'outro momento' de que fala a Lei? (...) Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic).*"⁴¹⁶

Toda a segurança jurídica do contribuinte, construída nos preceitos que compõem as "vedações constitucionais ao 'poder de tributar'", estaria comprometida com a cláusula "excepcional interesse social". Lembremos que o Brasil conta com um verdadeiro **estatuto constitucional dos contribuintes**.⁴¹⁷ O receio é o de que se

⁴¹³ Discurso de Legitimidade..., *op. cit.*, p. 210-211.

⁴¹⁴ Lembremos, com Luís Roberto BARROSO, a crise de identidade que a idéia de segurança jurídica enfrenta nos dias atuais: "*... princípios constitucionais voltados para a segurança jurídica - como o respeito aos direitos adquiridos, os direitos de igualdade e o devido processo legal - são tratados como estorvos reacionários. Não se teme o horror jurídico. Os tempos não parecem estar para miudezas como pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas.*" (**Temas de Direito Constitucional**, p. 49-50).

⁴¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de Novembro e n. 9.982, de 3 de Dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 12.

⁴¹⁶ **Jurisdição Constitucional**..., *op. cit.*, p. 541, 545.

⁴¹⁷ Por ser oportuna, segue a cita de Antônio Roberto Sampaio DÓRIA: "*O elenco dos princípios tributários - tributários pelo conteúdo porém constitucionais pela fonte da qual promanam*

confunda interesse social com interesse fazendário.⁴¹⁸

Basta, para especularmos, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária, com eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial (artigo 28 da Lei n. 9.868/98), para arredar qualquer intenção de repetir o indébito.⁴¹⁹

Não se trata da supervalorização do contribuinte, mas da **concretização da segurança jurídica**, tão reclamada nos dias atuais, em que a Constituição parece perder sua força normativa. No embate cidadão-Estado, a segurança não pode ser relegada a um plano secundário. Se quisermos falar de limites aos direitos dos contribuintes, teremos os prazos de decadência ou prescrição aplicáveis aos diversos institutos.

No dizer autorizado de Paulo BONAVIDES: "*As Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a sociedade e não para o Poder. Robespierre, sem embargo da insânia revolucionária que o acometeu nos dias do Terror, proferiu uma verdade lapidar quando disse: 'A declaração de Direitos é a Constituição de todos os povos.'*"⁴²⁰

A inspiração lusitana, portanto, não tendo logrado aprovação no trabalho do poder constituinte originário, foi infeliz agora no âmbito da legislação ordinária.⁴²¹

– formulados de forma expressa ou implícita, compõe o que se designa por **Direito Constitucional Tributário.**" (**Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law**, p. 4).

⁴¹⁸ Confira-se a indagação de Ingo Wolfgang SARLET sobre a cláusula "excepcional interesse social": "... e por que não razões de 'Estado' ou, melhor ainda, de 'Governo' "? (Argüição..., *op. cit.*, p. 163). Chama a atenção o autor para o alto grau de variações significativas que podem ser atribuídas à expressão. Esse amplo baú semântico propicia insegurança.

⁴¹⁹ Admitimos, é verdade, a declaração em abstrato com efeitos *ex nunc* (em qualquer caso), porém com uma diferença: fica mantida a possibilidade de o contribuinte pleitear a repetição do indébito pago no período de vigência da lei declarada inconstitucional. Vide, neste Capítulo, Seção III.

⁴²⁰ **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., p. 271.

⁴²¹ Notícia J. J. Gomes CANOTILHO que o Tribunal Constitucional português tem aproveitado de forma excessiva a autorização constitucional de manipulação dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., p. 1005). Também Rui MEDEIROS, que após endossar a verificação de CANOTILHO, afirma com veemência o caráter de excepcionalidade da restrição de efeitos, que exige fundamentação à luz do caso concreto: "*Ora, se é indiscutível - e já o dissemos linhas atrás - que a necessidade de evitar uma total ruptura financeira do Estado constitui fundamento jurídico-constitucional bastante para limitar os efeitos da declaração*

E a título de ilustração do quanto acima advertimos sobre o direito comparado, anotamos que, segundo a redação do artigo 222, 1, da Constituição Portuguesa, "*o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes [grifo nosso]*". Por sua vez, "*seis de entre os juízes designados pela Assembléia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre os juristas [grifo nosso]*" (art. 222, 2). Além do mais, ao contrário dos Ministros que integram o Supremo Tribunal Federal no Brasil, **os juízes do Tribunal Constitucional português não gozam da vitaliciedade**, visto que seu mandato "*...tem a duração de nove anos, e não é renovável*" (art. 222, 3).

Apesar das críticas que são desferidas ao sistema de indicações do Tribunal Constitucional lusitano, por contemplar (a exemplo do Brasil) uma única fonte de designação,⁴²² o sistema é mais democrático que o brasileiro porquanto se trata da Assembléia da República, órgão que congrega os representantes do povo. Não que o presidente da República (no caso brasileiro) não seja também representante do povo, porque eleito por ele (ou pela maioria dele), mas haveremos de convir que o órgão legislativo é mais representativo, por várias razões, do que o presidente da República. Além disso, na hipótese de o Tribunal Constitucional pretender andar de braços dados com quem lhe indicou (ou vice-versa), é mais difícil a convergência de numerosas vontades (expressas pelo órgão legislativo) visando a tal propósito do que a manifestação da vontade única do presidente da República.

Seja como for, recordemos com André Ramos TAVARES que "*... a criação*

de inconstitucionalidade de uma norma tributária, não é menos verdade que a restrição de efeitos apresenta, mesmo neste domínio, carácter excepcional. Logo, o Tribunal Constitucional não deve, por princípio, restringir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade de leis tributárias inconstitucionais, não podendo subestimar as especiais cautelas com que o legislador constitucional rodeou a obrigação de imposto e os direitos fundamentais conferidos constitucionalmente aos contribuintes." (A **Decisão de Inconstitucionalidade**, p. 689, 707, 711 e 722). **Observe-se assim que mesmo em Portugal a restrição de efeitos em matéria tributária é tratada com muito cuidado.**

⁴²² Cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição...*, op. cit., p. 182.

de um Tribunal ou Corte - a designação aqui é o que menos importa - com a função de garante da Constituição tem de estar ancorada na sua independência relativamente ao Governo e ao Parlamento, para que só assim possa desempenhar com êxito a missão para a qual foi chamado. [sic]"⁴²³

Alexandre de MORAES, bem a propósito, enumera primorosas sugestões no sentido de que se busque a conversão do Supremo Tribunal Federal em verdadeiro Tribunal Constitucional, dentre as quais destacamos: a escolha de seus membros de maneira proporcional pelos representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a instituição de mandatos com duração determinada e sem recondução após seu término.⁴²⁴

Pois bem, aqui chegados, **repisamos a proposição pelo efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em abstrato**, e afirmamos uma premissa importante: as decisões do STF proferidas no controle concentrado ou no controle difuso seguidas da expedição da Resolução pelo Senado Federal não desconstituem automaticamente as relações jurídicas anteriores que com elas conflitam. Não basta a tais relações jurídicas a incompatibilidade com a Constituição; "*... é indispensável que essa incompatibilidade seja também reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que as referidas relações jurídicas foram constituídas.*"⁴²⁵ E o ato estatal específico poderá reconhecer a incompatibilidade (invalidade) e concluir pela manutenção da relação jurídica estribada na lei declarada inconstitucional.

A propósito, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, desde o

⁴²³ **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, p. 154. Segundo Nelson NERY JUNIOR, "*A ilegitimidade do STF como Corte Constitucional está na nomeação vitalícia dos ministros (deveria haver mandato por prazo determinado) e no fato de que os poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros, como seria correto (o Senado apenas aprova ou rejeita o nome proposto pelo Presidente da República). O Executivo, portanto, é o único dos três poderes que pode indicar e nomear juiz integrante do tribunal constitucional federal brasileiro.*" (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 18).

⁴²⁴ **Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 289-299.

⁴²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 55.

caso *Likletter v. Walker* (*leading case* na matéria até hoje), entende que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não decorre de princípio ou preceito sediado na Constituição. Trata-se de uma questão de política judicial (*judicial policy*), sujeita à livre valoração judicial apreciável em cada caso concreto consoante os valores da justiça constitucional.⁴²⁶

Assim, o efeito *ex nunc* aqui propugnado não significa que as relações jurídicas concretamente constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional não possam ser revistas. Consideramos que essa revisão deve sofrer, caso a caso,⁴²⁷ análise administrativa ou judicial, segundo os parâmetros delineados pela própria Constituição.⁴²⁸

Afinal, como diz José Adércio Leite SAMPAIO, a promoção dos direitos fundamentais (os quais, pela importância que revelam, são erigidos em princípios) é tendencialmente muito mais realizável no controle difuso, ou até mesmo "misto" à moda antiga (antes da Lei n. 9.868/99), do que na figura disforme que ora nos revela o sistema brasileiro.⁴²⁹

À guisa de conclusão, o traslado das meditações do procurador da república e catedrático mineiro é inevitável:

É paradoxal concluirmos, a essa altura, que a única saída para a reafirmação do papel de garante constitucional do Supremo Tribunal Federal seja o reconhecimento da inconstitucionalidade das mudanças legislativas. Mas o paradoxo parece insolúvel: ou bem o Tribunal reconhecerá a ilegitimidade constitucional, reduzindo, em parte, o seu poder, ou

⁴²⁶ Cf. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 21, p. 18.

⁴²⁷ Aqui nos sentimos seguros na companhia de Hugo de Brito MACHADO: "*Os efeitos da incidência da lei ou outro ato normativo cuja inconstitucionalidade foi declarada somente podem ser questionados pela via própria, vale dizer, mediante a ação cabível em cada caso concreto.*" (MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 06, p. 225).

⁴²⁸ Regina Maria Macedo Nery FERRARI já havia advertido para que não se tome em termos absolutos a eficácia *ex nunc*, também defendida por ela (**Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 195).

⁴²⁹ Discurso de Legitimidade..., *op. cit.*, p. 210.

bem as declarará legítimas e, então, prestigiará o quadro de desvalia constitucional apresentado. Neste último cenário, as críticas ao elitismo estarão mais vivas do que nunca, não sobrando, ao fundo, sequer a resposta dogmática de previsão constitucional expressa. Teremos de nos escorar, então, sob o peso das críticas do construtivismo ético e da teoria da gênese crítica dos sistemas normativos, na legitimidade extraída da *práxis* do Tribunal.

Haverá motivos bastantes para otimismo?⁴³⁰

3. A EFICÁCIA *ERGA OMNES* E O EFEITO VINCULANTE

Se o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 afigura-se nos inconstitucional, o mesmo não podemos dizer quanto à previsão legal de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a que se refere o parágrafo único do artigo 28, vazado nos seguintes termos: "*A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*"

Alguns doutrinadores advogam a inconstitucionalidade do dispositivo em questão. Dizem eles que a previsão do artigo 102, §2º, do Texto Supremo apenas atribui eficácia contra todos e efeito vinculante às decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade.

Não se deve esquecer, entretanto, a natureza dúplice dessa ação. Aliás, a dúvida mesmo paira em relação ao efeito vinculante que se estendeu, pela lei, às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, visto que a eficácia *erga omnes*, nessa espécie de ação, sempre foi admitida a despeito de inexistir previsão expressa.

Nesse sentido, o apoio doutrinário seguro de Regina Maria Macedo Nery

⁴³⁰ Discurso de Legitimidade..., *op. cit.*, p. 210-211.

FERRARI: "*Nada obstante a referência constitucional expressa aludir somente à ação declaratória, há de se entender que implicitamente tais efeitos são insitos à direta de inconstitucionalidade, até porque as duas ações configuram facetas complementares do mesmo fenômeno de salvaguarda da lei suprema.*"⁴³¹

Reputamos importante elucidar em que medida aceitamos o efeito vinculante aqui analisado, e nesse sentido propugnamos uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional, vale dizer: haverá efeito vinculante quando os fundamentos invocados em instâncias inferiores forem idênticos àqueles analisados pelo STF na declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Não se esqueça ainda do temperamento que deve imperar em relação às decisões declaratórias de constitucionalidade.

Assim, resta-nos precisar os contornos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante.

Registrou Teori Albino ZAVASCKI a dificuldade do estabelecimento de tais contornos, já que a eficácia *erga omnes* (irradiação de efeitos para todos os possíveis destinatários da norma) pressupõe, num certo sentido, a vinculação dos demais juízes e tribunais. A "força qualificada" do precedente varia de sistema para sistema, e no direito brasileiro devemos reconhecer o efeito vinculante como um **reforço** à eficácia *erga omnes*, propiciando "*... a conseqüência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo - a reclamação - para impor o seu cumprimento.*"⁴³²

⁴³¹ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 180. Também: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2. ed., p. 188; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Velhos e Novos Rumos...*, *op. cit.*, p. 285. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 1.880, entendeu como constitucional o artigo 28 da Lei n. 9.868/99 [Reclamação n. 1880, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, maioria, DJ de 07 nov. 2002 (ata da decisão). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 15 dez. 2002].

⁴³² **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 51-52. Em Portugal, temos notícia de que a vinculação se estende inclusive ao legislador, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde não há impedimento para que o conteúdo da lei declarada inconstitucional conste da edição de nova lei (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, 5. ed., p. 999).

Por sua vez, Regina Maria Macedo Nery FERRARI, meditando sobre o assunto, averbou:

Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive daquelas que estão em andamento. [*sic*]⁴³³

Não esqueçamos, entretanto, da feliz observação de Lênio Luiz STRECK ao afirmar as limitações histórico-temporais do efeito vinculante atribuído às decisões declaratórias de constitucionalidade. Não há caráter absoluto nessa decisão, "*... uma vez que a mutação do contexto social-histórico pode acarretar uma nova interpretação.*"⁴³⁴

⁴³³ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 177.

⁴³⁴ **Jurisdição Constitucional...**, *op. cit.*, p. 438-439.

SEÇÃO II

RESTAURAÇÃO DA VIGÊNCIA DE NORMA MAIS GRAVOSA DO QUE A DECLARADA INCONSTITUCIONAL

1. DIAGNÓSTICO DE EVENTUAIS CONFLITOS

Vimos que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei provoca a restauração da vigência (para nós apenas *ex nunc*) daquela que vigorava anteriormente à sua publicação.

Uma determinada lei "*... pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como 'inconstitucional'.*" O testemunho de tal realidade nos é dado por voz autorizada: Hans KELSEN.⁴³⁵

Com efeito, não havendo prazo para a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade (Súmula 360), imagine-se o caso de uma lei impugnada após o transcurso de longo período de tempo, tendo consolidado numerosas relações jurídicas.

Eis que "*... a norma reentrante pode padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado*". Alie-se a isso o fato de a sentença judicial - segundo entendimento tradicional - implicar a nulidade *ab initio* da normativa impugnada, circunstância que favorece a emergência de não poucos problemas.⁴³⁶

Assim, consoante Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

É certo que, abstratamente posto o problema da declaração de inconstitucionalidade, não se pode deixar de considerar a impossibilidade de alegação correta sobre direitos nascidos em ato que não é de direito. Na prática, sabe-se bem, a questão é mais difícil e penosa em alguns casos. Nem sempre o simples e fulminante reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei significa que o igual e violento resultado de sua declaração, com a subsequente

⁴³⁵ **Teoria Pura do Direito**, p. 303.

⁴³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 250.

declaração de invalidade de seus efeitos, configura a melhor solução de justiça. A lei, que não nasceu - como hoje normalmente não nasce - da fonte direta do povo, incide sobre este, que age em perfeita consonância com ela. Depois de sua ação, e quando já consolidados os efeitos dela nascidos, mesmo que não de direito, podem encontrar-se situações cujo desfazimento seja mais injusto que a própria manutenção dele, ainda que desconforme aos parâmetros a serem seguidos.⁴³⁷

Chamamos a atenção para a problemática instaurada com a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica considerada mais branda quando comparada com aquela que vigorava em período anterior à sua publicação.

Poderá essa norma revigorada retroagir concretamente para alcançar as relações jurídicas tributárias constituídas sob a égide da norma declarada inconstitucional? Em outras palavras: advinda a declaração de inconstitucionalidade, pode-se entender que estariam os sujeitos passivos obrigados a pagar a diferença entre o que recolheram com base na lei declarada inconstitucional (menos gravosa) e o que deveriam ter recolhido tomando-se por base a lei reentrante no sistema (mais gravosa)?

Antecipamos que a resposta é pela negativa.

2. SOLUÇÃO PROPOSTA

Clèmerson Merlin CLÈVE já deixou assentado que "*... a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em processo objetivo, não importa na automática desconstituição das situações jurídicas concretas consolidadas sob a sua égide. [sic]*"⁴³⁸

É necessário, de acordo com o notável constitucionalista, "*... desenvolver-se um certo juízo de ponderação a respeito das situações concretas nascidas sob a égide*

⁴³⁷ **Constituição e Constitucionalidade**, p. 153.

⁴³⁸ Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre os Atos Singulares Praticados sob sua Égide. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 19, p. 292-293.

da lei inconstitucional, inclusive para o efeito de se verificar que, em determinados casos, razões de equidade e de justiça recomendam a manutenção de certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional."⁴³⁹

Baseados nessas lições inferimos que atos praticados sob a égide de lei declarada inconstitucional, em determinadas situações, não podem mais ser desconstituídos. Conforme o efeito que tiveram, não podem mais ser atingidos sob pena de ofensa a princípios constitucionais.

Veja-se, a propósito, o entendimento de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

Como exigir a devolução imediata de quem não teve qualquer participação no equívoco, de quem não tem o suficiente, muitas vezes, nos países como os da América do Sul, sequer para responder em cada mês pelas suas necessidades, de quem se tenha valido daquela parcela remuneratória para suprir despesas mínimas por vezes mesmo alimentícias? Pode ocorrer, pois, embora seja a hipótese excepcional e rara, que a aplicação da lei antes da declaração de inconstitucionalidade ou de sua suspensão liminar, tenha provocado situações cujo desfazimento comprometeriam mais amplamente a justiça material buscada".⁴⁴⁰

Regina Maria Macedo Nery FERRARI trilha o mesmo rumo:

Tendo identificado um conflito normativo como o estabelecido entre a norma que durante um certo período regulou condutas de uma determinada forma e a norma que passa a vigorar, considerando-a inválida por vício de inconstitucionalidade, temos que reconhecer que, entre esses dois momentos, direitos foram criados, litígios foram resolvidos com base em uma lei que era válida e, portanto, obrigatória, e que este lapso de tempo não é determinado em nosso sistema jurídico, já que a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo. E ainda que a inconstitucionalidade necessite de processo próprio para sua realização, tendo a norma vigência como norma válida até o reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição. Dessa forma, admitir que essa declaração viesse estender seus efeitos ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma agora reconhecida como inconstitucional, seria proporcionar a insegurança jurídica, a instabilidade do direito, pois não estaríamos nunca em condição de apreciar se um ato lícito quando realizado ou um contrato válido quando celebrado conservaria tal característica no futuro.⁴⁴¹

⁴³⁹ Declaração de Inconstitucionalidade..., *op. cit.*, p. 293.

⁴⁴⁰ Constituição..., *op. cit.*, p. 153.

⁴⁴¹ Efeitos..., *op. cit.*, p. 112.

O plano concreto, por conseguinte, é o mais adequado para a solução das situações em que eventualmente, a incidência de princípios constitucionais e valores (boa-fé, segurança, justiça, razoabilidade) aconselham a permanência de determinados efeitos já produzidos.⁴⁴²

Assim, havendo revigoração de norma mais gravosa, cabe ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, **assegurar a manutenção do vigor da norma declarada inconstitucional no período entre sua publicação e essa declaração.** Concluir de modo contrário implica ofensa aos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária e ainda da segurança jurídica – o princípio para o qual verdadeiramente convergem todos os demais que apontam no sentido da proteção dos cidadãos frente ao Estado.⁴⁴³ Nas palavras de Clèmerson Merlin CLÈVE, "*cabe à jurisprudência e ao Judiciário a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descuidar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece aos dias.*"⁴⁴⁴

Um contribuinte, quando paga um tributo, o faz na presunção de que a lei instituidora é constitucional. Se assim não presume, utiliza-se dos meios que o sistema prevê para desobrigar-se do ônus.

Com a declaração de inconstitucionalidade, retorna à vigência (*ex nunc*) a norma que vigorava anteriormente à declarada inconstitucional, mais gravosa. Sua incidência acarreta um agravamento da tributação se comparada à incidência da lei declarada inconstitucional.

⁴⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de Inconstitucionalidade..., *op. cit.*, p. 294.

⁴⁴³ Eis a assertiva de Hugo de Brito MACHADO: "*Em se tratando de declaração de inconstitucionalidade, que em certos casos pode produzir efeitos para o passado, também se há de respeitar as situações já constituídas, em atenção ao princípio da segurança jurídica.*" (*Curso de Direito Tributário*, p. 60-61).

⁴⁴⁴ *A Fiscalização...*, *op. cit.*, p. 255.

Assim, admitindo-se a retroatividade absoluta, somente após decorrido certo lapso de tempo é que os sujeitos passivos teriam ciência dos tributos devidos anteriormente, ou seja: em 2005, por exemplo, data de uma eventual e futura declaração de inconstitucionalidade, teriam ciência daquilo de que seriam devedores quanto a tributos dos anos de 2002, 2003 e 2004.

Ora, é evidente que não haveria, caso afastado o vigor da norma inconstitucional, no período de sua atuação, previsibilidade nenhuma quanto aos efeitos futuros, tampouco segurança em relação ao passado. Descobrir-se-ia *a posteriori* o crédito tributário surgido sobre fatos *a priori* ocorridos.

Vale lembrar também que quem pratica o erro da edição de lei inválida é o Estado, ao qual cabe arcar com os prejuízos decorrentes da conduta errônea: deixar de receber, no período de vigência da lei inconstitucional, os valores que poderiam ser cobrados não fosse sua edição com afronta ao Texto Maior.⁴⁴⁵

A título de ilustrar o que ocorreria concretamente, imagine-se uma declaração de inconstitucionalidade em abstrato publicada no diário da justiça e no diário oficial no dia 14 de fevereiro de 2000 (artigo 28 da Lei n. 9.868/99). Ou, então, uma resolução suspensiva do Senado publicada na mesma data.

O reinício da vigência da lei anterior à declarada inconstitucional é a data daquela publicação: 14 de fevereiro de 2000.

Logo, só nesse momento os sujeitos passivos teriam ciência de que seriam devedores de tributos, na parte em que majorados, caso praticassem os fatos hipoteticamente previstos na norma que readquiriu vigência.

Portanto, somente poderá ser aplicada a nova sistemática - mais gravosa - a partir daquela data, sob pena de ofensa a princípios constitucionais.

Até aquele momento - da publicação no órgão oficial -, os contribuintes

⁴⁴⁵ Lembra-nos André Martins de ANDRADE que tanto a elaboração do texto inconstitucional quanto a verificação de sua inconstitucionalidade constituem emanções do mesmo Poder - o Poder Estatal, ainda que sob faces diversas (A Perigosa Extensão ao Direito Tributário da Teoria Geral das Nulidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 5, p. 10).

cumpriam suas obrigações de acordo com a lei vigente no sistema, na presunção de sua constitucionalidade.

O reinício da vigência da norma opera-se em função da declaração de inconstitucionalidade e tem como termo inicial a data da publicação dessa decisão ou da resolução suspensiva do Senado Federal.

Terá assim ocorrido verdadeira instituição ou majoração do tributo, conforme o caso.

Essas são questões que os princípios da **anterioridade, da irretroatividade e da segurança jurídica** visam a regular sob o manto da proteção, do resguardo do contribuinte.

Conveniente, então, promover um breve relato sobre cada um deles.

2.1. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Princípio especificamente tributário, foi inserido na Constituição de 1988 no artigo 150, III, “b”, nos seguintes termos: *“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”*.

A Constituição de 1988, certamente para dirimir controvérsias interpretativas reinantes sob a égide da Constituição anterior, adotou a expressão *“haja sido publicada”* em substituição a *“esteja em vigor”*, seguindo a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto ao sentido da enunciação pretérita.⁴⁴⁶

O artigo 34 da Lei n. 4.320/64 estabelece que o exercício financeiro coincide com o ano civil, indo, pois, de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano. Hoje, a matéria encontra-se na alçada de lei complementar (CF, art. 165, §9º, I), tendo

⁴⁴⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso...*, *op. cit.*, p. 190.

assumido, pois, aquele dispositivo, tal eficácia normativa.

Quanto ao alcance do signo “cobrar” contido no preceito constitucional, ouçamos a lição de Roque Antonio CARRAZZA:

...o princípio da anterioridade exige, evidentemente, que a lei que cria ou aumenta um tributo só venha a incidir sobre fatos ocorridos no exercício subsecutivo ao de sua entrada em vigor. Caso contrário, a Administração Fazendária, por meio do ardil de retardar a cobrança do tributo até o exercício seguinte, com facilidade tornaria letra morta o art. 150, III, “b”, da Constituição. Assim, e.g., tributo criado em junho poderia incidir sobre fatos verificados em julho do mesmo ano, desde que o Fisco tivesse o cuidado de só realizar sua cobrança (mera providência administrativa) no exercício seguinte. Bem precário seria este direito constitucional, se fosse tão fácil costeá-lo. Com verdade, a palavra cobrar, inserta no artigo em foco, está, como tantas outras do texto constitucional, empregada num sentido laico, devendo o intérprete entendê-la sinônima de exigir. Neste sentido, pelo menos, tem-se pronunciado a melhor doutrina.

Não devemos perder de vista que por trás do princípio da anterioridade está o princípio da segurança jurídica. É ele que lhe serve de apoio e lhe revela as reais dimensões.⁴⁴⁷

O princípio da anterioridade quer significar, em síntese, que uma lei instituidora ou majoradora de um tributo tem sua **eficácia normativa técnico-sintática** protraída para o exercício seguinte, salvo, evidentemente, as exceções estabelecidas na própria *Lex Mater*.

*"O princípio da não-surpresa do contribuinte é de fundo axiológico. (...) É valor nascido da aspiração dos povos de conhecerem com razoável antecedência o teor e o quantum dos tributos a que estariam sujeitos no futuro imediato."*⁴⁴⁸

Trabalhando para realizar a segurança jurídica, a anterioridade evita a tributação de surpresa, os aumentos de tributos na calada da noite, garantindo aos cidadãos a prerrogativa de pagar apenas as exações que se originarem de fatos jurídicos ocorridos no exercício seguinte ao da entrada em vigor da lei instituidora ou

⁴⁴⁷ **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 142.

⁴⁴⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, p. 226.

majoradora.⁴⁴⁹ “Portanto, o princípio da anterioridade só é obedecido se e enquanto se aceitar que o fato imponível deve necessariamente ocorrer pelo menos no exercício seguinte àquele em que o tributo foi instituído ou aumentado”.⁴⁵⁰

Na fórmula sintética proposta por Luciano AMARO, temos: “... se o fato 'a' é eleito como tributável por lei de novembro do ano X, somente a partir de janeiro do ano X+1 é que a ocorrência de fatos do tipo 'a' irão gerar obrigação tributária.”⁴⁵¹

Entender de modo contrário significa “... cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que foi criado, ou ainda, exigí-lo com aumento no mesmo exercício financeiro em que foi majorado, atitude esta que violaria a segurança jurídica em função da surpresa tributária.”⁴⁵²

As exceções ao princípio da anterioridade encontram-se no artigo 150, §1º, do Texto Supremo, de modo que estão a salvo dessa vedação o imposto sobre a importação de produtos estrangeiros; o imposto sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; o imposto sobre produtos industrializados; o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; e o imposto extraordinário, que possui como pressuposto a iminência ou o caso de guerra externa (artigo 154, II, da CF). Uma interpretação sistemática do artigo 148 da *Lex Fundamental* também aponta no sentido de considerar abrangido pela exceção os empréstimos compulsórios instituídos para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (artigo 148, I).

⁴⁴⁹ DERZI, Misabel. Nota de atualização in BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. p. 171.

⁴⁵⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso...**, op. cit., p. 142-143.

⁴⁵¹ **Direito Tributário Brasileiro**, p. 118. “Exemplificativamente, o aumento de alíquota do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (art. 156, III, da Constituição), realizado em 14.5.97 só poderá ser exigido sobre fatos que passem a acontecer a partir de 1º.1.98 (primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquela em que a lei foi publicada). [sic]” (MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**, p. 23).

⁴⁵² GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Eficácia e Aplicabilidade das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, p. 126-127.

A Emenda Constitucional n. 33, de 11 de dezembro de 2001, que alterou, dentre outros, o artigo 155 da Constituição, criou uma nova hipótese de exclusão do princípio da anterioridade. Trata-se da incidência única do ICMS sobre operações com alguns combustíveis e lubrificantes cujas alíquotas poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no artigo 150, III, “b” (artigo 155, §4º, IV, “c”). No caso de restabelecimento de alíquota, a menos que a redução tenha sido fixada por prazo determinado, vemos como inconstitucional o alargamento da exceção, dado que restou ofendida uma cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV).

Costuma-se dizer que as contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social não constituem simplesmente uma exceção ao princípio em tela (artigo 195, §6º, da CF), e sim mais, o que se tem designado como *anterioridade especial ou nonagesimal*.⁴⁵³ Segundo Misabel DERZI:

Enquanto pelo princípio da anterioridade do art. 150, III, b, o fundamental é a mudança de período financeiro, ainda que, entre a data da publicação da lei e a de sua aplicação, decorra o espaço de poucas horas ou dia, o princípio da não-surpresa do art. 195, §6º, se satisfaz: a) se a lei é publicada e aplicada no mesmo exercício financeiro, desde que entre os marcos temporais decorra o interstício de noventa dias; ou b) se a lei é publicada em um exercício (p. ex., no dia 12 de dezembro) para ser aplicada no subsequente, contanto que se efetive a espera nonagesimal entre o termo inicial e final.⁴⁵⁴

Todavia, considerado como regra o interstício do exercício financeiro a que alude o artigo 150, III, “b”, pode-se considerar como exceção o prazo nonagesimal aplicável às contribuições da seguridade social, ainda que não absoluta. Temos aí uma exceção relativa.

Citando Tércio Sampaio FERRAZ JR., consignamos finalmente que:

A salvaguarda contra a surpresa exige a periodicidade, que confere aos eventos um mínimo de durabilidade. Por isso, em todas as culturas, o tempo é dividido e contado. Trata-se de dar ao tempo presente uma consistência, fazendo dele um todo extenso e compacto, entre um começo e um fim, dentro do qual os eventos são solidários. Sem essa divisão e essa

⁴⁵³ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso...*, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁵⁴ Nota de atualização..., *op. cit.*, p. 171.

contagem, o homem não conseguiria planejar a sua ação. O princípio da anterioridade periodiza o tempo e lhe dá um sentido de unidade, protegendo os eventos que dentro dela acontecem contra alterações legais que ocorram no período. Não se trata de impedir as revisões legais, mas de garantir as mudanças que elas trazem contra o sobressalto e a surpresa. Sem esta garantia, os eventos não duram (perdem o sentido da duração) e se tornam insignificantes (perdem legitimidade). O estabelecimento de períodos (um dia, um mês, um ano), dentro dos quais a lei nova não produz efeitos, é, assim, vital para o implemento da segurança jurídica.⁴⁵⁵

2.2. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA

É inegável a relevância do princípio da irretroatividade no contexto do presente estudo. Atesta-o Regina Maria Macedo Nery FERRARI, afirmando que em casos tais "*... depara-se com um conflito normativo entre a norma que durante um certo período regulou as condutas de uma determinada forma e a norma que passa a vigorar, considerando a primeira inválida, por vício de inconstitucionalidade.*"⁴⁵⁶

Entendamos que, na verdade, se trata de investigar quais princípios operando no sentido de manter ou afastar o vigor da norma no período entre sua publicação e a declaração de inconstitucionalidade, resta destacada a importância de mais essa baliza constitucional que proíbe a retroação de leis prejudiciais aos cidadãos.

A irretroatividade das leis é um pilar supremo que a atual Constituição consignou no artigo 5º, XXXVI, segundo o qual "*a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito*". Reforço a tal previsão encontramos no capítulo do sistema tributário nacional, artigo 150, III, "a", que proíbe a lei instituidora ou majoradora de um tributo de alcançar fatos jurídicos anteriores ao início de sua vigência.

Os motivos da repetição do princípio geral da irretroatividade da lei no

⁴⁵⁵ Anterioridade e Irretroatividade no Campo Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 65, p. 125.

⁴⁵⁶ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 82.

capítulo do sistema tributário são assim expostos por Paulo de Barros CARVALHO:

Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como *princípio da irretroatividade das leis*, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranqüilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de *empréstimo compulsório*. Isso marcou decisivamente o meio jurídico e, na primeira oportunidade, que ocorreu com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, fez empenho em consignar outra prescrição explícita, dirigida rigorosamente para o território das pretensões tributárias, surgindo, então, o princípio sobre que falamos.⁴⁵⁷

Não basta, portanto, a edição da lei. Mister que a lei seja irretroativa. “*De que valeria o tributo ser criado ou aumentado só por meio de lei, se esta pudesse livremente alcançar fatos ou situações já consumados? Mal comparando, seria o mesmo que trancafiar um criminoso numa cela dando-lhe a chave da porta, com a qual, a qualquer tempo, poderia tranqüilamente evadir-se*”.⁴⁵⁸

O texto constitucional não foi feliz, é verdade, ao referir-se a fatos geradores. O fato que antecede a vigência da lei instituidora do tributo não era, ainda, gerador. A expressão só encontra guarida quando se trata de lei majoradora de tributo. Entretanto, o que a Constituição pretende é impedir que a lei nova se aplique a fato pretérito, que “... *continua sendo não-gerador de tributo, ou permanece como gerador de menor tributo, segundo a lei da época de sua ocorrência*.”⁴⁵⁹

A corporificação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, mera explicitação do princípio geral da irretroatividade das leis, aplica-se aos tributos em geral, não comportando exceções.⁴⁶⁰

Sem prejuízo de outros princípios assegurados no Texto Supremo, na

⁴⁵⁷ **Curso de Direito Tributário**. 12. ed., p. 157.

⁴⁵⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso...**, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁵⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso...**, *op. cit.*, p. 190-191.

irretroatividade repousam os necessários suportes de segurança, previsibilidade e confiança inerentes ao Estado de Direito.

Nenhuma Constituição anterior à atual foi tão pródiga em garantir aos cidadãos brasileiros o baluarte da irretroatividade da lei. Observamos a irretroatividade da lei em geral no artigo 5º, XXXVI; da lei penal, por duas vezes (artigo 5º, XXXIX e XL) e da lei tributária – pela primeira vez – especificamente (artigo 150, III, "a").

*"Essa peculiar insistência da Constituição brasileira na segurança jurídica, na previsibilidade, na 'não-surpresa', deve bastar para se construir uma ordem jurídica, voltada à proteção da confiança na lei, diferente do passado, assim como para afastar posições teóricas ou jurisprudenciais estrangeiras, inconciliáveis com nosso direito positivo."*⁴⁶¹

O princípio, consoante Betina Treiger GRUPENMACHER, "... *tem plena eficácia posto que vem impregnado de grande força...*" e assim pode-se observar "... *com nitidez o seu vetor imediato, a sua aplicabilidade integral e imediata, como do primado da segurança jurídica.*"⁴⁶²

A limitação não foi imposta exclusivamente ao legislador, mas também às decisões judiciais e aos fatos e decisões executivas.

Com efeito, "... *a expressão lei utilizada no art. 5º, XXXVI, tem alcance muito mais amplo para significar a **inteligência da lei em determinado momento**, ou seja, **certa leitura da lei**, abrangendo, assim, os atos **que a ela se conformam**, emanados do Poder Judiciário e do Executivo.*"⁴⁶³

Nesse diapasão, a concepção de norma jurídica adotada por Misabel Abreu Machado DERZI é consentânea com a adotada neste trabalho:

...a aceção do termo *lei*, no contexto constitucional, para expressar um princípio de segurança, certeza e confiança, não pode ficar restrita a *enunciado* ou a *enunciação*, como conjunto de signos lingüísticos sem *significação e objeto*. Compreender dessa forma o

⁴⁶¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. A Irretroatividade..., *op. cit.*, p. 181.

⁴⁶² **Eficácia**..., *op. cit.*, p. 129.

⁴⁶³ DERZI, Misabel Abreu Machado. A Irretroatividade..., *op. cit.*, p. 183.

princípio da irretroatividade seria restringir gravemente direito e garantia fundamental, e consagrar o desígnio de efeitos contrários aos valores constitucionais, o arbítrio de um vazio qualquer.⁴⁶⁴

O princípio é, pois, irretroatividade do **Direito**, e não simplesmente da lei.

Veja-se a redação, ainda, do artigo 146 do Código Tributário Nacional: "*A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente a sua introdução.*" Mais uma homenagem do Código à não-surpresa.

Efeitos similares estendem-se à decisão administrativa que encerra o processo administrativo fiscal onde houve lugar para a discussão em torno da cobrança do tributo.

Enfim, conforme noticia Geraldo ATALIBA: "*As teorias constitucionais que tradicionalmente prevaleceram no Brasil e tiveram o aval do Supremo Tribunal Federal sempre foram (com exceção do interregno 1937-1945) as de que é apanágio da cidadania o ser dono do Estado, da **res publica**. Daí a vedação à retroação ou irretroatividade das leis, constitucionalmente estabelecida, de modo explícito (art. 5º, XXXVI).*"⁴⁶⁵

2.3. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A voz de Pio XII proclamou que "*... da ordem jurídica querida por Deus nasce o inalienável direito do homem à segurança jurídica e, por ele, uma esfera concreta do direito protegida contra todo o ataque arbitrário.*" João XXIII, na

⁴⁶⁴ A Irretroatividade..., *op. cit.*, p. 183.

⁴⁶⁵ **República e Constituição**, p. 186-187.

Encíclica *Pacem in Terris*, repetindo as palavras de seu antecessor, acrescenta que a segurança jurídica é um "*direito fundamental da pessoa humana*."⁴⁶⁶

Aponta Eusebio González GARCÍA o reconhecimento do princípio da segurança jurídica entre os direitos naturais desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁴⁶⁷ Também José Osvaldo CASÁS, que além de confirmar a conclusão, aponta para a segurança jurídica como um valor de elevada hierarquia em todo ordenamento jurídico.⁴⁶⁸

Embora a referência expressa ao princípio conste do artigo 5º, *caput*, do atual Texto Supremo brasileiro, diz-nos Celso Antônio Bandeira de MELLO que:

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. (...) Esta 'segurança jurídica' coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.⁴⁶⁹

Assim, em uma versão elementar da segurança jurídica, poderíamos dizer que esta segurança consiste na existência mesma do Direito. A própria existência de uma ordem jurídica é uma garantia de segurança e a segurança fundamenta e justifica

⁴⁶⁶ Apud XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**, p. 50.

⁴⁶⁷ Relaciones Entre los Principios de Seguridad Jurídica y Legalidad. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Justiça Tributária**, p. 150. O artigo 2º do documento que resultou da Assembléia de 26 de agosto de 1789 assinalou: "*O objeto de toda sociedade política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*"

⁴⁶⁸ Seguridad Jurídica, Legalidad y Legitimidad em la Imposición Tributaria. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Justiça Tributária**, p. 342.

⁴⁶⁹ **Curso de Direito Administrativo**, p. 94. Lembremos ainda que a menção à "segurança" consta já do preâmbulo da Carta de 1988.

o surgimento das instituições jurídicas.⁴⁷⁰

Via de regra, a noção de segurança jurídica é identificada com a de certeza do direito.⁴⁷¹ Nas palavras de Alberto XAVIER, "*... a lei deve garantir, na maior extensão possível, a segurança jurídica ou certeza do direito; (...) ... a justiça material (...) não poderia deixar de se apoiar num princípio que conferisse estabilidade às esferas assim delimitadas, subtraindo a atividade dos cidadãos das âleas do contingente e do arbitrário.*"⁴⁷² A segurança jurídica utiliza a certeza do direito "*... de modo racional e objetivo...*" dirigido à implementação de um valor definido.⁴⁷³

O conjunto harmônico de princípios estabelecido na Constituição "*... é a fiel tradução do significado da segurança jurídica, que tem a sua justificação na circunstância de que não se compreenderia que os cidadãos se reunissem em república, para darem ao Estado a possibilidade de exercitar os poderes que deles mesmo recebeu, usando tais faculdades, instrumentos e meios deslealmente ou surpreendentemente, relativamente aos próprios cidadãos.*"⁴⁷⁴

Logo, a segurança jurídica deverá abranger "*... a elaboração, a aplicação (no Direito Tributário, o lançamento), a interpretação e a própria positivação do ordenamento, penetrando, também, na linguagem jurídica em busca da clareza e da certeza e no próprio funcionamento dos órgãos do Estado.*"⁴⁷⁵

Mas o amplo espectro de irradiação do princípio "*... abrange mais do que a certeza do direito, incluindo a idéia de previsibilidade da ação estatal.*"⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ NOVOA, César García. Seguridad Jurídica y Derecho Tributario. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba** (v. 1), p. 45-46.

⁴⁷¹ VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, n. 54, p. 99.

⁴⁷² **Os princípios...**, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso...**, *op. cit.*, 12. ed., p. 146.

⁴⁷⁴ ATALIBA, Geraldo. **República...**, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Justiça Tributária**, p. 686-687.

⁴⁷⁶ VIEIRA, José Roberto. Princípios, *op. cit.*, p. 99.

O sentimento de previsibilidade propagado pela irradiação do princípio tranqüiliza os cidadãos de modo a permitir "... o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza."⁴⁷⁷

Diferentemente de outros países, a Constituição brasileira dedicou especial atenção aos direitos assegurados aos cidadãos no que diz respeito à tributação. Como aponta Roque Antonio CARRAZZA, "... no que toca aos tributos, nosso Código Supremo beirou as raias do casuísmo."⁴⁷⁸ Sacha Camon Navarro COELHO, sobre isso, averbou: "O Brasil (...) inundou a Constituição com princípio e regras atinentes ao Direito Tributário. Somos, indubitavelmente, o país cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação."⁴⁷⁹

Daí a importante conclusão de Alberto XAVIER: "... o Direito Tributário é, de todos os ramos do Direito, aquele em que a segurança jurídica assume a sua maior intensidade possível..."⁴⁸⁰

Logo, não é dado ao estudioso do direito tributário desprezar a Constituição – como de resto não lhe é dado em nenhum estudo jurídico – e qualquer análise segura dos institutos jurídicos tributários deve ter início neste mais alto escalão de normas, sob pena de amesquinamento ou desconsideração das garantias atribuídas aos contribuintes.

A "*transcendência maior*" do princípio da segurança no direito tributário deve ser reconhecida, em parte, pela influência da complexidade das relações econômicas no mundo moderno e pela adaptação dos sistemas tributários a novas

⁴⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso...*, op. cit., 12. ed., p. 146.

⁴⁷⁸ *Curso...*, op. cit., p. 279.

⁴⁷⁹ *Curso...*, op. cit., p. 45. Não obstante, mesmo em outras plagas há o reconhecimento da "*transcendência maior*" que o princípio assume dentro do direito tributário (Cf. GARCÍA, Eusebio González. *Relaciones...*, op. cit., p. 151).

⁴⁸⁰ *Os princípios...*, op. cit., p. 44.

circunstâncias econômicas.⁴⁸¹

A idéia de "*previsibilidade*" é um elemento fundamental do sistema tributário e principal conseqüência da constitucionalização do tributo, pois, somente a segurança de um ordenamento de efeitos previsíveis garante o contraste constitucional entre as normas tributárias e a interdição da arbitrariedade dos aplicadores do Direito.⁴⁸²

Novamente, recorremos a Celso Antônio Bandeira de MELLO para deixar registrado que:

A segurança é o verdadeiro e supremo objetivo do Direito. Este é o objetivo do Direito. Não é justiça. Se fosse justiça nunca teria havido Direito ao longo da história. O objetivo do Direito é a segurança. O que o Direito visa é exatamente fornecer aos indivíduos pautas que serão seguidas e respeitadas para que as pessoas saibam quando estão conforme à ordem jurídica e, portanto, podem prever os eventos que daí se sucederão, e quando estão desconformes à ordem jurídica e podem, igualmente, prever as eventuais conseqüências que as atingirão. **Se o Direito não fornecer isso aos indivíduos, ele não forneceu absolutamente nada.** [*sic*] [grifo nosso]⁴⁸³

E para finalizar, o veredicto de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO: "*In medio virtus. A liberdade com segurança, a segurança com liberdade constituem para o comum dos mortais o ambiente adequado. Nele é possível a expansão das virtualidades individuais, a conquista da cultura, a criação da riqueza, a obtenção da felicidade.*"⁴⁸⁴

⁴⁸¹ ASOREY, Rubén O. Seguridad Jurídica y Derecho Tributario. **Revista de Direito Tributário**, n. 52, p. 37.

⁴⁸² NOVOA, César García. Seguridad Jurídica..., *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸³ Segurança Jurídica. **Revista de Direito Tributário**, n. 67, p. 51.

⁴⁸⁴ **Estado de Direito e Constituição**, p. 129.

3. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ISENTIVAS

A solução aqui propugnada tem aplicabilidade, além de em outras situações, no caso de eventual declaração de inconstitucionalidade de norma que estabelecia uma isenção.⁴⁸⁵

Com efeito, segundo Roque Antonio CARRAZZA:

...toda e qualquer lei (mesmo a lei só na aparência) goza - até que o Judiciário, quando provocado, decida definitivamente em contrário - de uma presunção de constitucionalidade. Deste modo, o contribuinte que, cumprindo requisitos contidos em lei ao depois judicialmente declarada inconstitucional, fruiu de um benefício (v.g. de uma isenção) não pode ter sua condição piorada (*cf.* art. 5º, XXXVI, da CF).

Portanto, detalhando melhor a idéia, retroage a lei tributária que corrige situação de inconstitucionalidade, desde que, ao fazê-lo, não agrave a situação do contribuinte, ferindo o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada*. [sic]⁴⁸⁶

O pensamento de Hugo de Brito MACHADO segue no mesmo horizonte:

*"Imaginemos a decisão que declara inconstitucional uma lei que isenta de tributo a importação de determinada mercadoria. Se tal decisão produzir efeitos a partir da edição da lei, então todas as importações já ocorridas ensejam a exigência do tributo, e o que é pior, ensejam a consideração daquelas importações como crime de descaminho."*⁴⁸⁷

Idêntica a vertente de Paulo Roberto Lyrio PIMENTA: "... em caso de declaração de inconstitucionalidade de regra isentiva, o Fisco não pode praticar novo lançamento (ou lançamento suplementar) cobrando as diferenças devidas em face da

⁴⁸⁵ Isenções tributárias são situações de ordem objetiva ou subjetiva, especificamente definidas em lei, nas quais não há exigência de tributo.

⁴⁸⁶ Curso..., *op. cit.*, p. 257.

⁴⁸⁷ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 06, p. 224.

atuação da referida norma."⁴⁸⁸

Deverá restar, portanto, **mantido o vigor** da norma isentiva no período entre sua publicação e a declaração de inconstitucionalidade. Além disso, não parece desarrazoado concluir que o contribuinte poderá pleitear a reparação dos danos causados em virtude da sua aplicação.

Bem a propósito a redação do artigo 15 do Projeto de Lei Complementar n. 646/1999 (Código de Defesa do Contribuinte): "*Os efeitos da decisão transitada em julgado, em controle difuso ou em ação direta, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, não implicarão exigência de complementação, no âmbito administrativo ou judicial, do valor do crédito tributário extinto anteriormente à vigência da decisão.*"

E a exposição de motivos clarifica o objetivo de sua existência:

Cuida-se de conferir estabilidade e previsibilidade à relação jurídica já consolidada entre o contribuinte e o Fisco. Vale dizer, extinto embora o crédito tributário, **ou usufruída uma vantagem fiscal qualquer**, estará o contribuinte sujeito a ter que pagar a mais, ou a se desfazer e a compensar monetariamente a vantagem fiscal, se, a qualquer momento, em futuro incerto e não sabido, vier o Judiciário a declarar inconstitucional a lei vigente ao tempo de consolidação da relação tributária. [*sic*] [grifo nosso]

4. A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DAS AGROINDÚSTRIAS

Até o advento da Lei n. 8.870/94 (artigo 25, §2º), as chamadas agroindústrias recolham suas contribuições sociais utilizando como base de cálculo a folha de salários de seus empregados.

A partir de então, passou a vigorar a seguinte regra:

Art. 25. A contribuição prevista no art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, devida à seguridade social pelo empregador, pessoa jurídica, que se dedique à produção rural, passa a ser a seguinte:

⁴⁸⁸ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 186.

I – dois e meio por cento da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção:

II – um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho. (...)

§2º. O disposto nesse artigo se estende às pessoas jurídicas que se dediquem a produção agroindustrial, quanto à folha de salários de sua parte agrícola, mediante o pagamento da contribuição prevista neste artigo, a ser calculada sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1103, julgou inconstitucional esse parágrafo 2º do artigo 25 da Lei n.º 8.870/94 (a decisão foi publicada no Diário da Justiça da União em 03.02.97).

Assim, enquanto vigorou o artigo em tela, as agroindústrias pagavam as contribuições sociais de duas formas: a) quanto à folha de salários de sua divisão agrícola, mediante a aplicação da alíquota de 2,6% sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu valor de mercado; b) quanto à folha de salários de sua divisão industrial (designemos assim), mediante a aplicação da alíquota de 20% sobre o total dos salários pagos (regime normal, já conhecido).

Com a declaração de inconstitucionalidade, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) notificou várias empresas, pois a legislação vigente anteriormente à publicação da norma declarada inconstitucional (agora revigorada) acarretava uma tributação mais gravosa para tais empresas. Entendeu, assim, o órgão que essas empresas deveriam pagar a diferença entre o que recolheram com base na lei declarada inconstitucional e o que deveriam ter pago tomando-se por base a folha de salários da parte agrícola, sistemática revigorada em face da inconstitucionalidade.

Isso porque a decisão do Supremo Tribunal Federal retroagiria e considerar-se-iam nulos todos os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional. Eis a aplicação do velho dogma.

Tivemos a oportunidade de manifestar-nos a respeito, opinando pelo caminho proposto linhas atrás, apurados pelo princípio da segurança jurídica.⁴⁸⁹

A Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, no Parecer n. 815/97, por razões óbvias, opinou pela cobrança da diferença consubstanciada no montante que deixou de ser arrecadado em função da aplicação da norma declarada inconstitucional.⁴⁹⁰

Contudo, na esteira do que já afirmamos, a anterioridade, a irretroatividade e a segurança jurídica garantem a manutenção do vigor da norma sob comento no período entre a sua publicação e a declaração de inconstitucionalidade.

Apenas para engrossar o caldo da doutrina que propõe temperamentos e conciliações em casos tais, trazemos à baila a lição de Teori Albino ZAVASCKI:

Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador - e esse é o seu papel - ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.⁴⁹¹

E em decisão específica sobre o tema, embora não trilhando o caminho

⁴⁸⁹ DALLAZEM, Dalton Luiz. As "Agroindústrias" e as Contribuições Sociais Devidas em Função da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei 8.870/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 16/98, p. 387-384. Antes de nós, Reinaldo Chaves RIVERA havia trilhado o mesmo rumo (Ação Direta de Inconstitucionalidade - Efeitos - A Cobrança de Contribuições Previdenciárias das Agroindústrias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 32, p. 61-77). Para RIVERA, o Congresso Nacional, após a declaração de inconstitucionalidade, poderia regulamentar as situações dela decorrentes. Posteriormente, Hugo de Brito MACHADO publicou parecer também no mesmo horizonte (Contribuição previdenciária das agroindústrias - declaração de inconstitucionalidade do §2º do art. 25, da Lei n. 8.870/94 - Seu Alcance. Inexistência de efeitos retroativos em prejuízo do contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 56, p. 89-102).

⁴⁹⁰ Contribuição Social - Empregador Dedicado à Produção Rural - Declaração de Inconstitucionalidade - Efeito "ex tunc". **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 21, p. 97-103.

⁴⁹¹ **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 49-50.

constitucional, porque carecedor de tal competência, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - LEI 8.212/91: REPRISTINAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.870/94 - EMPRESA AGROINDUSTRIAL. 1. As empresas agroindustriais, com a revogação do art. 22, I da Lei 8.212/91, passaram a contribuir para a Previdência, com o percentual de 2,5% incidente sobre o valor estimado da produção. 2. Declarada a inconstitucionalidade da norma revogadora (§ 2º do art. 25 da Lei 8.870/94, não pode ser cobrada a contribuição com respaldo na norma antecedente (art. 22, I da Lei 8.212/91). 3. Incidência da LICC que proíbe o efeito *retro operandi* da norma revogada (art. 2º, §3º). 4. Recurso especial improvido.⁴⁹²

Que prevaleça então a **segurança jurídica**, para nosso regozijo!

⁴⁹² Recurso Especial n. 258.022, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, DJ de 20 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 jun. 2002.

SEÇÃO III

REPETIÇÃO DO INDÉBITO

1. FUNDAMENTO JURÍDICO

O fundamento jurídico infraconstitucional genérico da repetição do indébito tributário encontra-se no artigo 165, cumulado com o artigo 168, ambos do Código Tributário Nacional. Ali também haverá de estar albergada a hipótese de declaração de inconstitucionalidade.⁴⁹³

Eis que o prestigioso pensar é de Aliomar BALEEIRO: "*Os tributos resultantes de **inconstitucionalidade**, ou de ato ilegal e arbitrário, são os casos mais freqüentes de aplicação do inciso I do art. 165. [grifo nosso]*"⁴⁹⁴

Marcelo Fortes de CERQUEIRA lapidou esse entendimento para concluir que "*... o fundamento jurídico positivo da norma geral e abstrata que atribui o direito à repetição no Sistema Tributário Brasileiro há de ser encontrado na própria Constituição Federal. É mais especificamente no Sistema Constitucional Tributário e nos princípios constitucionais regentes da matéria que o art. 165 do CTN, que outorga o direito à restituição do indevidamente pago, encontra seu fundamento último de*

⁴⁹³ Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES reputam o CTN inaplicável à hipótese de inconstitucionalidade (**Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do Indébito**, p. 41-42). Com a devida vênia, seu raciocínio peca pelo enaltecimento da interpretação meramente literal do artigo 96 daquele diploma, que, ao mencionar o que se compreende na expressão "legislação tributária", não cita expressamente os dispositivos constitucionais. Ora, pensar assim significa, no nosso entender, afastar o texto supremo da análise dos problemas tributários e ainda anular a principal função das chamadas "normas gerais de direito tributário", qual seja a de regulamentar as limitações constitucionais ao "poder" de tributar. Melhor seria então, como fez Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, buscar o fundamento na própria Constituição, a partir dos princípios superiores da legalidade, moralidade, boa-fé, nulidade da norma inconstitucional e proibição do enriquecimento sem causa (**Efeitos...**, *op. cit.*, p. 126).

⁴⁹⁴ **Direito Tributário Brasileiro**, p. 881.

validade."⁴⁹⁵

Logo, "...não existisse a norma geral e abstrata veiculada pelo art. 165 do CTN, mesmo assim remanesceria o direito à devolução do indevidamente recolhido aos cofres públicos."⁴⁹⁶

O princípio constitucional da estrita legalidade tributária, seria então, segundo CERQUEIRA, o suporte da repetição de indébito.

Acrescentamos, com Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, a moralidade, a boa-fé e a proibição do enriquecimento sem causa.⁴⁹⁷

Ouçamos também, sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de MELLO:

De todo modo, como se vê, por um ou outro fundamento, o certo é que não se pode admitir que a Administração se locuplete à custa alheia e, segundo nos parece, o enriquecimento sem causa - que é um princípio geral do Direito - supedaneia, em casos que tais, o direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado em seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fé, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente do empobrecido.

Tem-se, portanto, que a regra geral, que o princípio vetor na matéria, evidentemente é - e não pode deixar de ser - o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. Logo, para ser excepcionado, demanda o concurso de sólidas razões em contrário, quais sejam: a prova, a demonstração robusta e substancial de que o empobrecido obrou com má-fé, concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida. É que, em tal caso, haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu. Fora daí, entretanto, seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial decorrente da relação jurídica travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica, mas ao depois considerada inválida. [*sic*]⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ **Repetição do Indébito Tributário**, p. 282-282. Idêntica linha de pensamento adota MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**, p. 407-408.

⁴⁹⁶ CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição...**, *op. cit.*, p. 282.

⁴⁹⁷ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁹⁸ O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 210, p. 33.

Isso posto, é lícito considerar que, permitir a repetição do indébito, daquilo que, pago indevidamente, em razão da inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo, significa afirmar o prestígio da legalidade, da moralidade, da boa-fé e da proibição do enriquecimento sem causa. **O afastamento do vigor da norma inconstitucional no período entre a sua publicação e a declaração de invalidade estará prestigiando valores que a própria Constituição visa a realizar.**

Resgate-se, nesse momento, a advertência quanto ao perigo – quase que uma espada de Dâmocles – da expressão "*excepcional interesse social*" contida no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, acima analisado. Basta invocar a hipótese para afastar os princípios constitucionais agora enumerados como garantidores do direito à repetição.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal já rechaçou, em numerosas oportunidades, as chamadas "*razões de Estado*", mas não sabemos o que sucederá em tempos de crescentes contestações aos critérios de nomeação dos Ministros de nossa Suprema Corte – nada populares, aliás.

Citamos, exemplificativamente, o seguinte julgado:

É preciso advertir que as razões de Estado - quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição - representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade normativo-hierárquica da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais.⁴⁹⁹

Seriam justificáveis – as chamadas razões de Estado – segundo Paulo Roberto Lyrio PIMENTA:

...quando houver uma situação **excepcional** que leve a Corte, mediante a aplicação do

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Reg. em Agravo de Instrumento n. 236.546. Caixa Econômica Federal e Adilson dos Santos Almeida e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 24 ago. 1999. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 218, p. 222-225, out./dez. 1999.

princípio da proporcionalidade, a afastar os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da nulidade da norma inconstitucional e do enriquecimento sem causa, para atingir determinado fim protegido pela Constituição. Exemplifiquemos: em caso de ocorrência de guerra externa, a CF (art. 154, II) permite que seja afastado o princípio da reserva de competências tributárias. Nesta situação, é possível que o STF confira eficácia prospectiva à pronúncia de inconstitucionalidade, caso seja adequada ao alcance de determinado fim: evitar o colapso financeiro do Estado, envolvido em conflito internacional. (...)

Em matéria tributária essa questão foi discutida pelo Pretório Excelso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102, que tinha por objeto as expressões "empresários" e "autônomos", contidas no art. 22, I, da Lei 8.212/91. Naquela ocasião, o Ministro Relator, Maurício Corrêa, manifestou-se pela atribuição de eficácia prospectiva à pronúncia de inconstitucionalidade, por entender que a aplicação do princípio da nulidade traria consequências drásticas para o orçamento da Seguridade Social. Todavia, a Corte, por maioria, rejeitou este entendimento, atribuindo, por conseguinte, eficácia retroativa à decisão. [grifo nosso]⁵⁰⁰

Logo, salvo a excepcionalíssima lembrança de PIMENTA, deve prevalecer o direito à repetição do indébito.⁵⁰¹ *"Se a coletividade se beneficiou em detrimento do patrimônio de determinada pessoa (contribuinte onerado), esta mesma coletividade deve suportar os ônus para recompor o que foi indevidamente feito, posto que a supremacia da Constituição não pode se submeter a alegações de que os fins justificariam os meios, nem que a existência de 'razões de Estado' impediriam o ressarcimento do sujeito atingido. [sic]"*⁵⁰²

2. PRAZO PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Conforme acima delineado, é o Código Tributário Nacional que regula as hipóteses de repetição do indébito, aí inclusas as situações decorrentes de

⁵⁰⁰ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁰¹ Com a adaptação para o nosso raciocínio no sentido de que a eficácia da decisão será sempre *ex nunc*, mas nessa hipótese restrita (que não excluiria outras nas quais houvesse a **cabal comprovação** do **grave** colapso financeiro do Estado) haveria a manutenção do vigor da norma inconstitucional no período entre sua publicação e a declaração.

⁵⁰² GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 76.

inconstitucionalidade.

Não entendemos aplicável o Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que afastado resta pelo **critério da especialidade cumulado com o cronológico**, pois o Código Tributário Nacional (critério da especialidade) data de 1966 (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - critério cronológico).⁵⁰³

Afastamos ainda a idéia de que o objeto da restituição, no caso de inconstitucionalidade, não seria tributo. Aquilo que se restitui corresponde tecnicamente ao conceito de tributo. Disse-o, muito bem, José Souto Maior BORGES: "*... não há como fugir-se à conclusão de que a devolução do tributo não é, ao contrário do que pode parecer, expressão inadequada à descrição do objeto. É expressão elíptica que designa a devolução da receita tributária.*"⁵⁰⁴

Vejamos então a redação dos artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no §4º do art. 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário; II - na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

⁵⁰³ Dec. n. 20.910/32: "*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.*" Em sentido contrário, admitindo a aplicação desse decreto: GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 73; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**, p. 167.

⁵⁰⁴ **Lançamento Tributário**. p. 223. Na mesma linha: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso...**, *op. cit.*, p. 417.

Merece menção, ainda, o artigo 169 do CTN;⁵⁰⁵ para concluirmos, com Marcelo Fortes de CERQUEIRA, que o prazo sobre que versamos possui natureza decadencial quando se toma como referência o acesso à via administrativa; por outro lado, adotando como norte a possibilidade de ingresso diretamente no Poder Judiciário, tal prazo é prescricional.⁵⁰⁶

2.1. AS PROPOSIÇÕES QUANTO AO TERMO INICIAL DO PRAZO PARA O PLEITO DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Singram na doutrina e na jurisprudência pátria algumas proposições que fixam diferentemente o termo inicial do prazo para se pleitear a restituição dos valores de tributos recolhidos indevidamente.

Vejamos.

2.1.1. Termo inicial: data da extinção do crédito tributário (artigo 168, I, do CTN)

O artigo 168, I, do CTN, conforme se percebe de sua redação, pelo acima transcrito, fixa o termo inicial do prazo como sendo a **data da extinção do crédito tributário**. A partir dessa data, tem o sujeito passivo o lapso temporal de cinco anos para pleitear a restituição.

A extinção do crédito tributário, por sua vez, é prevista no artigo 156 do CTN, nos seguintes casos:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - a remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do

⁵⁰⁵ "Art. 169. Prescreve em 2 (dois) anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição."

⁵⁰⁶ **Repetição**..., *op. cit.*, p. 364. No mesmo sentido: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência**..., *op. cit.*, p. 253.

disposto no §2º do art. 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado; XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

Como é sabido, existem tributos que dependem de lançamento para que possam ser pagos pelos sujeitos passivos – como por exemplo o IPTU –, e existem tributos que não dependem de tal condição para tanto – a maioria, atualmente.

O lançamento constitui atividade privativa das autoridades administrativas, definido pelo artigo 142 do CTN como "*... o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*"

Logo, a data da **extinção** do crédito tributário, quanto aos tributos que **dependem** de lançamento para sua cobrança, é a data do **pagamento**, de acordo com o artigo 156, I, do CTN. Eis então, **o termo inicial do prazo de restituição em casos tais: a data do pagamento** – a partir de então, contam-se cinco anos.

Por outro lado, a data da **extinção** relativamente aos tributos que **não dependem** de lançamento, sujeitos então ao chamado "*autolançamento*", é a data da **homologação, expressa ou tácita**, do pagamento antecipado decorrente desse "*autolançamento*", segundo a previsão do artigo 156, VII, do CTN.⁵⁰⁷

Nos dizeres do artigo 150, §§ 1º e 4º, sempre do CTN, temos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. §1º. O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. §4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o

⁵⁰⁷ A expressão "autolançamento" será mais adiante explicitada - Seção VI deste mesmo Capítulo.

lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A homologação, portanto, poderá ser expressa ou tácita. No primeiro caso, quando praticada efetivamente, expressamente, no lapso de cinco anos contados da ocorrência do "fato gerador".⁵⁰⁸ No segundo caso, quando a Fazenda deixa transcorrer *in albis* esse lapso temporal sem nenhuma fiscalização do contribuinte.

Pois bem!

O termo inicial do prazo de repetição no caso dos tributos sujeitos ao "autolançamento" é a data da homologação (expressa ou tácita) do pagamento antecipado, uma vez que essa é a data da extinção do crédito tributário – art. 156, VII, do CTN. A partir de então, contam-se cinco anos.

Atente-se, nesses casos, para a incidência de **dois lapsos temporais de cinco anos**: um até a homologação tácita, que poderá ser menor do que cinco se for expressa; outro, a partir desta homologação.

Assim, se a homologação for tácita, perfaz-se o total de dez anos contados da ocorrência do fato jurídico tributário ("fato gerador").⁵⁰⁹

Sobre tal lapso temporal, averba Paulo de Barros CARVALHO:

O prazo decadencial de cinco anos, relativamente aos tributos sujeitos ao regime de "lançamento por homologação", começa a fluir para o contribuinte a partir da homologação

⁵⁰⁸ A inclusão da expressão entre aspas quer reportar-se às críticas que a doutrina lhe dirige. Citamos, na vanguarda da busca pela coerência científica, Alfredo Augusto BECKER, não o primeiro a perceber a objeção à expressão, mas o primeiro a sugerir seu abandono como designativa para duas situações distintas: a previsão abstrata da norma e a situação concreta a que ela se refere (**Teoria Geral do Direito Tributário**. 2. ed., p. 288).

⁵⁰⁹ Hugo de Brito MACHADO é tido como o construtor dessa tese ao tempo em que integrava o Poder Judiciário. Seu raciocínio encontra-se exposto em obra que coordenou (**Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**, p. 21). Também no mesmo rumo, temos: CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição...**, *op. cit.*, p. 366; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Liminares e Depósitos Antes do Lançamento por Homologação - Decadência e Prescrição**, p. 43; TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória**. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**, p. 123.

expressa ou tácita por parte do fisco. Este é o sentido que se pode construir a contar do texto do direito positivo brasileiro, sem qualquer esforço retórico. Segue-se que o termo inicial de contagem do prazo de caducidade está fixado na data da extinção do crédito tributário, vale dizer, no preciso instante em que se dá a homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado, promovido pelo contribuinte.⁵¹⁰

Veja-se, a propósito, como "homologação" do raciocínio, a redação do Ato Declaratório nº 96, de 26 de novembro de 1999, expedido pela Secretaria da Receita Federal:

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).⁵¹¹

Há também, no mesmo rumo, várias decisões do Superior Tribunal de Justiça.⁵¹²

⁵¹⁰ Extinção da Obrigação Tributária, nos Casos de Lançamento por Homologação. *In*: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org.). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba** (v. 1), p. 232-233.

⁵¹¹ Este Ato Declaratório foi expedido após a edição, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, do Parecer PGFN/CAT/N. 1.538/99 (disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br>> Acesso em 09 out. 2001).

⁵¹² Recurso Especial n. 75.006/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, unânime, *DJ* de 11 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Recurso Especial n. 69.233/RN, 1ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, unânime, *DJ* de 30 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 43.502/RS, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria, *DJ* de 29 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Recurso Especial n. 239.430/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, *DJ* de 22 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000.

2.1.2. Termo inicial: a declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle concentrado, ou ainda, no controle difuso com posterior suspensão pelo Senado Federal.

Consoante outro entendimento, um segundo termo inicial do prazo para a repetição surgiria com a declaração de inconstitucionalidade proferida em abstrato, ou ainda quando da publicação da resolução suspensiva do Senado Federal. Esse prazo seria de cinco anos contados a partir da declaração de inconstitucionalidade ou da dita resolução.

Na doutrina, postulam essa conclusão, entre outros: Ricardo Lobo TORRES⁵¹³; Alberto XAVIER⁵¹⁴; Marcelo Fortes de CERQUEIRA⁵¹⁵; Paulo Roberto Lyrio PIMENTA⁵¹⁶; Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES⁵¹⁷; e José Henrique LONGO⁵¹⁸.

Também encontramos essa posição na jurisprudência do Conselho de Contribuintes da União⁵¹⁹ e no Superior Tribunal de Justiça⁵²⁰.

⁵¹³ **Restituição de Tributos**, p. 169. O Autor aplica o Decreto n. 20.910/32.

⁵¹⁴ **Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário**, p. 97. XAVIER não deixa claro quanto seria o prazo a computar a partir da declaração de inconstitucionalidade.

⁵¹⁵ **Repetição...**, *op. cit.*, p. 332-334. Esse autor entende que o termo inicial ora comentado tem pertinência quando vier reforçar o direito do contribuinte quando contraposto à regra do art. 168, I, do CTN. Em suma: o contribuinte continua dispondo de dez anos (se a homologação for tácita), mas poderá dispor de um segundo termo inicial - a declaração de inconstitucionalidade - quando este lhe enrijecer o direito à repetição. Seu raciocínio está fundamentado na interpretação analógica do art. 168, II, do CTN, o qual concederia o prazo de cinco anos, a partir da declaração de inconstitucionalidade, para que o contribuinte pleiteasse a repetição do indébito.

⁵¹⁶ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 167-169. O autor aplica o Decreto n. 20.910/32 para fundamentar o raciocínio.

⁵¹⁷ **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 68-71. Também esses doutrinadores aplicam o Decreto n. 20.910/32.

⁵¹⁸ Prazo para Restituição de Tributo Recolhido com Base em Norma Declarada Inconstitucional. **Revista de Direito Tributário**, n. 80, p. 156-160. Novamente verifica-se a aplicação do Decreto n. 20.910/32.

⁵¹⁹ Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-06568. Recurso Voluntário n. 128955. Credicard S.A. Adm. de Cartões de Crédito e DRJ-Campinas/SP. Relator: Cons. José Clóvis Alves. 19 mar. 2002. *DOU* 05 mar. 2002; Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-06341. Recurso Voluntário n. 123375. Cofepe - Comércio de Ferro e Perfilados Ltda e DRJ-Belo

O Superior Tribunal de Justiça, diga-se de passagem, encontra-se em completa confusão sobre a matéria. Tem designado de prazo decadencial aquele do artigo 168, I, do CTN, e de prescricional o prazo, que diz ser de cinco anos, contado a partir da declaração de inconstitucionalidade. Neste último caso, até recentemente não havia referência, nos julgamentos, quanto à origem jurídica do raciocínio. Tão-somente afirmava-se a aplicação do prazo decadencial do artigo 168, I, do CTN, e do prazo prescricional contado da declaração de inconstitucionalidade.

Há decisões, ainda, que desprezam, simplesmente, o prazo de dez anos do CTN, e aplicam cinco anos, sem também demonstrar de onde retiram fundamento jurídico para tanto, a partir da publicação da decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei na qual se fundou a exação.⁵²¹

E mais: recentemente, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 404.938, o STJ entendeu que o valor a restituir, por ser inconstitucional, não é tributo, de modo que se aplica, então, o Decreto n. 20.910/32 para a repetição do indébito, e não o CTN.⁵²²

Existe, ainda, pronunciamento que reconhece o prazo de dez anos e aplica o

Horizonte/MG. Relator: Cons. Maria Ilca Castro Lemos Diniz. 25 jul. 2001. *DOU* 30 jan. 2002; BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-05962. Recurso Voluntário n. 122087. Paracat e Cia. Ltda e DRJ-Foz do Iguaçu/PR. Relator: Cons. Natanael Martins. 10 mai. 2000. *DOU* 23 out. 2000.

⁵²⁰ Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 43.995/RS, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria, *DJ* de 29 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Recurso Especial n. 75.006/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, unânime, *DJ* de 11 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Recurso Especial n. 69.233/RN, 1ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, unânime, *DJ* de 30 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 43.502/RS, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria, *DJ* de 29 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000; Recurso Especial n. 239.430/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, *DJ* de 22 mai. 2000.

⁵²¹ Agravo Regimental no Recurso Especial n. 419.207/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, *DJ* de 01 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 23 jul. 2002.

⁵²² 2ª Turma. Relator Min. Franciulli Neto, unânime, ainda não publicado. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 03 nov. 2002.

prazo quinquenal contado da declaração de inconstitucionalidade quando este segundo prazo vier a beneficiar o credor do indébito.⁵²³

A despeito da autoridade da doutrina e da jurisprudência administrativa e judicial aqui citadas, credoras de nossa reverência, **não logramos identificar, claramente, a explicitação quanto ao exate alcance, em relação ao passado, do termo inicial ora comentado**, embora possamos deduzir que sua aplicação permitiria a devolução de tudo quanto foi pago na vigência da lei declarada inconstitucional, desde a sua edição – ainda que tenha sido há vinte, trinta ou quarenta anos atrás, não importa.

Merece ressalva apenas o trabalho de Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES, que **expressamente** sustentam essa possibilidade.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas ocasiões, parece que caminhou nesse rumo, ao entender que surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito desde que declarada a inconstitucionalidade, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido.⁵²⁴

Observe-se que o anteprojeto de Código Tributário Nacional, elaborado por Rubens Gomes de Souza, previa, em seu artigo 204: "*O direito de pleitear a restituição prescreve no prazo de cinco anos, contados: I - na hipótese prevista na alínea I do art. 201, da data em que passar em julgado a decisão nela referida...*". Por sua vez, rezava o artigo 201, I: "*inconstitucionalidade da legislação tributária ou do*

⁵²³ Agravo Regimental no Recurso Especial n. 251-831/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, DJ de 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 mar. 2002.

⁵²⁴ Recurso Extraordinário n. 141.331, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, unânime, DJ de 07 out. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002; Recurso Extraordinário n. 136.883, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 13 set. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002; Recurso Extraordinário n. 145.787, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 08 mai. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002; Recurso Extraordinário n. 143.677, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, unânime, DJ de 15 mai. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002; Recurso Extraordinário n. 136.805, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, unânime, DJ de 26 ago. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002

ato administrativo em que se tenha fundado a cobrança, declarada por decisão definitiva e passada em julgado, ainda que posterior ao pagamento."⁵²⁵

Oportuna então, para enfatizar a importância da discussão que a doutrina vem imprimindo ao tema, a transcrição da sentença de J. H. Von KIRCHMANN, que se confirmaria se esse preceito fosse hoje porventura editado: "... *três palavras do legislador tornam ultrapassadas bibliotecas inteiras*".⁵²⁶

2.1.3. Termo inicial: momento em que a ilegitimidade dos lançamentos lastreados em disposição inconstitucional é expressamente reconhecida pela administração tributária

Há, também, um terceiro passo na fixação do prazo para a devolução do indébito, que postula o termo inicial como sendo o momento em que a ilegitimidade dos lançamentos lastreados em disposição inconstitucional é expressamente reconhecida pela administração tributária.

Essa exegese teve impulso com a edição do artigo 77 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa: I - abster-se de constituí-los; II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Seguiu-se-lhe o Decreto n. 2.194, de 07 de abril de 1997, que restou revogado, por semelhança de matéria, pelo Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de

⁵²⁵ Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Causas de Impedimento Prescricional de Indébitos Tributários. Ocorrência de Coação e Inconstitucionalidade. **Revista de Direito Tributário**, n. 39, p. 87.

⁵²⁶ **La Jurisprudencia no es Ciencia**, p. 29.

1997, cujos artigos 1º, 4º, 5º e 6º prevêem:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal. Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda,

as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Art. 6º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderá ser autorizado pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ouvida a Consultoria Jurídica, a desistir ou abster-se de propor ações e recursos em demandas judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

§ 1º Na hipótese prevista no *caput*, o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social poderá determinar que os órgãos administrativos procedam à adequação de seus procedimentos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores.

§ 2º O Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, relativamente aos créditos previdenciários, com base em lei ou ato normativo federal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originariamente ou mediante recurso extraordinário, conforme o caso, e ouvida a Consultoria Jurídica, poderá autorizar o INSS a: a) não constituí-los ou, se constituídos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento; b) não inscrevê-los em dívida ativa ou, se inscritos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento; c) abster-se de interpor recurso judicial ou a desistir de ação de execução fiscal.

Várias situações foram objeto das diretrizes supra, como por exemplo, os tributos enumerados nas Instruções Normativas n.ºs 63, de 24 de julho de 1997 e 165, de 31 de dezembro de 1998, bem como no artigo 18 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002 (fruto, após dezenas de reedições, da Medida Provisória n. 1.110, de 30 de agosto de 1995).

No âmbito do Conselho de Contribuintes da União, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, instância final no trâmite do processo administrativo tributário federal, assim sintetizou a questão de que tratamos:

Decadência. Pedido de Restituição. Termo Inicial.

Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIn;
- b) da Resolução do Senado que confere efeito "erga omnes" à decisão proferida "inter partes" em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação

tributária.⁵²⁷

Digno de nota ainda o Parecer Cosit n. 58/98, expedido pela Secretaria da Receita Federal:

25. Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável: que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes da lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, eram a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos. 26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos "erga omnes", que conforme já dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou **após a edição do ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto n. 2.346/1997, art. 4º)**. 26.1. Quanto à declaração de inconstitucionalidade de lei por meio de ADIn, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data do trânsito em julgado da decisão do STF. [grifo nosso]

No intuito de lapidar o entendimento expresso no Parecer Cosit n. 58/98, a Receita Federal expediu o Parecer Cosit n. 4/99, que estabelece o prazo como sendo de **cinco anos** anos a partir do ato administrativo que reconhece, no âmbito administrativo fiscal, o indébito tributário.

Não obstante digna de respeito, igualmente, a posição aqui noticiada, não vemos como conferir-lhe guarida à luz do direito positivo vigente.

Observe-se que o artigo 77 da Lei n. 9.430/96 fixa a competência para a prática de atos administrativos relativos a créditos tributários cuja norma instituidora tenha sido declarada inconstitucional pelo STF. E a competência, nesse sentido, **restringe-se a:** abster-se de constituí-los; retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como

⁵²⁷ BRASIL. Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 01-03.239. 19 mar. 2001.

deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Não nos parece que haja aí um trampolim que permita o salto rumo à repetição do indébito. Abaixo veremos que a regra do CTN que trata do prazo de repetição do indébito é típica norma geral de direito tributário, detentora portanto da eficácia normativa de lei complementar, inatingível por prescrições veiculadas no ventre de uma lei ordinária.

Além disso, novamente não há critérios claros quanto ao alcance desse termo inicial em relação ao passado, embora, novamente, seja possível inferir que, aceita a proposição, impõe-se a devolução de tudo quanto foi pago desde a publicação da lei inconstitucional.

Pensamos, entretanto, **em homenagem à segurança jurídica**, que é necessário impor um limite à repetição do indébito.

3. NOSSA PROPOSIÇÃO QUANTO AO TERMO INICIAL DO PRAZO PARA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Antes de mais nada, queremos deixar registrado que o pleito de repetição *"...deve ser formalizado por meio de um procedimento - administrativo ou jurisdicional -, que culmina com a expedição de um ato autoritativo, que tem a função de conferir certeza à obrigação. Se a obrigação nascer ilíquida, o ato final do procedimento também terá a função de lhe atribuir liquidez. [sic]"*⁵²⁸

Preleciona, muito a propósito, Paulo de Barros CARVALHO:

Firmemos uma posição importante: se as relações jurídicas nascem com o advento de enunciados lingüísticos, individualizados pela presença da síntese deôntica, **usada e não simplesmente mencionada**, instalando-se no lugar sintático de conseqüente de norma individual e concreta, expedida pelo Poder Público, não podemos deixar de convir em que suas eventuais modificações, bem como sua extinção, operar-se-ão, também e necessariamente, por força de outro enunciado de linguagem, como já foi referido. A verdade dessa proposição me parece cristalina, mesmo porque se comprova a cada passo,

⁵²⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 123.

nas mais variadas situações que experimentamos no trato corriqueiro com os assuntos tributários. Não há relação jurídica sem expressão de linguagem e, em qualquer ramo do direito, as modificações que lhe forem introduzidas provirão de outras manifestações lingüísticas, formuladas de acordo com o padrão hierárquico vigente. [*sic*]⁵²⁹

Firmada então a premissa de que há necessidade de um pronunciamento administrativo ou judicial que autorize a repetição do indébito ao contribuinte, **manifestamos nossa adesão à corrente que apregoa o termo inicial do prazo para tal repetição como sendo aquele do artigo 168, I, do CTN - a data da extinção do crédito tributário.**⁵³⁰

Não se trata, como diz Paulo de Barros CARVALHO, de "*...mera proposta exegética que a doutrina produz na linha de afirmar suas tendências ideológicas. É prescrição jurídico-positiva, estabelecida pelo legislador de maneira explícita.* [grifo nosso]"⁵³¹

Não vislumbramos, com o devido acatamento, fundamento jurídico para a aplicação dos demais prazos. Nem mesmo a analogia pode chegar tão longe.

A idéia de *actio nata* posta como fundamento para a tese de que a declaração de inconstitucionalidade teria o condão de reabrir prazos, representa indisfarçável petição de princípio, de acordo com a feliz observação de Eurico Marcos Diniz de SANTI e Paulo Cesar CONRADO, pois, da declaração de inconstitucionalidade em abstrato – ou mesmo da suspensão do Senado, que opera no mesmo patamar – não nascem concretamente direitos subjetivos; ali não se conhecem fatos, apenas se verifica a adequação abstrata da norma à Constituição.⁵³²

Embora reconheçamos que a declaração de inconstitucionalidade sirva de

⁵²⁹ **Fundamentos Jurídicos da Incidência**, p. 187-188.

⁵³⁰ Não negamos, por outro lado, que também o artigo 168, II, do CTN, é apto para ser invocado nas hipóteses ali relacionadas; mas afastamos a interpretação que se lhe atribui para o fim de fixar prazo de repetição quando houver declaração de inconstitucionalidade de norma tributária.

⁵³¹ Extinção da Obrigação..., *op. cit.*, p. 233.

⁵³² Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 86, p. 32.

fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, a repetição do indébito somente é viável se "*...pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.*"⁵³³ Ademais, "*...a ação direta de inconstitucionalidade não conhece nem analisa os fatos da 'incidência', do ato de lançamento e do pagamento; objetiva tão-apenas a produção de juízo de pertinencialidade do enunciado da lei ao ordenamento jurídico.*"⁵³⁴

Com efeito, "*...se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.*"⁵³⁵

Afastamos, assim, conforme já afirmado, o Decreto n. 20.910/32 por força dos critérios da especialidade e cronológico.

E também afastamos a interpretação analógica que é conferida ao artigo 168, II, do CTN, com o objetivo de fixar como termo inicial da repetição do indébito a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, a resolução do Senado Federal, ou ainda o momento em que a ilegitimidade dos lançamentos lastreados em disposição inconstitucional é expressamente reconhecida pela administração tributária.

Fixemos, *prima facie*, duas premissas importantes: *a)* não vislumbramos efeitos *ex tunc* na declaração de inconstitucionalidade em abstrato, tampouco na resolução do Senado Federal; *b)* somos da opinião de que o Código Tributário Nacional, na previsão dos prazos aqui examinados, encampa a nítida função de **norma geral de direito tributário** ao versar infraconstitucionalmente sobre **segurança jurídica**, e como tal, segundo o artigo 146 da Constituição de 1988, foi recepcionado,

⁵³³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência...**, *op. cit.*, p. 276.

⁵³⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. **Controle Direto...**, *op. cit.*, p. 29.

⁵³⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência...**, *op. cit.*, p. 275. A propósito, a Súmula n. 360 do Supremo Tribunal Federal prevê: "Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no artigo 8º, parágrafo único, da Constituição Federal."

nessa parte, com eficácia normativa de **lei complementar**.⁵³⁶

Sobre esse último aspecto, permitimo-nos recorrer, mais uma vez, ao escólio de Eurico Marcos Diniz de SANTI:

As normas gerais de direito tributário são sobrenormas que, dirigidas à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, **visam à realização das funções certeza e segurança do direito**, estabelecendo a uniformidade do Sistema Tributário Nacional, em consonância com princípios e limites impostos pela Constituição Federal. (...)

Do plexo de dispositivos expressos e princípios resulta o pacto federativo positivo firmado na Constituição Federal de 1988 e surge a **expressa competência constitucional para, mediante lei complementar, disciplinar sobre as matérias de decadência e prescrição em direito tributário**.

Portanto, o legislador complementar que tratar de decadência e prescrição tributárias deve dirigir essas regras igualmente à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, pois a garantia do princípio federativo e da autonomia dos Municípios está jungida à generalidade dos destinatários, realizando também o primado da isonomia das pessoas políticas. [grifo nosso]⁵³⁷

Voltemos agora os olhos para a redação do artigo 168, II, do CTN: "*O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: (...) na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória*".

Conclui-se facilmente dessa redação que a reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória (artigo 165, III, do CTN), que obrigava alguém ao pagamento de tributo, abre o prazo de cinco anos para sua restituição.

Com a palavra, na qualidade de defensor da tese aqui refutada, Marcelo Fortes de CERQUEIRA:

...Especialmente porque a decisão judicial de inconstitucionalidade tem efeito

⁵³⁶ Sobre as "normas gerais de direito tributário", consulte-se nosso: **Cisão e Responsabilidade Tributária**, p. 82-90.

⁵³⁷ **Decadência...**, *op. cit.*, p. 87-88.

retrooperante, torna-se possível a anulação de todos os atos de aplicação da regra inconstitucional, as regras tributárias individuais e concretas veiculadas são todas passíveis de invalidação pela perda de seu fundamento imediato de validade. Proclamada a inconstitucionalidade da regra-matriz de incidência, todas as regras jurídicas de hierarquia inferior, que nela retiram seu fundamento imediato de validade, hão de ser banidas da mesma forma do sistema. Assim, se determinada norma tributária individual e concreta estiver fundada em regra-matriz declarada inconstitucional, os pagamentos efetuados em cumprimento da mesma, que já eram indevidos, devem ser restituídos prontamente (sem maiores questionamentos) ao sujeito passivo da obrigação tributária. **Note-se que esta situação é análoga à prevista no art. 168, II do CTN, sendo que, naquele caso, a norma que é retirada do sistema é a individual e concreta que serviu de base ao pagamento. Observe-se, ainda, que esse mesmo dispositivo do CTN prevê novo prazo para a postulação do indébito se ocorrido o pressuposto ali elencado. Isto, por si só, já conduziria à cogitação de um novo prazo na hipótese de decretação de inconstitucionalidade, que é análoga, repita-se. [sic] [grifo nosso]**⁵³⁸

A primeira premissa antes fixada não nos permite endossar o posicionamento do nobre estudioso piauiense. Não acatamos o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade em abstrato, tampouco da resolução do Senado Federal.

Pensamos ainda que a segunda premissa, igualmente, nos afasta da interpretação analógica propalada, pois, na medida em que a declaração de inconstitucionalidade pode se verificar a qualquer tempo, e daí retroagir à edição da lei inválida para permitir a devolução de tudo quanto foi pago, forçoso concluir que **não há segurança jurídica** de modo a garantir um limite ao que eventualmente no futuro tenha de ser devolvido às custas do tesouro público. Poder-se-á, com tal exegese, daqui a trinta anos, contar com a repetição de um tributo que foi instituído nos dias atuais, se a declaração de sua inconstitucionalidade tão-somente advir naquela futura e incerta data.

E ao argumento de que o CTN (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966) não enumerou como termo inicial a hipótese de declaração de inconstitucionalidade – o qual reforçaria a tese analógica – porque na época de sua edição a ação direta não existia com eficácia *erga omnes*, a resposta objetiva do direito positivo: **foi a Emenda**

⁵³⁸ **Repetição...**, *op. cit.*, p. 332.

Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu no Brasil "... verdadeiro instrumento provocador da fiscalização abstrata dos atos normativos."⁵³⁹

Não há dúvidas, finalmente, de que aquela mesma segunda premissa fixada linhas atrás não confere guarida à interpretação que teve impulso com a edição do artigo 77 da Lei n. 9.430/96, visto tratar-se, esta, de uma lei ordinária. Lembre-se de que se propugna, como termo inicial da repetição do indébito, o momento em que a ilegitimidade dos lançamentos lastreados em disposição inconstitucional é expressamente reconhecida pela administração tributária. *Ad argumentandum tantum*, poder-se-ia ainda aduzir que a não aplicação desse termo inicial constituiria uma ofensa ao princípio da isonomia, porque beneficiaria os contribuintes inadimplentes e ao mesmo tempo frustraria em parte o direito à restituição daqueles que pagaram os tributos. Mas veja-se que o contribuinte que pagou os tributos terá o prazo de dez anos (contados do "fato gerador") para repetir o indébito (se a homologação foi tácita). Aquele que não pagou o tributo e foi autuado pela fiscalização ou sofreu o ajuizamento da execução fiscal não o fez na expectativa de que haveria uma "remissão ou anistia indiretas" com a declaração de inconstitucionalidade do STF. Tal declaração, quando prolatada, é decorrência sistêmica, e sua conseqüência será, sem dúvida, benéfica ao inadimplente, mas o prazo que defendemos não exclui, de modo algum, a possibilidade daquele que pagou, de pleitear a restituição. Além disso, o contribuinte que não pagou poderá se utilizar dos embargos à execução fiscal, invocando em sua defesa a inconstitucionalidade, ao invés de primeiro pagar e depois pleitear a repetição do indébito. Não é proibido duvidar da constitucionalidade da lei. A presunção de constitucionalidade das leis, conforme expusemos, não exprime essa vedação. Contudo, quem duvida da constitucionalidade de uma lei deve se utilizar dos meios que o sistema lhe disponibiliza para se furtar aos seus comandos, invocando como guarida a supremacia da Constituição Federal.

⁵³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 139.

Em atenção à **segurança jurídica**, pois, é que nos posicionamos no sentido de impor limites à repetição do indébito.

Encerremos, pois, a Seção com as palavras de Eurico Marcos Diniz de SANTI: "*A máquina do tempo instalada no interior do direito não permite que seu operador navegue para o passado que quiser; o passado do direito é repleto de cavidades obstruídas pelo fluir do tempo que se tornam inacessíveis pelo próprio direito.*"⁵⁴⁰

Registramos, em tempo, que a restituição poderá operar-se mediante compensação (artigo 170 do Código Tributário Nacional), a critério do postulante.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ **Decadência...**, *op. cit.*, p. 271.

⁵⁴¹ Embora não seja nosso modo de pensar, o STJ tem entendido que o artigo 66 da Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, em sua interpretação sistêmica, autoriza o contribuinte a efetuar, via "*autolançamento*", compensação de tributos pagos cuja exigência foi indevida ou inconstitucional - (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 168.469/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, maioria, DJ de 17 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 20 abr. 2001).

SEÇÃO IV

A COISA JULGADA E A POSTERIOR APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não paira nenhuma dúvida de que, no sistema brasileiro, a impugnação de sentença transitada em julgado somente há de se verificar por via de ação rescisória, que pode ser conceituada, em matéria tributária, como "*...a ação de caráter exaccional imprópria ou antiexaccional imprópria, que tem a finalidade de vulnerar a autoridade da coisa julgada operada em sentença judicial de conteúdo tributário.*"⁵⁴²

Data já de algum tempo a discussão em torno do cabimento da ação rescisória visando a desconstituir julgado anterior ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma.

A abertura do caminho de acesso à rescisória seria fornecida pelo artigo 485, V, do Código de Processo Civil, que assim prevê: "*é cabível a ação rescisória quando a decisão rescindenda violar literal disposição de lei.*"

O debate é travado, então, em torno da Súmula 343 do STF, cujo conteúdo é o seguinte: "*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.* [sic]" Num primeiro momento, poder-se-ia pensar no afastamento imediato da possibilidade da rescisória em função da própria redação da Súmula citada, mas o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, afastou sua incidência em se tratando de matéria constitucional.⁵⁴³

O questionamento resume-se no seguinte: é cabível a rescisória quando a) o

⁵⁴² MARINS, James. **Direito Processual...**, *op. cit.*, p. 511.

⁵⁴³ Conforme abrangente pesquisa de GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 97-100.

sujeito passivo da relação jurídica tributária obtém, em caráter incidental, um provimento judicial definitivo (transitado em julgado), declaratório da inconstitucionalidade da exigência, e posteriormente o Supremo Tribunal Federal declara sua constitucionalidade? E quando *b*) o sujeito passivo da relação jurídica tributária obtém, em caráter incidental, um provimento judicial definitivo (transitado em julgado), declaratório da constitucionalidade da exigência, e posteriormente o Supremo Tribunal Federal declara sua inconstitucionalidade?

A doutrina divide-se nas respostas.

Teresa Arruda Alvim WAMBIER admite a ação rescisória em ambos os casos.⁵⁴⁴ Aliás, considera a própria Súmula 343 como ofensiva aos princípios da isonomia e da legalidade, e portanto inconstitucional.⁵⁴⁵ Também Teori Albino ZAVASCKI⁵⁴⁶, Oswaldo Luiz PALU⁵⁴⁷, Walter Piva RODRIGUES⁵⁴⁸, Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES⁵⁴⁹ admitem a rescisória em qualquer caso.

Ada Pellegrini GRINOVER admite a possibilidade, apenas, quando há a posterior declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal em caráter *erga omnes* e com eficácia *ex tunc*. Abrange no seu estudo também os casos de controle difuso com posterior suspensão da norma pelo Senado Federal.⁵⁵⁰ James

⁵⁴⁴ **Nulidades do Processo e da Sentença**, p. 287-349.

⁵⁴⁵ **Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória**, p. 260-305.

⁵⁴⁶ **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 122-145, 56.

⁵⁴⁷ **Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos**, p. 208.

⁵⁴⁸ Ação Rescisória diante de Decisão sobre Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, p. 279-287.

⁵⁴⁹ **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 100-118. Mister um esclarecimento: os autores entendem a possibilidade de rescisória quando o pronunciamento do STF advir do controle difuso, sem a posterior suspensão pelo Senado. No caso da manifestação advir do controle concentrado ou mesmo do controle difuso com posterior suspensão, defendem o posicionamento de que não há sequer necessidade de ação rescisória, em razão do caráter *erga omnes* da decisão e da edição, com o mesmo efeito, da resolução do Senado.

⁵⁵⁰ Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 8, p. 9-20; **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 17, p. 50-60.

MARINS endossa o posicionamento de GRINOVER, enfatizando a atenção à qualidade de eficácia dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal utilizados como paradigmas para os acórdãos rescindendos.⁵⁵¹ Marilene Talarico Martins RODRIGUES também se manifesta no sentido do não cabimento da rescisória quando a decisão que se pretende rescindir foi favorável ao contribuinte.⁵⁵² Encontramos, ainda, nessa trilha, Sergio Sahione FADEL⁵⁵³, Sacha Calmon Navarro COELHO⁵⁵⁴ e Paulo Roberto Lyrio PIMENTA⁵⁵⁵.

Nossa opinião, conforme veremos a seguir, sustenta a **inadmissibilidade da rescisória em qualquer caso**.⁵⁵⁶

Antes necessário dizer que o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, encontra-se confuso em relação à matéria, de modo que poderemos encontrar julgados que já decidiram contrariamente à admissibilidade da rescisória;⁵⁵⁷ julgados que a admitiram somente quando o STF posteriormente declara a inconstitucionalidade da norma,⁵⁵⁸ e ainda julgados que admitiram a ação independentemente de qual seja a

⁵⁵¹ **Direito Processual...**, *op. cit.*, p. 517.

⁵⁵² Ação Rescisória em Matéria Tributária e Segurança Jurídica. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 4, p. 52-60.

⁵⁵³ Ação Rescisória diante da Recente Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Constitucionalidade das Majorações das Alíquotas da Contribuição para o Finsocial, das Empresas Prestadoras de Serviços. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, p. 269-276.

⁵⁵⁴ Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 5, p. 58-71. Esse artigo retrata o pensamento expressado de forma "colegiada" em: COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito Tributário Contemporâneo**, p. 11-58.

⁵⁵⁵ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 132-133.

⁵⁵⁶ Esse parece ser também o posicionamento de TORRES, Ricardo Lobo. **Restituição...**, *op. cit.*, p. 99-100.

⁵⁵⁷ Ação Rescisória n. 426/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, maioria, *DJ* de 23 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 14 mar. 2001.

⁵⁵⁸ Ação Rescisória n. 1.704/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, *DJ* de 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 20 abr. 2002; Ação Rescisória n. 406/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Hélio Mosimann, maioria, *DJ* de 04 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 09 jul. 2002.

decisão posterior do STF.⁵⁵⁹

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, entende-se que o posicionamento é pela admissibilidade da rescisória quando há a posterior declaração de inconstitucionalidade da norma, cujos efeitos são *ex tunc* (segundo a tradição), de acordo com o testemunho de Misabel DERZI⁵⁶⁰.

Entretanto, conforme a opinião de Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES, "*O entendimento pretoriano de que é inaplicável a Súmula 343 quando se trate de interpretação constitucional não parece concluir que a propositura de ação rescisória somente seja possível quando se tratar de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal posteriormente ao trânsito em julgado de decisão que decidiu em sentido contrário, considerando constitucional a norma legal. [sic]*"⁵⁶¹

O debate em torno da posição do Supremo Tribunal Federal merece uma análise mais detida.

A primeira vez em que a Excelsa Corte afastou a aplicação da Súmula 343 foi no julgamento do Recurso Extraordinário n. 89.108, o qual data de 1980.

Tratava-se do seguinte caso concreto: uma lei do Estado de Goiás afastava a necessidade de obediência à ordem de classificação no momento de nomear os candidatos aprovados em um concurso público. Tal lei foi declarada constitucional pelo Tribunal de Justiça de Goiás, operando-se o trânsito em julgado desse pronunciamento de segunda instância. Posteriormente, no julgamento do recurso extraordinário n. 73.809, o STF decidiu pela sua inconstitucionalidade. Tendo sido

⁵⁵⁹ Recurso Especial n. 128.239/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, *DJ* de 01 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 fev. 2001; Recurso Especial n. 154.708/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, *DJ* de 10 mai. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 fev. 2001; Recurso Especial n. 218.354/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, *DJ* de 11 out. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 fev. 2001; Recurso Especial n. 36.017/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, unânime, *DJ* de 11 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 fev. 2001.

⁵⁶⁰ A Irretroatividade..., *op. cit.*, p. 179-217 e p. 206.

⁵⁶¹ **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 102.

preterido na nomeação, o candidato aprovado em primeiro lugar no referido concurso público ajuizou ação rescisória com vistas a reverter a situação. Chegado à Corte Máxima o apelo extremo, foi autuado sob o n. 89.108, cujo julgamento resultou então, repita-se, no afastamento da Súmula 343.

Observe-se, conforme bem percebeu Bruno Noura de Moraes RÊGO, o seguinte:

Dizer que não se aplicava a súmula 343 naquele caso concreto não acarretava, a seu turno, uma enxurrada de ações rescisórias semelhantes àquela para anular decisões contrárias à do STF. Em síntese, tratava-se de caso pontual, no qual, para atingir a justiça, se fez necessária a não-aplicação da súmula. Digamos que razões de justiça imperaram para afastar a interpretação razoável protegida até então pela súmula 343. Então, para fazer justiça ao primeiro colocado e, pelo princípio republicano, resguardar o princípio constitucional do concurso público, não restou outra alternativa senão a de afastar a mencionada súmula. Trata-se de um caso excepcional, no qual se revelou inaceitável a aplicação da súmula do STF. [*sic*]⁵⁶²

Posteriormente, em outras oportunidades, todas antes da Constituição Federal de 1988, o STF continuou afastando a súmula 343 quando se tratasse de interpretação controvertida de texto constitucional. Em todas elas, houve referência, como precedente, ao recurso extraordinário n. 89.108, sem o desenvolvimento de novos argumentos.⁵⁶³

Após a Constituição de 1988, a polêmica foi retomada, com a obtenção, por várias empresas, de decisões que declararam a inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/88, garantindo-lhes o direito de não recolher a contribuição social sobre o lucro conforme os ditames dessa lei. Posteriormente, o STF, no julgamento dos recursos extraordinários n. 138.284 e 146.733, declarou a inconstitucionalidade apenas do artigo 8º da mesma lei.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no parecer PGFN/CRJN/N.

⁵⁶² **Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**, p. 86.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 88-90.

182/93, concluiu pelo não cabimento da ação rescisória no caso em tela. Em novo parecer, agora de n. 1.277/94, houve a ratificação do entendimento de que não havia fundamento jurídico a respaldar o ajuizamento de rescisória. Todavia, a União Federal, por meio da sua representação judicial - Procuradoria da Fazenda - ajuizou numerosas ações, obtendo ganho de causa em várias delas, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais ou no Superior Tribunal de Justiça.

Mister ressaltar que no atual ordenamento jurídico, "*...não cabe ao STF realizar o controle da legalidade, como outrora fazia, acarretando a impossibilidade do exame das ações rescisórias que chegam em grau de recurso extraordinário. Se o STF analisasse cabimento de ação rescisória, estaria usurpando competência constitucionalmente prevista do STJ, pois, estaria examinando dispositivos infraconstitucionais. [grifo nosso]*" No – e após o – julgamento do recurso extraordinário n. 205.565, é assim que tem entendido o STF.⁵⁶⁴

À luz do atual sistema jurídico, portanto, carece o STF de competência para dizer sobre o cabimento ou não da ação rescisória.

Quanto a nós, invocamos C. A. Lúcio BITTENCOURT para dizer que "*...as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por êsse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. [sic] [grifo nosso]*"⁵⁶⁵

De fato, segundo Gilmar Ferreira MENDES:

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, §3º). Ainda que se não possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não

⁵⁶⁴ Cf. RÉGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória...*, *op. cit.*, p. 469, 492.

⁵⁶⁵ **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, p. 147.

afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.⁵⁶⁶

Embora não sejamos adeptos da doutrina da retroatividade absoluta, a citação é válida para nossos propósitos: **o da inadmissibilidade da ação rescisória em face de decisão anterior à pronúncia do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma em que fundada a decisão pretensamente rescindível.**

José Souto Maior BORGES, ao comentar o dispositivo constitucional relativo à coisa julgada, esclarece:

O preceito constitucional é ponto de partida, não o ponto terminal da hermenêutica jurídica. Não diz o que é coisa julgada, nem o seu regime, efeitos e limites. É essa uma função que, à falta de determinação constitucional, incumbe à legalidade integrativa. Efeito da coisa julgada é eficácia - suscetibilidade à produção dos efeitos jurídicos - prevista em lei infraconstitucional (CTN, CPC *etc.*). Não podem esses efeitos ser extraídos diretamente da Constituição Federal.⁵⁶⁷

Assim, inaugura-se a "*legalidade integrativa*" da Constituição, na esfera tributária, com o artigo 156, X, do Código Tributário Nacional, que diz extinguir o crédito tributário a decisão judicial passada em julgado.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**, p. 279-280. O artigo é da Constituição de 1967, que corresponde ao artigo 5º, inciso XXXVI, da atual.

⁵⁶⁷ Limites Constitucionais e Infraconstitucionais da Coisa Julgada Tributária (Contribuição Social sobre o Lucro). **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. n. 27, p. 173.

⁵⁶⁸ BORGES, José Souto Maior. *Limites...*, *op. cit.*, p. 173. Antes desse trabalho de SOUTO, Sacha Calmon Navarro COELHO também fez menção à regulamentação infraconstitucional da coisa julgada pelo Código Tributário Nacional (Da Impossibilidade..., *op. cit.*, p. 58-71). Nesse ponto do discurso, necessário ainda consignar que, uma vez admitida a possibilidade de apreciação da constitucionalidade pelos Colegiados Administrativos, se afastada a aplicação da lei em razão de sua inconstitucionalidade, haverá a incidência da regra prevista no artigo 156, IX, também extintiva da relação jurídica tributária. Essa decisão proferida no processo administrativo, segundo pensamos, não poderá ser atingida se, *a posteriori*, o Supremo Tribunal Federal caminhar em sentido diverso. Registramos nossa adesão à corrente que admite a possibilidade de os Colegiados Administrativos apreciarem matéria constitucional (DALLAZEM, Dalton Luiz. O Princípio da Ampla Defesa e a

A dicção do Código é: **decisão judicial passada em julgado**. Tal decisão tem a força normativa de extinguir o crédito tributário, de afastar a pretensão tributária ali sob discussão.

Logo, uma vez mantidos os mesmos fatos e as mesmas normas que deram suporte à decisão, a garantia da coisa julgada opera-se também *ad futurum*.⁵⁶⁹

Não se invoque, ainda, em abono à admissibilidade da rescisória, alguma ofensa ao princípio da isonomia, se mantida a decisão que se pretende rescindir. Redargüimos com José Souto Maior BORGES:

No efeito excludente que provoca um julgado isolado não há, no entanto, nenhum problema de desigualdade constitucionalmente repudiada. Nessa hipótese não se instaura a desigualdade, ao contrário do que pareça a uma análise superficial. Porque todos os contribuintes têm em princípio acesso ao judiciário para pleitear não-sujeição ao gravame (CF, art. 5º, XXXV). Desequiparação de regime jurídico existiria se nem todos os contribuintes pudessem ter acesso ao judiciário. A desigualdade decorrente de julgado isolado é constitucionalmente irrelevante.⁵⁷⁰

Acrescemos a lição de Sacha Calmon Navarro COELHO: *"...é impossível utilizar-se a parte, em nosso direito, da ação rescisória como instrumento de uniformização de jurisprudência, ainda que com base no princípio da igualdade, até porque a esse suposto - o da uniformização - e sob aquele tão alto motivo - o do princípio da isonomia - o que a parte quer é, em verdade, reverter o julgamento e com isso reduzir a escombros o instituto da coisa julgada."*⁵⁷¹

Ainda o magistério, no mesmo diapasão, de Bruno Noura de Moraes RÊGO: *"A ação rescisória não serve para reparar injustiças. A admissão da ação rescisória está prevista em excepcionais hipóteses legais, que visam à defesa do ordenamento jurídico, em última análise, da segurança. Portanto, não se pode utilizar o princípio*

"Competência" dos Tribunais Administrativos para apreciarem Matéria Constitucional. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 23, p. 118-127).

⁵⁶⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Da Impossibilidade..., *op. cit.*, p. 63.

⁵⁷⁰ Limites..., *op. cit.*, p. 174-175.

⁵⁷¹ Da Impossibilidade..., *op. cit.*, p. 62.

da isonomia para rescindir julgados."⁵⁷²

Examine-se, também, a feliz síntese de Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA: "*A rescisória, um dos mais belos e complexos institutos da ciência jurídica, somente é admitida excepcionalmente, uma vez que a intangibilidade das decisões judiciais surgiu no universo jurídico como um imperativo da própria sociedade, para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranqüilidade social que atrita com o fim primário do Direito, que é a paz social.*"⁵⁷³

Assim, aos contribuintes é dado apresentar os recursos que a lei processual lhes faculta, com o objetivo de dirimir a questão constitucional, evitando o trânsito em julgado.

Gustavo TEPEDINO apresenta-nos um argumento sedutor na tentativa de condução do raciocínio em sentido contrário:

A invencibilidade da coisa julgada decorre das garantias individuais tuteladas, como cláusula pétrea, pelo constituinte. Cuidando-se, ao revés, de pessoa jurídica de direito público, nota-se que tais garantias constitucionais não poderiam ser invocadas, pela evidente diversidade de *ratio* que inspira a proteção individual (do cidadão em relação ao Poder Público, não já daquele em face deste).

Rege o Poder Público, fundamentalmente, o princípio da legalidade a que está adstrita a administração pública, princípio que a um só tempo tutela e limita a atividade estatal (art. 37, CF).⁵⁷⁴

O eminente doutrinador carioca relaciona, nesse sentido, acórdãos do STF sintetizadores da idéia de que não tem a Administração Pública direito a uma garantia fundamental que é oponível ao Estado (e não a ele outorgada). Assim, o princípio insculpido no inciso XXXVI do artigo 5º da CF não impede a edição, pelo Estado, de norma retroativa (lei ou decreto) **em benefício do particular**.⁵⁷⁵

⁵⁷² **Ação Rescisória...**, *op. cit.*, p. 245-246.

⁵⁷³ **Revista Forense**, n. 292, p. 281.

⁵⁷⁴ Dos Efeitos Retroativos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade e a Coisa Julgada em Favor da Fazenda Pública. *In: Temas de Direito Civil*, p. 453.

⁵⁷⁵ Dos Efeitos Retroativos..., *op. cit.*, p. 454.

Logo, desde que haja dispositivo legal que desconstitua créditos tributários decorrentes de lei declarada inconstitucional, haverá a suplantação de quaisquer atos jurídicos ou mesmo decisões judiciais transitadas em julgado que os houvessem constituído. *"E seria um primor de injustiça se os contribuintes que não houvessem pago os tributos em questão fossem beneficiados em detrimento do bom pagador, que depositou em juízo e discutiu legitimamente a validade da exação que, ao final, se revelou inconstitucional."*⁵⁷⁶

De fato, temos dispositivo legal nesse sentido: artigo 77 da Lei n. 9.430/96, já analisado anteriormente.

Ocorre, que o "bom pagador" não foi "bom peleador", para usar uma expressão dos pampas. Quando o contribuinte ingressa em juízo, e esse é um direito de qualquer pessoa, indistintamente, está ciente das conseqüências que lhe poderão advir: uma delas, a coisa julgada, se deixar de interpor os recursos cabíveis segundo a lei processual civil.

Lembremos que *"...o meio previsto pelo sistema para impugnar as decisões divergentes tem natureza recursal, ou seja, é por meio dos recursos que se devem obter as decisões dos tribunais superiores. Em outros termos, admitir a rescisória para uniformizar jurisprudência equivale a transformá-la em mais um recurso além dos vários previstos na legislação processual."*⁵⁷⁷

Aderimos, assim, às conclusões de Bruno Noura de Moraes RÊGO:

Permitir a rescisão de decisões anteriores à consolidação de uma jurisprudência, além de configurar obstáculo à livre convicção do juiz, torna toda sentença trãnsita em julgado condicionada a acontecimentos futuros. Pensar de modo diferente implicaria atribuir, a toda sentença transitada, caráter precário e provisório, hábil a criar uma incerteza do direito. Toda sentença estaria sujeita a uma condição. Sendo certo que o direito é uma ciência em permanente evolução, não constitui estapafúrdio algum afirmar que o voto vencido de hoje pode ser a jurisprudência dominante de amanhã, razão mais do que suficiente para que o sistema aceite decisões divergentes.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Dos Efeitos Retroativos..., *op. cit.*, p. 457.

⁵⁷⁷ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação Rescisória...**, *op. cit.*, p. 95-96.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 93.

Ou, por outra:

Admitir a rescisória contra a interpretação divergente, seja constitucional, seja legal, corresponde a ampliar por demais o espectro de ação da rescisória. Em suma, tornaria a ação rescisória de meio extraordinário de ataque às decisões judiciais em meio ordinário. O que parece até contraditório, pois, se a experiência mostra que a interpretação para a admissibilidade dos recursos é por demais restritiva, por que deveria ser adotada interpretação ampliativa quanto à ação rescisória? Se os recursos, que são os meios normais para a modificação de decisões judiciais, são interpretados restritivamente, por que na ação rescisória, que é exceção, um meio excepcional para modificar julgados, se deveria adotar uma interpretação tão elástica? Logo, não subsiste dar à ação rescisória, que, repita-se, não é recurso, interpretação mais ampla do que a dada aos recursos. Adotar outro raciocínio consistiria em banalizar o uso da ação rescisória, que passaria a ser mais um recurso no nosso já extenso rol de recursos. [sic]⁵⁷⁹

Em suma: admitir a rescisória constitui um abalo à **segurança jurídica**.

Tenhamos em mente que, se assim se admite, "*... qualquer oscilação na interpretação constitucional daria ensejo ao cabimento de ações rescisórias. Haveria uma infinidade de sentenças que, ao tratar de matéria constitucional, ficariam condicionadas a uma interpretação futura coincidente. Adquiriria, a rescisória, feição de instrumento para uniformização da interpretação de matéria constitucional.*"⁵⁸⁰

Não esqueçamos de que no Brasil qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levada ao conhecimento e apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). Tal previsão magna implica a admissão expressa da possibilidade de divergência de interpretação constitucional. E admitir como mais correta ou mais adequada somente a interpretação do Supremo Tribunal Federal é o mesmo que anular o controle difuso de constitucionalidade.

Em síntese, salvo as hipóteses excepcionalíssimas do artigo 485 do CPC, não há falar-se em ação rescisória apta a desconstituir decisão judicial passada em julgado relativamente às relações jurídicas tributárias. A Súmula 343 não deve comportar

⁵⁷⁹ **Ação Rescisória...**, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 96.

exceções ainda que se trate de matéria de índole constitucional, salvo casos **rigorosamente** restritos - e aí **poderá ter cabida o princípio da proporcionalidade** - como foi o julgamento do recurso extraordinário n. 89.108. Aliás, esse precedente do STF que desaplicou a Súmula 343 **trata de situação excepcional a que não se equiparam**, no nosso sentir, rescisões de julgados compulsando relações jurídicas **tributárias**.

Há um caso, todavia, em que se pode vislumbrar a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória em matéria tributária: quando a decisão que se pretende rescindir é **posterior à decisão do STF** à qual seja atribuído efeito *erga omnes*. Haveria aí mais do que *violação à literal disposição de lei*. Haveria a aplicação desautorizada de lei não mais vigente no ordenamento jurídico, ou a desaplicação de lei já declarada constitucional com efeito vinculante (art. 28, § único, da Lei n. 9.868/99).

À guisa de conclusão, veja-se o teor do enunciado do artigo 15 do Projeto de Lei Complementar n. 646/1999 (Código de Defesa do Contribuinte): "*Os efeitos da decisão transitada em julgado, em controle difuso ou em ação direta, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, não implicarão exigência de complementação, no âmbito administrativo ou judicial, do valor do crédito tributário extinto anteriormente à vigência da decisão.* [grifo nosso]"

Mais uma vez, portanto, reverências à **segurança jurídica!**⁵⁸¹

⁵⁸¹ Sustentam Eurico Marcos Diniz de SANTI e Paulo Cesar CONRADO que "*A coisa julgada não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para realização de outros negócios jurídicos. Faz, a seu modo, outra justiça: a formal, a única que importa para o direito.*" (Controle Direto..., *op. cit.*, p. 30).

SEÇÃO V

RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS CONTINUATIVAS

O foco de nossa atenção agora serão aquelas relações jurídicas tributárias ditas continuativas, vale dizer, aquelas situações nas quais o pagamento do tributo se renova mensalmente.

O sujeito passivo obtém um pronunciamento judicial com trânsito em julgado e, posteriormente, advém uma decisão do STF sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma que dava suporte àquele pronunciamento.

Refutamos, há pouco, a ação rescisória para a desconstituição dos fatos concretos sucedidos sob a égide da decisão transitada em julgado. Vejamos agora como ficam os fatos futuros, pois, segundo Souto Maior BORGES:

...desigualdade se interpõe, relevantíssima, quando há divergência entre acórdãos do Supremo Tribunal Federal e decisões dos TRFs... E fazer prevalecer *ad futurum* a decisão judicial pela inconstitucionalidade da contribuição restrita às partes (controle difuso) é estabelecer um regime jurídico *privilegiado*, que não encontra, esse sim, guarida na Constituição Federal, antes é constitucionalmente repudiado. Efeito de um julgado não deve, nunca, importar em ruptura da Constituição Federal, sobretudo no mais eminente dos seus princípios: a isonomia. [*sic*]⁵⁸²

Primeiramente, uma análise da discutida Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, expressa nos seguintes termos: "*Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.*"

Indaga-se quanto à incidência da Súmula nos casos em que o contribuinte obtém um provimento judicial favorável em ação mandamental ou declaratória.

Marco Aurélio GRECO e Helenilson Cunha PONTES apuraram o contexto

⁵⁸² Limites..., *op. cit.*, p. 175.

histórico que originou essa Súmula e concluíram que ela foi editada a partir de julgamentos de embargos a execuções fiscais. São suas as seguintes palavras:

...segundo o Supremo Tribunal Federal a coisa julgada decorrente de embargos à execução julgados procedentes não alcança outros embargos onde se impugna dívida relativa a outro exercício financeiro, embora a hipótese de incidência tributária seja a mesma em ambos os lançamentos tributários. Esta interpretação justifica-se na medida em que o pedido dos embargos à execução fiscal é fundamentalmente desconstitutivo, isto é, requer-se o cancelamento do lançamento embargado, individualizado no título executivo que instrumentaliza a execução fiscal.

...em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal afirmou que "inexiste coisa julgada em matéria tributária." É fundamental que se distinga a análise do conteúdo (e alcance), da própria existência da coisa julgada em matéria tributária. O Supremo deduziu que, como nos embargos à execução o conflito de interesses cinge-se tão somente à verificação da validade de um ato, isto é, de uma determinada incidência tributária definida no lançamento, a decisão judicial nele produzida não alcança outros exercícios, outros fatos geradores, enfim, outras incidências tributárias ocorridas posteriormente àquela decisão.⁵⁸³

Ainda segundo os ilustres doutrinadores, a Corte Máxima, no julgamento do ERE 83.225-SP, temperou a interpretação da Súmula 239 e também articulou sua exata compreensão, no sentido de que a decisão judicial que declara a inexigibilidade do tributo "*...projeta efeitos para o futuro, mas não possui o condão de cristalizar eternamente tal exoneração tributária, sobretudo quando ocorrer substancial alteração das normas jurídicas (...) que regem a relação jurídico-tributária (...) submetida à apreciação judicial. A decisão judicial é proferida segundo o estado de fato e de direito vigente à época de sua prolação e prevalece, por óbvio, enquanto tal estado permanecer inalterado.*"⁵⁸⁴

Posteriormente, em outro pronunciamento, no RE 99.435-MG, o qual restou confirmado na apreciação da Ação Rescisória n. 1.239-MG, que o atacava, o Supremo considerou que não há coisa julgada extensiva aos "fatos geradores" futuros na ação declaratória cujo objeto é a discussão da relação jurídica tributária. Logo, não se pode

⁵⁸³ **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 88-90.

afirmar que haja pronunciamento definitivo daquela Corte relativamente à matéria.⁵⁸⁵

Não obstante, documenta Roberto ROSAS que a aplicação da Súmula ficou **pelo menos tendencialmente** limitada pelo STF aos casos em que a decisão foi proferida em executivo fiscal, restringindo-se ao exercício fiscal nele discutido. Não se aplicaria, portanto, às decisões proferidas em ações declaratórias e mandados de segurança visando a desobrigar os contribuintes do pagamento de determinados tributos.⁵⁸⁶

Queremos crer, assim, que a razão esteja com James MARINS, segundo o qual essa Súmula não pode receber a "*...despropositada extensão que por vezes se lhe atribui a jurisprudência, especialmente para as sentenças que assumam caráter declaratório, inclusive em mandado de segurança.*" Seu âmbito de atuação prende-se aos casos de sentenças anulatórias ou de sentenças desconstitutivas, essas típicas das proferidas em embargos à execução fiscal, "*...pois se declara indevida a cobrança do imposto exatamente em relação ao exercício a que se refira o lançamento ou a certidão de dívida ativa...*".⁵⁸⁷

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, tem limitado a aplicação da Súmula aos executivos fiscais.⁵⁸⁸

Com efeito, novamente segundo a lição de James MARINS:

...se a atividade sucessiva e duradoura que a empresa pratica está sucessiva e duradouramente exposta à incidência tributária é necessário que a prevenção por via do writ se dê igualmente de modo sucessivo e duradouro, i. e., continuado.

⁵⁸⁵ GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade...**, *op. cit.*, p. 92-95.

⁵⁸⁶ **Direito Sumular**, p. 94.

⁵⁸⁷ **Direito Processual...**, *op. cit.*, p. 508. No sentido de suas conclusões cita o autor o acórdão do STJ proferido no Recurso Especial n. 12.184/RJ.

⁵⁸⁸ Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 36.807/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Peçanha Martins, unânime, DJ de 01 abr. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 16 mai. 1999. Administrativamente, encontramos também decisão no mesmo rumo: Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 108-06065. Recurso Voluntário n. 120632. Tutela Lubrificantes S/A e DRJ-Belo Horizonte/MG. Relator: Cons. José Henrique Longo. 11 abr. 2000. DOU 15 jun. 2000.

É precisa e exatamente o que ocorre quando da concessão de medida liminar em mandado de segurança preventivo que obsta às autoridades fiscais que exijam do contribuinte tributo como a Cofins, tributo de incidência continuada sobre fato imponível continuado (o *faturamento mensal*, na expressão utilizada pela Lei Complementar 70/91). Mantida a liminar por um, dois ou mais anos, continuada e duradouramente prosseguirá surtindo efeitos enquanto a relação tributária que acoberta permaneça *continuada e duradoura*. Se assim se dá com a medida liminar, com muito, muitíssimo mais razão há que se dar com a decisão final, transitada em julgado, que confirme a medida provisória concedida. Se a medida liminar, que é decisão judicial de natureza transitória, pode promanar efeitos duradouramente, por vários exercícios fiscais - e quanto a isso não nos consta que haja discrepância doutrinária ou jurisprudencial - não há razão lógica ou jurídica para que o mesmo efeito não possa surtir a sentença final transitada em julgado.⁵⁸⁹

No mesmo sentido Teori Albino ZAVASCKI:

...a eficácia prospectiva do julgado pode ser sustentada, sem que venha a julgamento sobre a norma em tese ou sentença com efeito normativo, justamente nisto: em ter a sentença lançado juízo de certeza sobre determinada situação jurídica, concreta e presente, mas de caráter duradouro, como a que diz respeito à natureza das atividades ou ao *status* fiscal do contribuinte, situação esta na qual se inserem os elementos próximos da obrigação tributária e o das semelhantes relações jurídicas tributárias sucessivas. Os exemplos esclarecem o que se afirma: se uma sentença reconhece que uma determinada empresa tem natureza jornalística e que, por isso, é imune a tributos o periódico por ela publicado, a declaração de certeza, embora solvendo controvérsia que tem por causa próxima uma exigência concreta e atual do Fisco, abrangerá não apenas as publicações já realizadas, senão também as futuras, uma vez que a controvérsia real, enfrentada e resolvida, foi sobre uma situação jurídica de caráter duradouro, o *status* fiscal do contribuinte. O mesmo ocorre quando a sentença declara, por exemplo, que as atividades de prestação de serviço de determinada empresa estão sujeitas à contribuição social: dispondo ela sobre uma situação jurídica duradoura, relacionada com o *status* fiscal, sua eficácia será também prospectiva, para além dos estritos limites do valor da prestação mensal.⁵⁹⁰

Em uma frase: "*...a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais se estabeleceu o juízo de certeza.*"⁵⁹¹ Ou, por outra: uma vez mantidos os mesmos fatos e as mesmas normas que deram suporte à decisão, a garantia da coisa julgada opera-se também *ad futurum*.⁵⁹²

⁵⁸⁹ **Direito Processual...**, *op. cit.*, p. 507-508.

⁵⁹⁰ **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 87-88.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁹² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Da Impossibilidade...*, *op. cit.*, p. 63.

Resta perquirir se, com a decisão do STF sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma na qual se baseou a sentença transitada em julgado, há modificação do estado de direito. E de pronto respondemos pela afirmativa: a apreciação posterior do Supremo Tribunal Federal introduz modificação no estado de direito.⁵⁹³

Assim, se o pronunciamento do STF for proferido em caráter **abstrato**, a partir de sua publicação no **Diário Oficial da União** (art. 28 da Lei n. 9.868/99), **sucedará o seguinte**: *a)* se o pronunciamento do STF for pela constitucionalidade da norma: o contribuinte que detinha em seu favor uma decisão transitada em julgado no sentido da inconstitucionalidade da mesma norma, deverá retomar os recolhimentos do tributo;⁵⁹⁴ *b)* se o pronunciamento do STF for pela inconstitucionalidade da norma: o contribuinte que detinha contra si uma decisão transitada em julgado que havia qualificado a mesma norma como constitucional, deverá suspender os recolhimentos do tributo.

Na mesma trilha, a solução é apontada, no caso da apreciação do STF operar-se no controle **difuso**, decidindo pela inconstitucionalidade, com posterior suspensão da execução normativa pelo Senado Federal. A partir da publicação no Diário Oficial da União, da resolução, interrompem-se os recolhimentos do tributo. Poderá suceder também que, ausente a resolução, sobrevenha ato administrativo de caráter geral nos termos do artigo 77 da Lei n. 9.430/96, hipótese em que se aplica o mesmo raciocínio, vale dizer: poderão cessar os recolhimentos do tributo a partir da publicação, no Diário Oficial da União, desse ato de caráter geral.⁵⁹⁵

Por outro lado, se à declaração de inconstitucionalidade não sobrevém a manifestação do Senado nem ato administrativo de caráter geral, o caminho para a resolução do problema é outro.

⁵⁹³ BORGES, José Souto Maior. *Limites...*, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁹⁴ Em casos tais, Souto Maior BORGES afirma que entender o contrário seria o mesmo que corroborar uma isenção à revelia da lei (*Ibidem*, p. 175-176).

⁵⁹⁵ Hipótese restrita aos tributos federais.

Terá o contribuinte ou a Fazenda, conforme o caso, a prerrogativa do ajuizamento de uma ação revisional, nos termos do artigo 471, I, do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: "*Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.*"

Com a modificação do estado de direito promovida pela decisão do STF, nítida a incidência do preceito em questão.

O contribuinte pleiteará a exoneração do pagamento do tributo a partir da publicação, no Diário da Justiça, do acórdão do STF que declarou a inconstitucionalidade da norma. Pode-se requerer uma tutela antecipatória (artigo 151, V, do CTN), evitando-se assim indesejáveis autuações fiscais.

A Fazenda, por sua vez, pleiteará provimento que determine o cumprimento da decisão que declarou a constitucionalidade da norma, a partir de sua publicação no Diário da Justiça. Até o trânsito em julgado da sentença dessa ação revisional, o contribuinte pagará o tributo corrigido, mas sem multa e sem juros, e após, se o fizer fora dos prazos legais, com a incidência de tais penalidades.

À luz de todo o exposto, não se trata, no nosso entender, de afastar a coisa julgada, sem qualquer condição *a priori*, para já no período superveniente permitir a cobrança do tributo. Trata-se de avaliar cada situação após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, e as soluções variam, conforme demonstrado.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, manifestou-se no sentido de autorizar a cobrança de tributo após cada fato gerador **nos períodos supervenientes à coisa julgada** pela presença de relações jurídicas de trato sucessivo. A premissa do julgado era a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da Lei n. 7.689/88 posteriormente a um provimento judicial de segunda instância que

havia decidido pela inconstitucionalidade da mesma norma.⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ Recurso Especial n. 233.662/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, *DJ* de 08 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 08 nov. 2001. Sobre o mesmo assunto, o Conselho de Contribuintes da União já decidiu que somente se operou a alteração no estado de direito com o advento da Lei Complementar 70/91: Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 108-06065. Recurso Voluntário n. 120632. Tutela Lubrificantes S/A e DRJ-Belo Horizonte/MG. Relator: Cons. José Henrique Longo. 11 abr. 2000. *DOU* 15 jun. 2000. Também já decidiu em sentido contrário, para aplicar o entendimento do STF a partir da declaração de constitucionalidade: Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-06138. Recurso Voluntário n. 123249. Sharp do Brasil S/A Indústria de Equipamentos Eletrônicos e DRJ-Manaus/AM. Relator: Cons. Luiz Martins Valero. 05 dez. 2000. *DOU* 17 abr. 2001.

SEÇÃO VI

EFEITOS SOBRE O LANÇAMENTO E SOBRE O "AUTOLANÇAMENTO"

Nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é o *"... procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."* O parágrafo único do mesmo artigo prescreve que *"...a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional."*

Tem-se acentuado nessa regra o caráter privativo da atividade administrativa inerente à realização do ato de lançamento, que nos induziria a admitir a impossibilidade do particular imiscuir-se nessa tarefa, expedindo a norma individual e concreta que documenta a incidência tributária.

Contudo, o direito positivo admite que isso não seria possível, ao regulamentar numerosas situações em que os fatos jurídicos são constituídos pelos particulares, sujeitando esse procedimento a uma análise posterior da fiscalização. É o caso dos tributos subordinados ao chamado "lançamento por homologação" (artigo 150 e §§ do CTN), que ficam submetidos ao controle dos entes tributantes.

Com efeito, registra Paulo de Barros CARVALHO:

A experiência da realidade jurídica brasileira é farta em exemplos de normas jurídicas, individuais e concretas, no campo dos tributos. Ninguém ousaria ignorar que legislações de impostos como o IPI e o ICMS, importantes fontes de receita para a União e para os Estados federados, respectivamente, dedicam muitos preceitos disciplinadores da atividade do sujeito passivo à construção dessas regras. Cabem-lhes individualizar o evento tributário, constituindo-o como fato jurídico, e estruturar, denotativamente, todos os elementos integrantes da relação jurídica do tributo. Em outras palavras, a lei dá competência ao contribuinte para constituir o fato jurídico e a obrigação tributária que dele

decorre, pelo fenômeno da causalidade jurídica (Lourival Vilanova).⁵⁹⁷

Temos caracterizados, a esta altura, os sujeitos credenciados a emitir a norma individual e concreta no campo tributário: a Administração, através do lançamento, e o sujeito passivo, naqueles tributos sujeitos ao chamado “lançamento por homologação”.

Sendo atos diversos, praticados por sujeitos diferentes, sob o manto de normas competenciais e regimes jurídicos distintos, legitima-se a imposição de nomes aptos para discerni-los.

Eurico Marcos Diniz de SANTI assim os designa: *ato-norma administrativo de lançamento tributário e ato-norma formalizador instrumental*. “O ato-norma de formalização instrumental não se adequa à definição de ato-norma administrativo de lançamento. Para tanto falta-lhe na composição a participação de agente público competente, pressuposto subjetivo necessário para realização do suporte fático de fato jurídico administrativo suficiente para criação de ato-norma administrativo”.⁵⁹⁸

Estevão HORVATH prefere o termo *lançamento* para a norma individual e concreta emitida pela Administração, e “*autolançamento*” para designar aquela expedida pelo particular, asseverando:

Ficamos, pois, com o autolançamento significando as operações de lançamento realizadas pelo particular, em cumprimento de um dever legal, operações que têm por objeto tanto a qualificação dos fatos como a quantificação do débito tributário, sem que nos olvidemos que, na maior parte dos casos, para se chegar a esta ‘fase’, terá passado o particular pelo estágio da declaração de fatos e, após a quantificação destes, também normalmente ocorrerá um pagamento por conta (ou por antecipação).⁵⁹⁹

Iniciemos, então, nossas investigações sobre o destino dos tributos sujeitos ao “*autolançamento*” na eventualidade da declaração de inconstitucionalidade das normas de incidência, para de pronto concluir que caberá (a) a repetição do indébito

⁵⁹⁷ **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**, p. 238.

⁵⁹⁸ **Lançamento Tributário**, p. 160-161.

⁵⁹⁹ **Lançamento Tributário e "Autolançamento"**, p. 83.

ou (b) a não exigência da diferença (caso retorne à vigência norma que agrave a situação dos contribuintes, conforme vimos acima).

Por outro lado, qual deverá ser o destino do **lançamento** que aplica norma posteriormente declarada inconstitucional?

Antes de prosseguir, necessário registrar que estamos com Paulo de Barros CARVALHO em evitar menção, quando seja o caso, à revogação do ato, "*...visto que a revogação seria o desfazimento do ato por motivo de conveniência e oportunidade do Poder Público.*"⁶⁰⁰ Fiquemos, pois, com "*invalidação*", termo compatível com o reconhecimento da ilegalidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário. E a partir da invalidação, verifiquemos as hipóteses de "*alterabilidade do lançamento*", segundo o Código Tributário Nacional.

Reza o artigo 145 do Código Tributário Nacional: "*Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I - impugnação do sujeito passivo; II - recurso de ofício; III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149.*"

Por seu turno, o artigo 149, I, prevê: "*Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: I - quando a lei assim o determine.*"

E eis que o artigo 77 da Lei n. 9.430/96 estabeleceu:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa: I - abster-se de constituí-los; II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa; III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Seguiu-se-lhe o Decreto n. 2.194/97, que restou revogado, por semelhança de

⁶⁰⁰ Crédito Tributário e Lançamento. *Revista de Direito Tributário*, n. 77, p. 39.

matéria, pelo Decreto n. 2.346/97 cujos artigos 1º, 4º, 5º e 6º prevêm:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal. Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda,

as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Art. 6º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderá ser autorizado pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ouvida a Consultoria Jurídica, a desistir ou abster-se de propor ações e recursos em demandas judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

§ 1º Na hipótese prevista no *caput*, o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social poderá determinar que os órgãos administrativos procedam à adequação de seus procedimentos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores.

§ 2º O Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, relativamente aos créditos previdenciários, com base em lei ou ato normativo federal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originariamente ou mediante recurso extraordinário, conforme o caso, e ouvida a Consultoria Jurídica, poderá autorizar o INSS a: a) não constituí-los ou, se constituídos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento; b) não inscrevê-los em dívida ativa ou, se inscritos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento; c) abster-se de interpor recurso judicial ou a desistir de ação de execução fiscal.

Para além disso, o artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 estende o efeito vinculante das decisões do STF aos órgãos do Poder Executivo. *"No campo tributário, essa eficácia tem importância acentuada. Assim, por exemplo, uma vez pronunciada a inconstitucionalidade da norma impositiva tributária em sede de ação declaratória, o Executivo não poderá efetuar o lançamento do tributo. Se já tiver praticado esse ato, deverá revê-lo. De igual modo, nessa situação a decisão do STF impede que a questão volte a ser discutida pela Fazenda nos processos subjetivos."*⁶⁰¹

Temos, por conseguinte, que mesmo o lançamento do qual resultou a inscrição em dívida ativa e a posterior execução fiscal poderá ser revisto e cancelado

⁶⁰¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos...*, *op. cit.*, p. 105. O eminente estudioso entende que o efeito vinculante não é extensivo à pronúncia de inconstitucionalidade em ação direta. Entende como inconstitucional o parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/99.

em razão da declaração de inconstitucionalidade.⁶⁰²

O direito infraconstitucional (em matéria federal, segundo as Leis n. 9.430/96 e n. 9.868/99; em matéria estadual e municipal, segundo esta última) deixa-nos bastante tranqüilos em relação à questão.

Em matéria federal, inclusive, não importa se a decisão sobre a inconstitucionalidade foi proferida em caráter abstrato ou difuso, seguida ou não da suspensão pelo Senado. Estamos tratando de procedimento administrativo fiscal que deverá atender à *decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, conforme o artigo 77 da Lei n. 9.430/96.

Mas haveria a obrigatoriedade de a Administração Pública, independentemente de qualquer iniciativa dos interessados, proceder à revisão dos atos praticados com base na lei inconstitucional, se o direito infraconstitucional não nos trouxesse tais diretrizes?

Invocando a Constituição, haveremos de dizer que sim, por força de um princípio magno: **a legalidade**.

A propósito, disserta Sacha Calmon Navarro COELHO:

Cabe anotar não ter cabimento a Administração negar-se a desconstituir ato administrativo baseado em lei declarada inconstitucional pelo STF ou em ato normativo declarado ilegal pelos tribunais. (...) ...por dever de lealdade e em razão do princípio da economia processual, compete-lhe acatar submissão ao Poder a que se conferiu competência para declarar inconstitucionais as leis e ilegais os atos administrativos. O autocontrole se faz sob que parâmetros, senão que o das leis válidas e o da Constituição? O dever de introjetar as *decisões judiciais definitivas sobre dada espécie é inarredável pela Administração*.⁶⁰³

Outrossim, na opinião de Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, é inegável a aplicação do princípio da moralidade (artigo 37 da CF) em matéria tributária. "Na

⁶⁰² Encontra-se superada pelo direito positivo, portanto, a seguinte conclusão de Ricardo Lobo TORRES: "...não é lícito à Administração, nem mesmo através dos seus órgãos judicantes, proceder à revisão do lançamento definitivo com base na ulterior declaração de inconstitucionalidade da lei..." (**Restituição...**, *op. cit.*, p. 101).

⁶⁰³ **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, p. 686.

prática de atos administrativos visando fazer com que o sujeito passivo cumpra a obrigação tributária, a Administração deve obedecer esse princípio, não podendo, por exemplo, praticar atos cujos motivos legais estejam previstos em normas declaradas inconstitucionais pelo STF. [sic]"⁶⁰⁴

O Supremo Tribunal Federal chegou a sedimentar o assunto (Súmula n. 473) concluindo que *"a administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais."*

Existem, entretanto, limites à invalidação. Suponha-se ato administrativo exarado com fulcro em lei posteriormente declarada inconstitucional, na hipótese de se verificar que a lei revigorada configura situação mais gravosa para o contribuinte. Nesse caso, ao invés de invalidar o ato, deverá a Administração Pública convalidá-lo.

Weida ZANCANER, referindo-se aos limites à invalidação, utiliza-se da expressão *"barreiras"*, e esclarece:

...atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar à segurança jurídica e à boa-fé.⁶⁰⁵

O Código Tributário Nacional, aliás, foi sábio a respeito, conforme observa-se da redação de seu artigo 146: *"A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução."*

⁶⁰⁴ **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁰⁵ **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**, p. 61-62.

É de Ricardo Lobo TORRES a seguinte conclusão: "*Os critérios jurídicos utilizados para o lançamento pela Administração são **inalteráveis** com relação a um mesmo sujeito passivo, ainda que haja modificação na jurisprudência administrativa ou judicial. Esse princípio, estampado no art. 146 do CTN, emana da segurança dos direitos individuais e da proteção da confiança do contribuinte.*"⁶⁰⁶ Vale dizer: se a jurisprudência administrativa ou judicial, posteriormente ao lançamento, adota critério mais gravoso para o contribuinte, tal critério somente atinge "fatos geradores" futuros.

Nesse sentido protetivo, ainda, a Súmula n. 227 do extinto TFR: "*A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento.*"

Quanto ao prazo para a revisão do lançamento na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, dado que o CTN foi omissivo, devemos concluir que ela poderá ser efetivada a qualquer tempo após a decisão do STF, salvo no caso do procedimento administrativo federal, que prevê um prazo de cinco anos para a invalidação dos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários (art. 54 da Lei n. 9.784/99). Cabe ao sujeito passivo, assim, diligenciar a fim de que se processe desde logo a revisão.

Por fim, se do lançamento formalizado decorreu pagamento, caberá a repetição do indébito no prazo de 5 (cinco) anos a partir da data desse pagamento (art. 168, I, do CTN), salvo se efetuado em razão de decisão proferida em sede de embargos à execução fiscal ou outra ação ajuizada pelo sujeito passivo com vistas à discussão do crédito tributário sobre as quais se tenha operado a coisa julgada.

⁶⁰⁶ Curso de Direito Financeiro e Tributário, p. 249.

SEÇÃO VII

CONSEQÜÊNCIAS DA REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Embora "...a grande maioria dos problemas que aparecem na seara tributária decorrem da pronúncia definitiva da inconstitucionalidade..."⁶⁰⁷, a revogação da medida cautelar anteriormente concedida em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade, em face da sua improcedência ou mesmo da extinção do processo sem julgamento do mérito, poderá acarretar alguns percalços tributários.

De qualquer sorte, "...a obediência ao comando vinculativo da liminar não pode, em caso de sua revogação, resultar em prejuízo a quem foi a ela submetido compulsoriamente."⁶⁰⁸

Imaginemos a vigência de aumento de alíquota por força de liminar em ação declaratória (hipótese em que o sujeito passivo paga o tributo majorado) ou suspensão liminar da vigência de norma criadora de tributo (hipótese em que o Fisco deixa de lançá-lo).⁶⁰⁹ No primeiro caso, inegável o direito à repetição do indébito. No segundo caso, poderá o Fisco promover o lançamento, porém deve permitir ao sujeito passivo cumprir a obrigação em um determinado prazo sem a incidência da multa. No plano federal, o artigo 63, §2º, da Lei n. 9.430/96, fixa esse prazo em trinta dias contados da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Atente-se para o fato de que, se a extinção do feito abstrato operou-se sem julgamento do mérito, nada impedirá ao Fisco ou ao sujeito passivo invocarem novamente a questão constitucional no controle difuso.

Outrossim, eventuais prazos de prescrição ou decadência somente terão

⁶⁰⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos...**, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁰⁹ Os exemplos são de Teori Albino ZAVASCKI (*Ibidem*, p. 74).

início ou retomarão seu curso "...na data do trânsito em julgado do acórdão ou da decisão que, na ação de controle concentrado de constitucionalidade, tiver revogado a medida liminar."⁶¹⁰

Finalmente, consignamos que a concessão da cautelar em ação direta de inconstitucionalidade afeta a eficácia normativa técnico-sintática da norma, mas não sua vigência, que somente restará afetada com a decisão de mérito (retroativamente, daí sim, à data da concessão da cautelar).

⁶¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia...**, *op. cit.*, p. 76.

CAPÍTULO V

APONTAMENTOS DE DIREITO COMPARADO - ESPANHA E ITÁLIA

1. IMPORTÂNCIA DO ESTUDO COMPARATIVO

Pretendemos, no presente Capítulo, trazer algumas anotações comparativas decorrentes de breve pesquisa realizada no âmbito dos sistemas jurídicos espanhol e italiano. Procuramos empreender aquilo que Carlos Ferreira de ALMEIDA chamou de "*microcomparação*".⁶¹¹

Mister um esclarecimento quanto à justificativa da seleção dos países eleitos como parâmetros da pesquisa comparativa. Detínhamos, nos primórdios da elaboração do trabalho, um ligeiro conhecimento no sentido de que a repetição do indébito tributário com fundamento na inconstitucionalidade da lei, na Espanha e na Itália, é um problema analisado de forma diversa do nosso sistema, posto que naqueles países, de um modo geral, é difícil lograr êxito em obter a devolução do tributo pago em razão da invalidade normativa. Evoluímos, assim, nessa análise, e daí para os demais efeitos da inconstitucionalidade em matéria tributária que nos pareceram relevantes no âmbito do trabalho. Merece ainda registro, como influência eletiva, a grande contribuição que a doutrina desses países sempre ofereceu ao tema analisado, embora a Itália, após os anos 70, venha deixando a desejar.

Não poderíamos deixar de citar Geraldo ATALIBA e Cléber GIARDINO para ressaltar a importância do estudo comparado:

Para efeitos didáticos, recorreremos a uma imagem de alcance propedêutico singular. Se se perguntar a um jovem aldeão japonês quais são as características de seu povo, quais são suas notas típicas, os traços que o singularizam, ele certamente designará traços universais de modo a revelar sua incapacidade de perceber - nesse objeto de consideração que lhe é tão familiar (seu povo) - o que tem de comum com outros povos e o que tem de peculiar,

⁶¹¹ **Introdução ao Direito Comparado**, p. 8-9.

singular, próprio, típico, característico. Se levarmos esse jovem a percorrer rapidamente a Europa, a África, a América e então renovarmos a pergunta, a resposta virá fluente, fácil, imediata: as peculiaridades do homem japonês são olhos rasgados, pele amarela, cabelos negros e lisos *etc.* Só após estabelecer comparações, lhe foi possível destacar com precisão, concisão e presteza o que é peculiar ao seu povo. Antes, não obstante tudo isso já lhe fosse familiar, tudo soava universal, indistinto e comum. Só a comparação tornou possível a identificação dos elementos distintivos. Assim também se passa no direito. Muita vez, só percebemos os traços típicos e as singularidades do nosso direito positivo, mediante o estudo de outros direitos (do direito comparado). Parece que este exemplo deixa rigorosamente demonstrado que o direito comparado tem a magna utilidade de nos permitir melhor conhecimento do nosso direito e mais segura elaboração da nossa ciência jurídica. Se definir é revelar a essência de uma coisa, é desvendar os traços fundamentais e principais que a caracterizam, o que define, dá identidade e singularidade a um sistema são efetivamente as suas peculiaridades, os seus traços originais e típicos. Ora, a comparação de sistemas evidencia que eles em geral possuem alguns institutos, princípios e traços iguais, outros diferentes e outros, ainda, originais. A comparação mostrará, portanto, o que é igual, o que é diferente e o que é típico. O direito comparado nos fornece, dessarte, critérios para reconhecermos melhor as semelhanças, as diferenças e as singularidades do nosso sistema, em contraste com os demais.⁶¹²

Não é exagerada, assim, a afirmação de Antônio Roberto Sampaio DÓRIA:

Sem o sacrifício de contribuições próprias à dogmática jurídica, que as possuímos inúmeras, a maior originalidade do sistema brasileiro radica na fusão harmoniosa de valores jurídicos que absorvemos nos mais diversos quadrantes, filtrando-os de suas peculiaridades locais e integrando-os sistematicamente na orgânica de nossa legislação.

Em agudo contraste com a impermeabilidade de certas estruturas jurídicas à influência do Direito Comparado, que nelas se reduz a mero exercício acadêmico, a doutrina brasileira pode e deve mergulhar nas pesquisas comparativistas, sem receio de que seus labores produzam frutos estéreis nos domínios da gnese e da aplicação concreta da norma jurídica. [*sic*]⁶¹³

O direito comparado é, portanto, extremamente útil para o melhor conhecimento do direito nacional.⁶¹⁴ Contudo, não se pode olvidar de submeter as

⁶¹² *Apud* GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a Renda. Pressupostos Constitucionais**, p. 20-21.

⁶¹³ **Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law***, p. 6.

⁶¹⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 5.

informações alienígenas às exigências do sistema local que se visa a compreender.⁶¹⁵

Ressaltamos a peculiaridade do direito brasileiro, que em termos de sistema constitucional tributário caracteriza-se como sistema jurídico rígido. “*Do contraste entre os dois tipos de sistema – o nosso e o dos demais países – se evidencia, cabalmente, a característica tipicamente nossa da rigidez absoluta (entendida em termos jurídicos).*”⁶¹⁶

Trataremos das questões comparativas com ênfase para os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, e em especial no âmbito tributário, sem deixar de discorrer acerca de algumas generalidades sobre a forma de controle.

⁶¹⁵ GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto...**, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹⁶ ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, p. 29. A lição do Mestre permanece atual à luz da Constituição de 1988.

2. ESPANHA

2.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - ASPECTOS GERAIS

Na Espanha, a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídicas com força e/ou com *status* de lei, foi atribuída pela Constituição de 1978 ao Tribunal Constitucional.⁶¹⁷

Sua difícil missão foi destacada por Raul BOCANEGRA SIERRA nos primórdios da atuação, o qual convocava a Corte para um especial esforço no intento de resolver acertadamente os múltiplos e graves problemas que necessariamente haveriam de se apresentar no funcionamento de uma instituição tão relevante para o sistema implantado pela norma fundamental.⁶¹⁸

O TC é o intérprete supremo da Constituição, anuncia o artigo 1º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol.⁶¹⁹ É um órgão que não faz parte da estrutura do Poder Judiciário (sem com isso perder a condição de órgão jurisdicional), só chamado a resolver as questões verdadeiramente constitucionais.

Quando se trata de uma disposição regulamentar, o controle é realizado pelos Tribunais de Justiça. Quando se trata de uma disposição com força de lei, o órgão que tem a competência para realizar o controle é o Tribunal Constitucional.⁶²⁰

O artigo 159.1 da Constituição anuncia sua composição: doze membros

⁶¹⁷ A expressão espanhola utilizada pelo texto constitucional é “norma jurídica com *rango* de lei”. Esta palavra não encontra similar em português que aponte para seu exato sentido jurídico em espanhol, daí utilizarmos os signos força e/ou *status* para expressar de forma mais abrangente a idéia de sua significação.

⁶¹⁸ Cosa Juzgada, Vinculacion, Fuerza de Ley en las Decisiones del Tribunal Constitucional Aleman. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 1, p. 235.

⁶¹⁹ A sentença do Tribunal Constitucional atua como verdadeira fonte do Direito, consoante Xavier PIBERNAT DOMENECH (La Sentencia Constitucional como Fuente del Derecho. **Revista de Derecho Político**, n. 24, p. 57-85).

⁶²⁰ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. **Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad o Nulidad de Disposiciones Tributarias**, p. 16.

nomeados pelo Rei, sendo quatro por proposta do Congresso mediante maioria de três quintos de seus membros; quatro por proposta do Senado, com idêntica maioria; dois por proposta do Governo e dois por proposta do Conselho Geral do Poder Judicial.⁶²¹

Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre Magistrados, Professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência, com mais de quinze anos de exercício profissional (art. 159.2 da CE), e serão designados por um período de nove anos. Renovar-se-ão por terceiras partes a cada três anos (art. 159.3 da CE), vedada a reeleição imediata, salvo se, no período imediatamente anterior, o cargo tenha sido ocupado por um período inferior a três anos (art. 16.2 da LOTC).

2.2. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS NORMAS COM *RANGO* DE LEI

Os meios previstos para se obter a proteção constitucional contra leis que contrariem o Texto Supremo espanhol são os seguintes:

2.2.1. Via direta ou *recurso de inconstitucionalidad*

É a via de impugnação abstrata da norma. O *recurso de inconstitucionalidad* contra as leis, disposições normativas ou atos com força de lei poderá ser promovido a partir de sua publicação oficial (art. 31 da LOTC).

Deve ser formulado no prazo de três meses a partir da publicação da lei, disposição ou ato com força de lei impugnado (art. 33 da LOTC).

Os legitimados para sua propositura são: o presidente do Governo, o defensor do povo, cinquenta deputados e, por último, cinquenta senadores (art. 32.1. da LOTC).

⁶²¹ Melhor seria, de acordo com Enrique ÁLVAREZ CONDE, um número ímpar, como nove ou quinze, pois o número par pode provocar situações de conflito, obrigando o Presidente a utilizar o voto de qualidade que lhe atribui a Lei Orgânica (**Curso de Derecho Constitucional**, p. 295).

2.2.2. Via indireta ou *cuestión de inconstitucionalidad*

Quando um juiz ou Tribunal, de ofício ou a instância da parte, considere que uma norma com *rango* de lei – aplicável ao caso e de cuja validade dependa a solução da lide – possa ser contrária à Constituição, levará a *cuestión* ao conhecimento e apreciação do Tribunal Constitucional (art. 35.1 da LOTC).

Os juízes ordinários não estão legitimados para declarar a inconstitucionalidade de normas com *rango* de lei. Confere-se-lhes a possibilidade de conduzir a questão constitucional, se assim julgam relevante e fundamentado, à apreciação do Tribunal Constitucional, detentor do chamado *monopolio del rechazo*.⁶²² Constitui, assim, o juiz ordinário um primeiro filtro no complexo processo de declaração de inconstitucionalidade.⁶²³

2.2.3. Recurso de *amparo*

A Constituição Espanhola não reconhece o direito de os particulares predicarem a inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional. Existe, porém, a possibilidade de pedir-se proteção em caso de violação de um direito ou liberdade fundamental, quando cabível o recurso de *amparo*. O chamado *amparo* constitucional foi a forma que o direito espanhol encontrou para permitir ao cidadão abrir as portas do Tribunal Constitucional. Assim, os direitos fundamentais e as liberdades públicas (art. 14 a 29 da CE) são protegidos pelo *amparo* constitucional quando violados, sem prejuízo de sua tutela geral atribuída aos Tribunais de Justiça (art. 41.1 da LOTC).

A proteção dos direitos e liberdades por meio do recurso de *amparo* constitucional apresenta certas características próprias que o diferenciam do resto das funções atribuídas à competência do Tribunal Constitucional. Tem-se discutido a

⁶²² A expressão é utilizada na Espanha no sentido de monopólio do controle de constitucionalidade.

⁶²³ ÁLVARES CONDE, Enrique. *Curso...*, *op. cit.*, p. 326.

conveniência ou não de atribuir essa função ao Tribunal Constitucional, competência que não existe em outros modelos e que em alguns países como a Alemanha foi atribuída tardiamente. Isso em razão de que, nesse campo, o Tribunal Constitucional não exerce um monopólio, tal como no controle de constitucionalidade das leis, mas compartilha a competência com os tribunais ordinários. Aliás, o artigo 53.2 da Constituição (fundamento do *amparo*) parece estabelecer uma dupla proteção jurisdicional dos direitos e liberdades: de um lado, a tutela por parte dos tribunais ordinários, chamado comumente de *amparo* ordinário, e de outro, o *amparo* constitucional ante o Tribunal Constitucional.⁶²⁴

De um modo geral, o *amparo* não é aceito para a proteção dos direitos dos contribuintes, não equiparáveis, segundo o Tribunal Constitucional, aos direitos e liberdades fundamentais.

2.3. EFEITOS

2.3.1. Nulidade da Lei Declarada Inconstitucional

A regra geral é a da nulidade do(s) preceito(s) afetado(s) com eficácia *ex tunc*, segundo o artigo 39.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.⁶²⁵

Em direito tributário, como veremos em seguida, essa regra tem comportado exceções.

Remanesce o debate, por outro lado, em torno da qualificação e dos efeitos

⁶²⁴ ÁLVARES CONDE, Enrique. *Curso...*, *op. cit.*, p. 332.

⁶²⁵ Embora a Constituição Espanhola não contenha regra explícita a respeito, atribuindo tal missão à lei orgânica (art. 165), há quem entenda que a nulidade foi apontada de modo implícito e indireto pelo constituinte originário: PUNSET BLANCO, Ramon. *Las Sentencias Declaratorias de la Inconstitucionalidad de las Leyes: Consideraciones sobre la Posible Reforma de los Artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 7, p. 34.

da nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos em geral.⁶²⁶ Com efeito, as nulidades não se restringem às violações de índole constitucional, encontradas que são - talvez até em maior número - nas variantes de ilegalidade.

2.3.2 Eficácia *Erga Omnes* da Decisão que acolhe a Inconstitucionalidade

As sentenças do TC que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei têm plenos efeitos contra todos (art. 164.1. da CF) e vinculam todos os poderes públicos (art. 38.1 da LOTC).⁶²⁷

A Constituição espanhola não atribui às sentenças de *amparo* eficácia *erga omnes*. O artigo 164.1 refere-se apenas, ao atribuir tal efeito, às sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e a todas as que não se limitem à estimativa subjetiva de um direito. Como as sentenças de *amparo* circunscrevem-se ao âmbito das estimativas subjetivas de um direito, estão fora da eficácia *erga omnes*.

De modo geral, o Tribunal não tem admitido estender a declaração de inconstitucionalidade aos recursos de *amparo* pendentes no momento de sua prolação, fato que acarreta, segundo Ramón FALCÓN Y TELLA, uma quebra grave da supremacia constitucional, pois a não extensão implica confirmar sentenças que aplicaram uma lei inconstitucional.⁶²⁸ Somente é possível tal extensão de efeitos quando a causa da inconstitucionalidade reside na vulneração ou violação de um direito fundamental,⁶²⁹ equiparação que, em direito tributário, tem sido rechaçada pelo

⁶²⁶ BELADIEZ ROJO, M. La Nulidad y La Anulabilidad. Su Alcance y Significación. **Revista de Administración Pública**, n. 133, p. 183; INIESTA DELGADO, Juan José; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel. Naturaleza y Efectos de las Sentencias de Anulación Recaídas en Procesos contra Normas: La Invalidez en el Sistema Normativo y su Actuación Jurisdiccional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 59, p. 139-175.

⁶²⁷ A doutrina não é unânime quanto à extensão ou não dos efeitos *erga omnes* também às sentenças desacolhedoras da inconstitucionalidade (Cf. PIBERNAT DOMENECH, Xavier. La Sentencia Constitucional..., *op. cit.*, p. 64).

⁶²⁸ Editorial. **Quincena Fiscal**, n. 20, p. 7.

⁶²⁹ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 71.

Tribunal Constitucional.⁶³⁰

2.3.3. Coisa Julgada

Não são suscetíveis de revisão as situações consolidadas anteriormente ao pronunciamento do Tribunal, com força de coisa julgada, salvo em se tratando de processos penais ou contenciosos administrativos referentes a um procedimento sancionador em relação aos quais se verifique, como consequência da nulidade da norma aplicada, uma redução da pena ou da sanção, ou ainda uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade (artigo 161, "a", da CE e 40.1 da LOTC). De qualquer sorte, aquela jurisprudência anterior entender-se-á corrigida pelo Tribunal Constitucional (artigo 40.2 da LOTC), o que nos permite concluir pela plena observância da nova interpretação após sua publicação no Boletim Oficial do Estado.

Na opinião de Xavier PIBERNAT DOMENECH, a coisa julgada em sentido material não é de ser aceita no processo constitucional, posto que isso iria contra a possibilidade do Tribunal Constitucional rever sua própria doutrina, precisamente quando uma de suas funções consiste em ir adaptando a Constituição às mudanças sociais e políticas.⁶³¹

2.3.4. Norma Aplicável Após a Declaração de Inconstitucionalidade

Na Espanha não é tão simples o problema de se determinar qual a norma aplicável após a declaração de inconstitucionalidade.

Em concreto, segundo Luis Alberto MALVÁRES PASCUAL, podem ocorrer as seguintes situações: a) a revigoração da norma anterior à declarada inconstitucional; b) a configuração de um vazio legal; c) a retroatividade de uma nova norma que se aprove, que resolve assim o vazio normativo existente; d) o diferimento

⁶³⁰ Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón. Editorial, *op. cit.*, p. 8.

⁶³¹ La Sentencia Constitucional..., *op. cit.*, p. 62.

da anulação da norma, permitindo a ultratividade da mesma (hipótese condicionada a uma futura reforma da LOTC, pois com a redação atual dita teoria resulta inaplicável).⁶³²

Ressalta-se que todas essas possibilidades encontram as dificuldades próprias de aplicação.

Tem-se como regra geral, é necessário registrar, que a princípio a declaração de nulidade de uma lei não implica a revivescência da norma por ela derogada. Uma vez, porém, admitida a possibilidade, caberia aos juízes ordinários determinar, caso a caso, o direito vigente: esta é uma competência que cabe a eles e não ao Tribunal Constitucional.⁶³³

Em qualquer hipótese, na opinião de MALVÁRES PASCUAL e FALCÓN Y TELLA, **quando da declaração de inconstitucionalidade resulte uma maior quantidade a pagar**, em conformidade com a solução que resulte aplicável, **a incidência do princípio da segurança jurídica afasta qualquer pretensão de cobrança retroativa** (em relação ao período de vigência da lei declarada inconstitucional).⁶³⁴ Cite-se como exemplos, também nesse rumo, situações encampadas pelo direito positivo: a edição de um Real Decreto de n. 1/87, expedido para regulamentar os efeitos derivados da STC 19/897, o qual estabeleceu a proibição da lavratura de *liquidaciones* retroativas quando houvessem quantias maiores a pagar por parte dos sujeitos passivos; o artigo 57.3 LRJAP-PAC (Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum), o qual prevê a eficácia retroativa dos atos ditados em substituição de atos anulados, mas somente quando produzem “efeitos favoráveis ao interessado”. Portanto, atos novos editados

⁶³² **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 27-33.

⁶³³ Cf. GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *In*: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). **Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**, p. 611-612.

⁶³⁴ **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 107-108; Comentario General de Jurisprudencia. **Revista Española de Derecho Financiero**, n. 56, p. 644. Observe-se que o fundamento da doutrina aqui exposta é o princípio da segurança jurídica. Na Espanha, não há previsão expressa do princípio da irretroatividade de normas tributárias.

com a finalidade de ajustar o ato anterior ao ordenamento jurídico em nenhum caso poderão provocar resultado mais gravoso do que o anterior.⁶³⁵

Nas palavras, agora de Ángel J. GÓMEZ MONTORO, é certo que se deve evitar os prejuízos a quem acolheu de boa-fé as disposições legais que, posteriormente, são declaradas inconstitucionais, mas não é menos certo que tampouco se permita ao Poder Público se beneficiar das situações criadas por ele mesmo com ignorância dos mandamentos constitucionais.⁶³⁶

2.3.5. Repetição do Indébito

O Real Decreto 1163/1990 regula o procedimento para as devoluções de pagamentos indevidos de natureza tributária. Embora esse diploma legal não inclua como causa de devolução a anulação da disposição que servia de respaldo para a exigência do tributo, os supostos a que se refere seu artigo 7º não esgotam todos os casos em que se pode fundar uma petição de restituição. A questão é determinar se a devolução é um efeito imediato da sentença que declara a inconstitucionalidade de uma disposição ou se é preciso previamente que se anulem os atos de *liquidación*, ou se for o caso, as *autoliquidaciones*. A maioria da doutrina tem-se pronunciado pelo segundo caminho, salvo para as partes envolvidas no feito de inconstitucionalidade.⁶³⁷

Há quem diga que o Tribunal Constitucional Espanhol ainda está devendo a elaboração de uma doutrina satisfatória sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas tributárias, especialmente sobre o regime de devolução de ingressos realizados em virtude de normas declaradas

⁶³⁵ A expressão *liquidación* resta mais abaixo esclarecida.

⁶³⁶ In: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios...*, op. cit., p. 617.

⁶³⁷ Cf. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *Los Efectos...*, op. cit., p. 82. As expressões *liquidación* e *autoliquidaciones* restam mais abaixo esclarecidas.

inconstitucionais.⁶³⁸

2.3.5.1. Sentença do Tribunal Constitucional n. 45/1989

A Sentença do Tribunal Constitucional n. 45, de 20 de fevereiro de 1989, declarou inconstitucionais vários preceitos da Lei n. 44, de 1978, relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas, na parte em que tratava da tributação conjunta e acumulação de rendimentos dos sujeitos passivos integrados em unidades familiares. Uma das mais importantes conseqüências desse pronunciamento diz respeito aos efeitos jurídicos atribuídos em relação ao passado.

A Sentença 45/1989 introduziu no sistema espanhol uma inovação no tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Até então, a regra geral da nulidade *ex tunc* vigorava sem maiores dissensos. A partir daquele pronunciamento – e de modo geral até os dias atuais, quando se trata de devoluções de tributos – o Tribunal passou a projetar para o futuro os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deixando a salvo os atos administrativos que tenham obtido "firmeza" e as *autoliquidaciones* não impugnadas em tempo e forma.⁶³⁹

Transcrevemos os excertos do fundamento jurídico 11 (onze) da comentada sentença que dizem respeito ao tanto que ora nos referimos:

...entre as situações consolidadas que haverão de se considerar não suscetíveis de revisão como conseqüência da nulidade que agora declaramos, figuram não somente aquelas decididas mediante Sentença com força de coisa julgada (art. 40.1 LOTC), mas também, por exigência do princípio da segurança jurídica (art. 9.3 CE), as estabelecidas mediante atuações administrativas firmes...

Por último, e para concluir, convém precisar que a nulidade em que agora acordamos não

⁶³⁸ HERRERA MOLINA, Pedro H.; MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. Nuevas Perspectivas sobre el Mínimo Exento Familiar en la Jurisprudencia Constitucional Alemana. *Impuestos*, n. II, p. 414.

⁶³⁹ Há quem proponha inclusive a reforma do artigo 39.1 da LOTC para se conferir cobertura legal à prática jurisprudencial que tem sido aplicada [PUNSET BLANCO, Ramon. *Las Sentencias...*, *op. cit.*, p. 47].

configura pretensão alguma de restituição no que se refere aos pagamentos feitos em virtude de *autoliquidaciones* ou *liquidaciones provisionales* ou *definitivas* acordadas pela Administração.

2.3.5.1.1. *Autoliquidación. Liquidación. Acto Administrativo Firme.* Impugnação dos Atos em Matéria Tributária

Necessário abrir um pequeno parênteses para explicar, em apertada síntese, a configuração jurídica dos institutos mencionados na sentença. Vejamos:

a) *Autoliquidación*: também chamado de *declaración-liquidación*, assim designa-se o ato de conteúdo obrigatório praticado pelo próprio sujeito passivo no sentido de realizar as operações materiais de determinação do tributo a pagar, bem como de promover seu pagamento. Não se trata propriamente de um ato administrativo de *liquidación*, mas de um ato do sujeito passivo que constitui o cumprimento de um dever legal demarcado no âmbito dos deveres de colaboração com a Administração. Recebida a *autoliquidación*, a Administração procederá à *comprobación* da sua adequação às regras aplicáveis, a partir dos dados ali contidos (quando a Administração sai em busca de outros dados, tem-se a atividade de *investigación*). Da atividade de *comprobación* exsurge o ato administrativo de *liquidación*.⁶⁴⁰ Nas palavras de José Juan FERREIRO LAPATZA, a lei reserva à Administração a possibilidade de comprovar se a atuação dos administrados se acomoda a seus preceitos e, em caso negativo, exigir as oportunas responsabilidades e o tributo nos seus exatos termos.⁶⁴¹ O sistema de *autoliquidación*, atualmente, é a regra geral na Espanha.⁶⁴²

⁶⁴⁰ PÉREZ ROYO, Fernando. **Derecho Financiero y Tributario (Parte General)**, p. 210, 211.

⁶⁴¹ **Curso de Derecho Financiero Español**, p. 162.

⁶⁴² Em homenagem à precisão terminológica, aponta-se para a necessidade de distinguir a *autoliquidación*, isto é, a operação de quantificação da dívida tributária realizada pelo sujeito passivo, da *declaración*, e, por outro lado, do pagamento que normalmente se lhe segue (ARIAS VELASCO, José; SARTORIO ALBALAT, Susana. **Procedimientos Tributarios**, p. 90).

b) *Liquidación*: é o ato da Administração em virtude do qual se determina a quantia de uma obrigação pecuniária derivada da relação jurídico-tributária ou se declara sua inexistência.⁶⁴³ O ato administrativo de *liquidación* tem lugar naqueles casos em que a Administração considera necessário promover uma atividade de *comprobación*, revisando a *autoliquidación* do sujeito passivo ou suprimindo sua falta, e ainda, por evidente, naqueles tributos (poucos, atualmente) em relação aos quais não vigora o sistema de *autoliquidación*. Quando o ato administrativo de *liquidación* provém da atividade de *comprobación* de uma *autoliquidación*, tem-se a chamada *liquidación provisional*, ato administrativo que serve para confirmar, retificar ou modificar a *autoliquidación* e que desde logo surte plenos efeitos, mas que pode ser revisado pela Administração mediante o exercício de sua competência de *investigación* e mesmo de *comprobación*. O exercício dessa faculdade está sujeito a um prazo de prescrição de quatro anos. Enquanto não transcorrido o prazo prescricional, a Administração pode revisar a *liquidación provisional* e substituí-la por uma *liquidación definitiva*, se, no gozo de suas faculdades, encontra novos dados relevantes para a regularização da situação tributária do sujeito em face do qual a *liquidación provisional* havia sido expedida.⁶⁴⁴ Anote-se que os conceitos de *liquidación provisional* e *definitiva* aplicam-se também aos casos em que a lei obriga o sujeito passivo unicamente a declarar os fatos impositivos realizados, e impõe à Administração o dever de liquidar o correspondente tributo mediante ato administrativo de *liquidación*.⁶⁴⁵

c) *Liquidación Firme ou Acto Administrativo Firme*: É importante não confundir os conceitos de *liquidación definitiva* e *liquidación firme*. O ato de *liquidación* pode adquirir a condição de firmeza quando não impugnado em tempo e forma pelo sujeito passivo, sem que isso signifique que a *liquidación* deixe de ser

⁶⁴³ ARIAS VELASCO, José; SARTORIO ALBALAT, Susana. *Procedimientos...*, *op. cit.*, p. 164.

⁶⁴⁴ PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho...*, *op. cit.*, p. 217, 221.

⁶⁴⁵ Cf. FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso...*, *op. cit.*, p. 158.

provisional (se este era seu caráter), é dizer, suscetível de ser revisada pela Administração mediante o exercício de sua ordinária faculdade de *investigación e comprobación*.⁶⁴⁶ Para evitar a firmeza dos atos administrativos é preciso impugná-los no prazo hábil.⁶⁴⁷

d) *Impugnação dos Atos em Matéria Tributária*: a revisão dos atos em matéria tributária pode operar-se tanto na via administrativa quanto na judicial. Para ingresso na segunda, necessário esgotar os passos da primeira, bastante valorizada e utilizada no direito espanhol. No direito tributário, existe uma específica via administrativa de resolução de reclamações, a chamada "Jurisdição Económico-Administrativa". Esgotada a via administrativa, abre-se o caminho do "contencioso", agora judicial.

2.3.5.1.2. Desdobramentos da STC n. 45/1989

Aclarando melhor a idéia, segundo a doutrina do Tribunal Constitucional, para que os efeitos das sentenças declaratórias de nulidade possam alcançar quem não haja sido parte do processo é necessário que da *liquidación* ou da *autoliquidación* se tenha recorrido antes da data da publicação da sentença, de acordo com o procedimento estabelecido em cada caso, independentemente dos motivos que se aleguem.⁶⁴⁸

Conseqüentemente, somente há lugar para devoluções de ingressos indevidos, segundo a solução ali desenvolvida - e sem distinção entre *liquidaciones provisionales y definitivas* - quando o ato de *liquidación* não tenha adquirido caráter de "firme" no momento da declaração de inconstitucionalidade da norma tributária. Eis os passos da doutrina iniciada com a sentença em questão, a da eficácia não-retroativa ou

⁶⁴⁶ PÉREZ ROYO, Fernando. **Derecho...**, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁴⁷ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 64. Tratando-se de *autoliquidación*, entenda-se "recorrer" como o pleito de repetição do indébito após o pagamento, dentro do prazo prescricional.

prospectiva da declaração de inconstitucionalidade das normas.⁶⁴⁹

Em outras palavras, o TC incluiu entre as "sentenças com força de coisa julgada" os chamados "atos administrativos firmes" e os pagamentos feitos em virtude de *autoliquidación* ou de *liquidaciones provisionales* operadas pela Administração. Essas seriam situações de pendência, segundo Cesar GARCÍA NOVOA, que de modo algum poderiam ser consideradas "firmes".⁶⁵⁰

Relembre-se que as sentenças com força de coisa julgada (firmes) que aplicaram a norma declarada inconstitucional são o único limite estabelecido pelo artigo 40.1 da Lei Orgânica do Tribunal.⁶⁵¹

A STC 45/1989 ampliou o rol de "situações firmes" não suscetíveis de revisão previstas no artigo 40.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, impedindo, assim, a revisão dos atos administrativos firmes e os pagamentos feitos em virtude de *autoliquidaciones* ou *liquidaciones provisionales* ou *definitivas* sem a conseqüente impugnação antes da publicação da sentença constitucional.⁶⁵²

2.3.5.1.3. Críticas favoráveis e desfavoráveis à STC 45/1989

A STC 45/1989 situa-se, sem sombra de dúvida, entre as mais comentadas e analisadas pela doutrina do direito espanhol.

⁶⁴⁹ CAAMAÑO ANIDO, Miguel Angel. Nuevos Matices de La Jurisprudencia Comparada en Materia de Declaracion de Nulidad de una Norma y Devolucion de Ingresos Indebidos. **Revista Española de Derecho Financiero**, n. 92, p. 760.

⁶⁵⁰ **La Devolucion de Ingresos Tributarios Indebidos**, p. 141. Atesta GARCÍA NOVOA que o Tribunal incluiu também entre as "situações firmes" as *liquidaciones provisionales complementarias*. Tais *liquidaciones complementarias* surgem quando há necessidade de retificar, modificar ou integrar novos fatos imponíveis em uma *liquidación provisional* anterior. Com efeito, na atualidade, de um modo geral somente com a prescrição a *liquidación provisional* converte-se em *definitiva* (Cf. ARIAS VELASCO, José; SARTORIO ALBALAT, Susana. **Procedimientos...**, *op. cit.*, p. 169, 166).

⁶⁵¹ GARCÍA NOVOA, Cesar. **La Devolucion...**, *op. cit.*, p. 138; INIESTA DELGADO, Juan José; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel. **Naturaleza y Efectos...**, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁵² HERRERA MOLINA, Pedro H.; MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. **Nuevas Perspectivas...**, *op. cit.*, p. 414-415.

Há aqueles que, como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, qualificam a decisão como "*um real progresso*" para o sistema de justiça constitucional. Segundo ele, a técnica permite graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo escalão. Amplia-se, notavelmente, o campo de ação da jurisdição constitucional, que permite um ajuste sucessivo e cada vez mais afinado das normas que compõem o ordenamento.⁶⁵³

No fundo, a decisão intenta construir uma doutrina abstrata dos efeitos da nulidade no controle de normas, mais do que contentar-se com uma argumentação pragmática.⁶⁵⁴

Entretanto, um outro segmento da doutrina condena as justificativas jurídicas invocadas como fundamento para a eficácia prospectiva, as quais foram chamadas para contornar a justificativa política existente por trás da decisão.⁶⁵⁵

É difícil justificá-la, segundo Francisco RUBIO LLORENTE, num sistema no qual se atribui às decisões do juiz constitucional, natureza declaratória e eficácia *ex tunc*,⁶⁵⁶ logo, a autolimitação do Tribunal Constitucional careceria de base jurídica, de acordo com Ricardo ALONSO GARCÍA.⁶⁵⁷ Ainda, consoante Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL, essa doutrina pode levar a resultados que de nenhum modo podem se considerar ajustados aos princípios básicos que inspiram o sistema jurídico

⁶⁵³ Um Paso Importante para el Desarrollo de Nuestra Justicia Constitucional: La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficacia de las Leyes Inconstitucionales. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 61, p. 13, 15-16. No Brasil, esse artigo foi publicado na **Revista de Direito Público**, n. 92, p. 5-16. Cesar GARCÍA NOVOA, após explanar as razões pelas quais entende altamente criticável a STC 45/1989, conclui que esta constitui todo o contrário a um "*passo importante para o desenvolvimento*" da justiça constitucional espanhola, como a classifica GARCÍA DE ENTERRÍA (**La Devolucion...**, *op. cit.*, p. 146).

⁶⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Um Paso Importante..., *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵⁵ Registra Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL que a causa real motivadora da STC 45/1989, impedindo a revisão das denominadas situações consolidadas ou firmes, era o caos financeiro e orçamentário que podia ocasionar a devolução em massa dos pagamentos efetuados por conta do IRPF em períodos anteriores a 1988 (**Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 75).

⁶⁵⁶ La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación del Derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 22, p. 37.

⁶⁵⁷ El Tribunal Constitucional y La Eficacia Temporal de sus Sentencias Anulatorias. **Revista de Administración Pública**, n. 119, p. 264.

espanhol, pois existem sérias dúvidas de que os princípios da segurança jurídica e da igualdade sejam seus verdadeiros fundamentos. Ademais, a doutrina do Tribunal Constitucional resulta prolixa e difícil de entender, fundamentalmente porque nos casos em que o interesse público estava seriamente comprometido, como ocorria com a Sentença 45/1989, o Tribunal evitou a referência a tal princípio.⁶⁵⁸

Destaca Juan J. ZORNOZA que ao contemplar as situações consolidadas que não de considerar-se não suscetíveis de ser revisadas como consequência da nulidade proclamada, o Tribunal Constitucional referiu-se a uma série de supostos heterogêneos cuja assimilação não é fácil justificar.⁶⁵⁹

É, também, severamente criticada a flagrante incoerência contida na sentença, quando, numa determinada passagem, afirma categoricamente que a Lei Orgânica não faculta ao Tribunal a possibilidade de fixar o momento da eficácia da nulidade (porque o artigo 39.1 impõe a nulidade *ex tunc*) e, a seguir, aplica a regra da simples inconstitucionalidade não acompanhada da declaração de nulidade.⁶⁶⁰

Anota Cesar GARCÍA NOVOA, a propósito, que no ordenamento espanhol, a declaração de inconstitucionalidade leva sempre aparelhada a nulidade da norma assim declarada, solução que se ajusta melhor ao caráter normativo da Constituição, pois o princípio lógico da não-contradição conduz necessariamente à nulidade da norma de inferior hierarquia. Afasta-se o TC, diz o mestre da Universidade de Santiago de Compostela, de sua própria Lei Orgânica reguladora, ao negar que os efeitos da nulidade venham definidos legislativamente, com a única finalidade de evitar a devolução de ingressos indevidos que a nulidade acarretaria.⁶⁶¹

A doutrina, entretanto, parece aceitar que se o fundamento invocado fosse o

⁶⁵⁸ **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 73-74, 80.

⁶⁵⁹ Aspectos Constitucionales del Regimen de Tributacion Conjunta en el I.R.P.F. (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero). **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 27, p. 192.

⁶⁶⁰ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁶¹ **La Devolucion...**, *op. cit.*, p. 134, 138.

interesse público, haveria ao menos um mínimo de respaldo jurídico para a prospectividade, desde que devidamente comprovada que a devolução generalizada pudesse provocar um colapso financeiro nos cofres públicos.⁶⁶²

Na lição de Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL, a limitação dos efeitos retroativos das sentenças pode operar-se, mas somente quando o reconhecimento generalizado do direito à devolução possa comprometer gravemente os interesses públicos, o que sucederá quando esteja em perigo a solidez das finanças públicas. Nesses casos, o princípio da legalidade cederia ante princípios como o da segurança jurídica ou o do interesse público. Portanto, em cada caso é preciso realizar uma ponderação de princípios, não cabendo soluções apriorísticas. E as graves conseqüências que poderia ocasionar a STC 45/1989 sobre o sistema financeiro não se produzem em outros casos, aos quais o TC aplica a mesma doutrina. Só em casos muito excepcionais, por conseguinte, deve admitir-se a jurisprudência prospectiva.⁶⁶³

O fato é que a solução iniciada com a STC 45/1989 vem se consolidando no âmbito da jurisdição contenciosa.

E as críticas desfavoráveis persistem.

Sua aplicação não se deveria operar de modo generalizado, segundo Pedro HERRERA MOLINA e Diego MARÍN-BARNUEVO FABO. De um lado porque estimula a litigiosidade, e assim, somente aqueles sujeitos que recorreram tempestivamente, sob qualquer fundamento, a fim de impedir a firmeza dos atos administrativos, desfrutarão dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. De outro porque constitui uma exceção às normas do ordenamento espanhol, que somente se deveria admitir nos casos em que exista um sólido fundamento expressamente reconhecido na própria sentença.⁶⁶⁴

É necessário, pois, uma aplicação racional e proporcional do Direito,

⁶⁶² GARCÍA NOVOA, Cesar. *La Devolucion...*, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁶³ *Los Efectos...*, *op. cit.*, p. 16, 77, 78.

⁶⁶⁴ *Nuevas Perspectivas...*, *op. cit.*, p. 415.

procurando a ponderação dos princípios em jogo. Não é possível, em matéria de efeitos de declaração de inconstitucionalidade, chegar a uma solução única. Os Tribunais, em cada caso, devem adotar as medidas necessárias para a melhor realização do direito.⁶⁶⁵

Seria melhor, segundo uma solução proposta, deixar aos órgãos judiciais, caso a caso, a tarefa de determinar quando uma situação pode ser considerada “firme”.⁶⁶⁶

Em não sendo assim, chega-se a conclusões tais como a de Ramón FALCÓN Y TELLA, que considera uma carreira permeada de obstáculos o caminho para conseguir a anulação de uma *liquidación* com base na declaração de inconstitucionalidade da lei tributária, onde o menor tropeço afasta o interessado do jogo. Se não se recorre, a eventual declaração de inconstitucionalidade não afeta o contribuinte. Recorrendo, é preciso primeiro esgotar a esfera econômico-administrativa, a despeito da obrigatoriedade de aplicação das leis inconstitucionais pelos órgãos econômico-administrativos, vez que não podem pleitear a questão de inconstitucionalidade, caminho que provoca uma dilação de um ou dois anos, pelo menos. Uma vez na via contenciosa, se as sucessivas apreciações entendem que não existe incompatibilidade com a Constituição, o tema resulta descartado definitivamente, salvo se a inconstitucionalidade tiver por base a vulneração de um direito ou liberdade fundamental (o que não será muito freqüente no âmbito tributário, pois a própria jurisprudência constitucional tem tomado o cuidado de precisar que as quebras no princípio da igualdade tributária não são reconduzíveis ao artigo 14, e sim ao artigo 31.1). E se a sorte lhe bate à porta e aceita-se a *cuestión de inconstitucionalidad*, deverá torcer pelo seu provimento.⁶⁶⁷

Bem assim, não tem sentido e aproxima-se do terreno do anedótico, segundo

⁶⁶⁵ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. **Los Efectos...**, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶⁶ GÓMEZ MONTORO, Ángel J. *In*: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). **Comentarios...**, *op. cit.*, p. 623.

⁶⁶⁷ Editorial, *op. cit.*, p. 8.

FALCÓN Y TELLA, a suspensão da tramitação dos recursos de amparo até que se resolvam os recursos ou questões de inconstitucionalidade sustentados sobre o mesmo preceito, como vem fazendo o Tribunal habitualmente, para finalmente chegar à conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade não afeta os recursos suspensos.⁶⁶⁸

Em tais casos não deveria o Tribunal, diz MALVÁREZ PASCUAL, pronunciar-se sobre o fundo do assunto. Tão-somente deveria registrar que não é competente para outorgar o amparo porque da declaração de inconstitucionalidade não resulta vulnerado nenhum direito fundamental, e determinar que a Administração anule o ato administrativo recorrido por não haver adquirido firmeza.⁶⁶⁹

2.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade demonstra que a sentença constitucional configura, indefectivelmente, decisão política, ato de um poder em dialética com os demais poderes do Estado.⁶⁷⁰ E definitivamente o direito tributário é o campo onde mais se manifesta a tensão entre o direito e a política.⁶⁷¹

Embora não seja certo, segundo Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que a justiça constitucional intente eliminar a política para ocupar seu lugar, a Constituição é capaz de converter-se, sob a atuação de um Tribunal Constitucional que acerte em sua função, no campo comum de jogo das diferentes forças políticas, na regra de jogo básica sobre a qual a competitividade política concretiza suas opções e desenvolve sua legítima luta, na regra de fundo que define o consenso fundamental de uma sociedade sobre a qual mantém sua vitalidade e desenvolve suas virtualidades e suas mudanças e

⁶⁶⁸ Editorial, *op. cit.*, p. 10. No mesmo sentido, aludindo ao “inexplicável”: MARTÍN QUERALT, J. De Amparos que se Tornam em Desamparos. *Tribuna Fiscal*, n. 86, p. 3.

⁶⁶⁹ *Los Efectos...*, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁷⁰ GARRORENA MORALES, Angel. La Sentencia Constitucional. *Revista de Derecho Político*, n. 11, p. 7.

⁶⁷¹ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *Los Efectos...*, *op. cit.*, p. 12.

transformações criadoras.⁶⁷²

Difícil talvez seja, para o Tribunal Constitucional, acertar sua função.

⁶⁷² **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional**, p. 188.

3. ITÁLIA

3.1. CORTE CONSTITUCIONAL - ASPECTOS GERAIS

A Constituição italiana atual está em vigência desde 1º de janeiro de 1948. Seu artigo 134 atribui à *Corte Costituzionale* a incumbência de decidir sobre as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos com força de lei.⁶⁷³ A Corte Constitucional, registre-se, somente veio a instalar-se efetivamente em 1956.

Essa sistemática, segundo Silvano LABRIOLA, é a principal garantia da constitucionalidade no ordenamento republicano da Itália. Admitir que um órgão, não derivado direta ou indiretamente da representação política, mas colocado em posição de absoluta independência, detenha o poder de privar a lei de eficácia, equivale a introduzir no sistema político o conceito de limite da vontade dos órgãos titulares do poder político, aos quais é vedado invadir o campo reservado ao legislador constitucional.⁶⁷⁴

E de acordo com Enrico de MITA, a jurisprudência da Corte Constitucional é um útil instrumento para que se realize a aspiração de transformar o direito tributário em algo de racional, vale dizer, construir sua base sobre princípios racionais reduzindo a arbitrariedade do fenômeno fiscal.⁶⁷⁵

A Corte Constitucional é composta por quinze juízes nomeados da seguinte forma: um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela magistratura superior ordinária e administrativa. São escolhidos entre magistrados (ainda que aposentados) da jurisdição superior ordinária e administrativa, professores

⁶⁷³ Segundo Augusto CERRI, não é fácil definir a categoria dos atos com força de lei (*Corso di Giustizia Costituzionale*, p. 82).

⁶⁷⁴ Le Garanzie Istituzionali per la Protezione della Costituzionalità. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 230, p. 35.

⁶⁷⁵ L'Influsso della Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul Diritto Tributario. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, ano XL, vol. XL, I, p. 595.

de universidades em matéria jurídica e advogados com mais de vinte anos de exercício profissional. Os juizes da Corte Constitucional são nomeados por um período de nove anos, vedada a renomeação (art. 135 da Constituição italiana).

3.2. ACESSO À CORTE CONSTITUCIONAL

A Lei Constitucional n. 1, de 09 de fevereiro de 1948, estabeleceu no artigo 1º que qualquer das partes, dirigindo-se ao juiz,⁶⁷⁶ ou mesmo o juiz, de ofício, no curso de um feito judicial, poderão argüir a ilegitimidade de uma lei em face da Constituição, e a questão então, desde que o juiz da causa não entenda a argüição como manifestamente infundada, será remetida para apreciação da Corte Constitucional – em autos próprios, chamados autos de remissão.⁶⁷⁷

A via incidental foi escolhida como modo geral de acesso, restando reservados à via principal os conflitos entre o Estado e as regiões e os conflitos entre as regiões.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ A impugnação das partes pode ser chamada de *indireta*, posto que não podem dirigir-se diretamente à Corte, e sim ao juiz da causa, que deverá avaliar se presentes os pressupostos necessários para a ativação do juízo de constitucionalidade (BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionale**, p. 410).

⁶⁷⁷ Entre os juízos habilitados a propor a dúvida de constitucionalidade perante a Corte Constitucional figuram as *commissioni tributarie* (comissões tributárias), órgãos perante os quais iniciam-se os questionamentos sobre os atos de exigência dos tributos [LUPI, Raffaello. **Diritto Tributario (Parte Generale)**, p. 38]. O artigo 1º do Decreto Presidencial n. 546, de 1992, indica os impostos sujeitos à jurisdição das *comissioni*: imposto sobre a renda, imposto sobre o valor agregado, imposto sobre atos de registro, imposto sobre doações e incidente sobre sucessões e alguns outros de menor relevo. Para outros tributos ali não mencionados, existe um sistema de tutela bastante heterogêneo [Vide, a respeito: LUPI, Raffaello. **Diritto...**, *op. cit.*, p. 259-286].

⁶⁷⁸ CERRI, Augusto. **Corso...**, *op. cit.*, p. 77.

3.3. EFEITOS

3.3.1. Retroatividade da Decisão de Acolhimento

A sentença de acolhimento da inconstitucionalidade possui efeito *erga omnes*, inclusive em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública, após sua publicação na *Gazzetta Ufficiale* (Diário Oficial).⁶⁷⁹

Diz o artigo 136 da Constituição Italiana que, ao declarar a Corte a inconstitucionalidade (*illegittimità costituzionale*) de uma norma, esta perde a eficácia – que para nós, no âmbito deste trabalho, deve ser entendida como a eficácia normativa técnico-sintática – a partir do dia seguinte à publicação da decisão.

Os primeiros intérpretes daquele dispositivo constitucional pensaram dele emergir apenas uma eficácia *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade.⁶⁸⁰

Embora não se perceba o efeito retroativo (*ex tunc*) numa leitura apressada do preceito magno, a decisão de inconstitucionalidade opera com tal atributo.⁶⁸¹

Segundo a doutrina, o art. 30.3, da Lei n. 87, de 11 de março de 1953, contribuiu para a interpretação rumo ao efeito retroativo da sentença da Corte. Sua redação: as normas declaradas inconstitucionais não podem ser aplicadas a partir do dia seguinte à publicação da decisão.⁶⁸²

A retroatividade, apesar de ser regra geral, não é afirmada como um fenômeno insuscetível de limitações.⁶⁸³

Com efeito, há notícias na Itália de temperamentos, como por exemplo no

⁶⁷⁹ CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**, p. 383.

⁶⁸⁰ RUOTOLO, Marco. **La Dimensione Temporale Dell'Invalidità della Legge**, p. 61.

⁶⁸¹ CERRI, Augusto. **Corso...**, *op. cit.*, p. 222; CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni...**, *op. cit.*, p. 384.

⁶⁸² *Ibidem.*, p. 223. Art. 30.3, da Lei n. 87/53: "*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.*"

⁶⁸³ Cf. DELFINO, Felice. **La Dichiarazione di Illegittimità Costituzionale delle Leggi**, p. 143.

caso do chamado "funcionário de fato", em que se consideram válidos os atos praticados anteriormente à declaração de inconstitucionalidade.⁶⁸⁴

Fabrizio POLITI assinala que, a partir da segunda metade dos anos oitenta, a Corte Constitucional passa a estar mais atenta aos efeitos de suas próprias decisões, prolatando algumas sentenças designadas de "*sentenças com efeitos retroativos limitados*". Ressalta ainda, o autor, a necessidade de, em tais casos, proceder-se ao balanceamento dos valores constitucionais em jogo. Assim, a sentença de inconstitucionalidade com eficácia temporalmente limitada seria admissível naquelas situações em que a retroação total produziria conseqüências mais graves do que aquela que a própria pronúncia pretende eliminar.⁶⁸⁵

Por fim, o problema da revigoração da norma anterior à declarada inconstitucional (fenômeno chamado de *reviviscenza*) é complexo e demanda discussões doutrinárias e jurisprudenciais. As propostas de soluções variam caso a caso.⁶⁸⁶

3.3.2. *Rapporti Esauriti* e Coisa Julgada

Os efeitos da sentença de acolhimento valem para todas as relações jurídicas anteriores nas quais a norma censurada seria ainda aplicável. **Tal extensão, porém, não subsiste quando uma razão prejudicial ou preliminar afeta a situação anterior: prescrição, decadência, coisa julgada etc.**⁶⁸⁷ Em outras palavras, a sentença de acolhimento não se aplica apenas às relações jurídicas que surgirão no futuro, mas também àquelas surgidas no passado que não sejam condutíveis à condição de

⁶⁸⁴ CERRI, Augusto. *Corso...*, *op. cit.*, p. 228-229.

⁶⁸⁵ **Gli Effetti nel Tempo delle Sentenze di Accoglimento della Corte Costituzionale**, p. 250-282. No mesmo rumo: RUOTOLO, Marco. **La Dimensione Temporale Dell'Invalidità della Legge**, p. 104-170.

⁶⁸⁶ Sobre o tema: POLITI, Fabrizio. **Gli Effetti...**, *op. cit.*, p. 352-375.

⁶⁸⁷ CERRI, Augusto. *Corso...*, *op. cit.*, p. 223.

definitivas, exauridas.⁶⁸⁸

Recorre-se, então, à teoria dos *rapporti esauriti*, para afastar dos efeitos da inconstitucionalidade algumas situações consolidadas anteriormente à sentença de acolhimento. O princípio geral é o de que o decurso do tempo implica a consolidação das relações jurídicas, de modo a impedir sua sindicância perante um juiz, daí a designação.⁶⁸⁹ Sustenta Raffaello LUPI que a teoria dos *rapporti esauriti* é uma forma de balanceamento entre a exigência de eliminar os efeitos das normas inconstitucionais e a estabilidade das relações jurídicas.⁶⁹⁰

Em se tratando de coisa julgada, não suscetível de ser alcançada pela sentença de inconstitucionalidade, como vimos, há uma exceção: o art. 30.4, da Lei n. 87, de 11 de março de 1953, que versa sobre a declaração de inconstitucionalidade de normas condenatórias. Tal artigo faz cessar a execução e todos os efeitos da pena aplicada em razão da norma declarada inconstitucional.⁶⁹¹

3.3.3. Repetição do Indébito

Anota Enrico de MITA que provavelmente em nenhum país do mundo a doutrina tem tanta influência sobre a jurisprudência quanto na Itália. Mas em nenhum país do mundo, prossegue MITA, existem tantas distorções na jurisprudência com o escopo de motivar escolhas práticas inexplicáveis sob a óptica da lógica jurídica. Provavelmente em nenhum lugar do mundo, ainda segundo o mestre da Universidade Católica de Milão, a jurisprudência é tão contraditória quanto na Itália. E não obstante a influência da doutrina sobre a jurisprudência, há um tabu na mente dos juízes

⁶⁸⁸ BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto...*, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁸⁹ *Idem.*

⁶⁹⁰ *Diritto...*, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁹¹ O critério não é extensível às sanções administrativas [LUPI, Raffaello. *Diritto...*, *op. cit.*, p. 40].

italianos: **imposto pago não deve ser reembolsado.**⁶⁹²

A Sentença da *Corte Suprema di Cassazione* n. 2786, de 09 de junho de 1989, é comentada na doutrina italiana como a que mais uma vez, recentemente, manifestou o entendimento já conhecido no sentido de não autorizar a repetição do indébito quando o *rappporto tributario* (relação jurídica tributária) deva entender-se como *esaurito*.⁶⁹³

Críticas são reveladas quanto à amplitude do que se deva entender por *rappporto esaurito* em matéria tributária. A doutrina entende que existem situações peculiares às quais não se pode estender, sem maiores reflexões, a generalidade pretendida pela jurisprudência.⁶⁹⁴

Não obstante, em regra, não propiciam a repetição de indébito: a) os tributos pagos na sistemática de *autoliquidazioni* sobre os quais não houve pedido de repetição anteriormente à declaração de inconstitucionalidade (o pedido de repetição, como visto acima, impede a formação da definitividade jurídica); b) os tributos decorrentes de avisos de *accertamento* não impugnados tempestivamente; c) os tributos decorrentes de *iscrizioni a ruolo* também não impugnadas tempestivamente; d) os tributos decorrentes de sentenças judiciais transitadas em julgado; e) os tributos sobre os quais se tenha operado a decadência do direito ao reembolso.

⁶⁹² **Interesse Fiscale e Tutela del Contribuente**, p. 363. Augusto FANTOZZI anota que a negação de um genérico direito subjetivo à repetição do indébito acentua a natureza publicista do fenômeno tributário, o qual se realiza segundo uma seqüência procedimental cujos atos são regidos por termos de decadência. A falta de impugnação de alguns atos (como veremos adiante) consolida-os no tempo e impede a repetição (**Diritto Tributario**, p. 436).

⁶⁹³ Aquela Corte é o último grau da jurisdição italiana, excepcionadas, evidentemente, as questões constitucionais, remetidas à *Corte Costituzionale*. Há também, mais recentemente, no mesmo sentido, a Sentença n. 5756, de 26 de outubro de 1993 (**Rivista di Diritto Tributario**. Milano, II, p. 701-705, 1994).

⁶⁹⁴ Entre outros, citamos: MITA, Enrico de. **Interesse Fiscale...**, *op. cit.*, p. 378-381; MAFFEZZONI, Federico. Le Norme Impositive Costituzionalmente Illegittime nella Congiunta Prospettiva dell'Interesse Fiscale, del Diritto a Rimborso e del Rapporto Esaurito. **Bollettino Tributario d' Informazioni**, n. 18, p. 1365-1374; PURI, Paolo. Controversie di Indebito in Relazione a Contribuzione Agricola Unificata a Seguito di Pronuncia di Illegittimità Costituzionale. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**, ano XLVIII, vol. XLVIII, I, p. 61-76.

Mister esclarecer.

Na Itália a maioria dos tributos obedece ao sistema de autodeterminação (*autoliquidazione*), a exemplo do que ocorre no Brasil e na Espanha. Segue-se à *autoliquidazione* a obrigatoriedade de o contribuinte prestar à administração tributária as informações sobre a apuração e o recolhimento dos respectivos tributos, mediante as chamadas *dichiarazioni fiscali* (declarações fiscais). A análise das informações compõe o que se designa por *controllo investigativo*, e se de tal controle emergem irregularidades, a administração emite um *avviso di accertamento* (*accertamento* é o que conhecemos no Brasil, *mutatis mutandis*, por "lançamento tributário").

O *avviso di accertamento* é, pois, o instrumento de intersubjetivação do ato substancial de *accertamento*.⁶⁹⁵

A *iscrizione a ruolo* (inscrição em lista) é um ato que se assemelha à *inscrição em dívida ativa* do sistema brasileiro, para simplificar a explicação. Funciona na Itália sob o regime de concessão, vale dizer: são sujeitos estranhos à administração que efetuam ditas inscrições.⁶⁹⁶

Em suma, a ausência de impugnação de qualquer ato no desenrolar do procedimento de determinação e cobrança dos tributos opera a formação do chamado *rapporto esaurito*, impedindo a repetição de indébito.

No sistema de *autoliquidaciones*, é difícil às vezes compreender o porquê do caminho a trilhar para evitar a definitividade. Deve-se pagar o tributo e ao mesmo tempo solicitar a restituição, a fim de manter aberto o *rapporto giuridico*. No curso do procedimento são interpostos os recursos cabíveis na esperança de que, nesse intervalo, alguém impugne a lei perante a Corte Constitucional e os efeitos lhe sejam aproveitados.

Os contribuintes que assim agem, embora não desarrazoados, dada a

⁶⁹⁵ RUSSO, Pasquale. **Manuale di Diritto Tributario (Parte Generale)**, p. 291.

⁶⁹⁶ MITA, Enrico de. **Interesse Fiscale...**, *op. cit.*, p. 336. Vide também: LUPI, Raffaelo. **Diritto...**, *op. cit.*, p. 239-257.

sistemática imposta pela jurisprudência, são chamados por Roberto BIN e Giovanni PITRUZZELLA de "pouco entusiastas" (talvez porque deveriam eles próprios impugnar a lei perante a Corte Constitucional).⁶⁹⁷

⁶⁹⁷ **Diritto...**, *op. cit.*, p. 420.

4. ANÁLISE COMPARATIVA

4.1. REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Observa-se que na Espanha a maior polêmica gira em torno da repetição do indébito. A doutrina do Tribunal Constitucional, não sem sofrer críticas desfavoráveis, tem generalizado o entendimento de que os chamados *actos firmes*, tal como ali entendidos, impedem a pretensão de devolução de tributos declarados inconstitucionais. Há, com isso, um estímulo ao ingresso e à manutenção dos conflitos *sub judice*.

Semelhante é a situação na Itália, mediante a extensão para o direito tributário, sem maiores reflexões, da teoria dos *rapporti esauriti*.

No Brasil a repetição de indébito de modo geral é admitida, inclusive quanto aos tributos pagos sob o regime de "*autolancamento*" e aos decorrentes de lançamentos, mesmo não impugnados, respeitados os prazos de prescrição ou decadência, conforme o caso, e é aqui então que o dissenso impera (quanto à fixação do termo inicial).

No sistema hispânico a doutrina parece aceitar que se o interesse público fosse invocado (e devidamente comprovado) em uma situação que comprometeria as finanças públicas, seria fundamento válido para afastar a repetição do indébito. Não se aceita, entretanto, uma generalização para todos os casos, conforme vem praticando o Tribunal Constitucional em suas decisões.

Não encontramos na Itália referências ao interesse público, e sim críticas à extensão generalizada dos *rapporti esauriti* para as questões tributárias.

Já entre nós é problemática a aceitação de tal fundamentação, que desemboca nas já comentadas e não tão simpáticas "razões de Estado". Talvez o critério democrático de indicação dos juízes para o Tribunal Constitucional Espanhol, bem

como o mandato por prazo determinado, influenciem de forma positiva a interpretação naquele rumo.

4.2. COISA JULGADA

O direito positivo espanhol consagra como insuscetíveis de revisão as situações consolidadas com força de coisa julgada anteriormente ao pronunciamento do Tribunal Constitucional (artigo 161, "a", da CE e 40.1 da LOTC), salvo em se tratando de processos penais ou contenciosos administrativos referentes a um procedimento sancionador em relação aos quais se verifique, como consequência da nulidade da norma aplicada, uma redução da pena ou da sanção, ou ainda, uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade.

No sistema italiano, embora não exista regra literal, a teoria dos *rapporti esauriti* resolve o problema e não encontra opositores quando engloba a coisa julgada como intocável pela decisão de acolhimento da inconstitucionalidade. Ademais, uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 30.4, da Lei n. 87, de 11 de março de 1953, acima comentado, aponta no sentido de que a única exceção à coisa julgada é a declaração de inconstitucionalidade de normas condenatórias, e portanto, as demais normas abrigam-se sob seu manto seguro.

Entre nós, variam as soluções interpretativas propostas, visto que não há dispositivo exposto no ordenamento.

4.3. RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS

Sublinhamos a situação na Espanha, a partir da análise própria de um dispositivo da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Imaginamos que as relações jurídicas continuativas, provenientes de sentenças anteriores com força de coisa julgada, passariam a ser regidas pela decisão da Corte sem maiores problemas, posto que o artigo 40.2 da LOTC predica que a

jurisprudência anterior à sentença do Tribunal Constitucional considera-se por esta corrigida.

4.4. REVIGORAÇÃO DE SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA

Na Espanha, embora não seja fácil determinar qual a norma aplicável após a declaração de inconstitucionalidade, entende-se, doutrinariamente, que, em qualquer caso, se da solução proposta resultar situação mais gravosa para o sujeito passivo, a incidência do princípio da segurança jurídica afasta qualquer pretensão de cobrança retroativa, em relação ao período de vigência da lei declarada inconstitucional. Há inclusive, nesse rumo, exemplos do direito positivo.

Na Itália, repete-se o problema quanto à norma aplicável, e conquanto não tenhamos encontrado de forma mais enfática nenhuma referência expressa à problemática tributária, verifica-se a indicação de rumos tendentes a ponderar a eficácia retroativa da decisão de acolhimento da inconstitucionalidade em razão dos valores constitucionais em jogo conforme o caso concreto. A própria teoria do funcionário de fato já foi aplicada para preservar atos praticados sob o manto da lei posteriormente declarada inconstitucional.

No Brasil, do quanto expusemos conclui-se que o horizonte é o mesmo, em homenagem à segurança jurídica.

CONCLUSÕES

Do quanto foi exposto, inferimos as conclusões que abaixo seguem. Os algarismos romanos antes dos arábicos referem-se aos capítulos dos quais se originaram as proposições.

I.1. O estudo das normas jurídicas é uma proposta metodológica de análise do fenômeno jurídico, fixando como objeto a forma de manifestação do Direito.

I.2. A norma jurídica é entendida como a **significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo**. É algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção daqueles textos, captado pelos sentidos. Quanto à conformação, concebemos a norma jurídica como uma **estrutura hipotético-condicional** (se ocorrer o fato F, deve ser a relação R), capaz de expressar a unidade mínima de significação do deôntico. Um texto de direito positivo, isoladamente considerado, não permite, obriga ou proíbe ninguém. É portador de sentido e teor prescritivo, mas não sob o ponto de vista deôntico.

I.3. O ordenamento jurídico constitui, do ponto de vista semiótico, **um complexo sistema de linguagem**, e como tal, pode ser analisado sob três dimensões básicas: a sintática, a semântica e a pragmática.

I.4. O Direito Positivo é um **sistema** composto de repertório, estrutura e unidade. A Ciência do Direito é um sistema composto de repertório, estrutura, unidade e coerência.

I.5. O sistema do Direito Positivo classifica-se como **nomoempírico prescritivo**, e tem a função de direcionar a conduta humana em um determinado sentido, com pretensão de validade. O sistema da Ciência do Direito classifica-se como **nomoempírico descritivo**, e tem função gnoseológica, uma vez que se propõe a representar proposicionalmente as diversas maneiras pelas quais se relacionam ou se devem relacionar os dados observados, com pretensão de verdade.

I.6. O sistema do Direito Positivo formula técnicas que permitem **afastar a incoerência do seu repertório**, tais como, para os efeitos deste trabalho, a ação direta de inconstitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade por via de exceção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A previsão constitucional de tais mecanismos implica reconhecer que o próprio sistema admite expressamente a possibilidade da presença de incoerências, e é dinâmica e reiteradamente construído com vistas à busca do maior grau possível de aproximação rumo à coerência.

I.7. Validade é a qualidade da norma que obedeceu aos critérios formais e materiais de ingresso no sistema do direito positivo. Não vemos como a validade possa ter *status* de relação de uma norma a um dado sistema. Pertencer ou não ao sistema é questão, *data maxima venia*, independente da validade. O atributo de pertinência ao sistema não está atrelado à validade, e sim à qualidade de ser norma jurídica (ainda que aparentemente).

I.8. Necessário assim **distinguir pertinência e validade**. Poderemos encontrar no sistema normas pertinentes inválidas que como tal permanecerão até que se esgotem as possibilidades de reconhecimento de sua aplicação concreta.

I.9. Vigência é a qualidade da norma que diz respeito ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir efeitos. Uma norma no período de *vacatio legis* ainda não adquiriu vigência, mas pode ser considerada válida.

I.10. A **ultratividade** é a qualidade da norma conservar sua força de juridicização (força vinculante, imperatividade) dos fatos mesmo após ter perdido a vigência ou a eficácia legal. A ultratividade é a manifestação do vigor da norma.

I.11. A **eficácia** da norma jurídica pode ser dividida em **eficácia normativa, eficácia jurídica e eficácia social** ou **efetividade**.

I.12. A **eficácia normativa** é o dom inerente à norma de transmudar em jurídicos os fatos aos quais se reporta, uma vez verificadas as "hipóteses concretas" de sua incidência. É, em suma, a capacidade que as normas têm de incidir sobre suas "hipóteses de incidência". Divide-se em **eficácia normativa técnico-semântica** e

eficácia normativa técnico-sintática. Ter-se-á reconhecida a eficácia normativa técnico-semântica quando a norma for capaz de incidir porque presentes os requisitos de natureza fática que permitem sua atuação. Já a eficácia normativa técnico-sintática será verificável quando a norma **não** estiver vinculada, para juridicizar o fato, a outras regras regulamentadoras, de igual, superior ou inferior hierarquia.

I.13. A declaração de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle concentrado, ou ainda no controle difuso com a conseqüente suspensão pelo Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal), **afeta a eficácia normativa técnico-sintática (ex nunc) da norma.** Mas **além** de fulminar a eficácia normativa técnico-sintática, **a declaração de inconstitucionalidade atinge a validade e a vigência da norma jurídica** (a primeira *ex tunc* e a segunda *ex nunc*).

I.14. Podemos encontrar no sistema **normas pertinentes inválidas que como tal permanecerão até que se esgotem as possibilidades concretas do reconhecimento de sua aplicação.** Em determinados casos é inafastável o reconhecimento da aplicação concreta da norma pertinente inválida.

I.15. Não vemos problema em conviver com a norma pertinente inválida. Estamos convencidos de que a coerência (a qual, embora prescindível para o reconhecimento do direito como sistema, é eleita como objetivo ideal) e a unidade do sistema do direito positivo somente podem ser afirmadas, reafirmadas e buscadas por meio da incessante **dinâmica jurídica**, força motriz que resguarda a segunda e impulsiona a busca pela primeira. A norma declarada inconstitucional (inválida) tornar-se-á inaplicável após a declaração de inconstitucionalidade (assegurando-se assim a unidade e a busca da coerência), e restará analisar concretamente, caso a caso, quando se poderá reconhecer a manutenção ou não de sua aplicação (vigor) em situações anteriores àquela declaração. Trata-se, portanto, de laborar no seio da teoria dinâmica do direito.

I.16. A revogação não retira a validade da norma jurídica. **A revogação faz cessar a vigência da norma jurídica**, mas restarão conservados sua pertinência, seu vigor e

sua validade. Tais atributos são conservados até que se esgotem as possibilidades concretas de aplicação da norma.

I.17. Eficácia jurídica é atributo dos fatos jurídicos, que são dotados da qualidade especial de irradiar efeitos jurídicos após juridicizados, instaurando a relação jurídica prevista na conseqüência da norma jurídica.

I.18. A chamada **eficácia social** é o cumprimento, no meio social, da conduta prevista no conseqüente das normas jurídicas. A eficácia social (ou efetividade) é, pois, conceito extrajurídico. É necessário ao reconhecimento da eficácia social a presença da eficácia normativa técnico-semântica e da eficácia normativa técnico-sintática.

II.1. Sob o ponto de vista jurídico, a **supremacia constitucional** é apoiada na regra da rigidez, a qual estabelece critérios distintos para a elaboração das espécies normativas. A rigidez da nossa Constituição é apontada em seu artigo 60, o qual prevê um processo especial, mais solene para a modificação textual. Também ali vislumbramos o núcleo irrestringível, a essência do texto constitucional brasileiro.

II.2. A Constituição brasileira é o **fundamento de validade** de todas as demais normas do nosso sistema de Direito Positivo.

II.3. Encaixa-se na concepção de supremacia constitucional a noção inerente aos **princípios jurídicos**, encontradiços não só nos textos do direito positivo mas também no contexto, na implicitude desses textos. No Brasil, a supremacia dos princípios constitucionais é apontada pela própria *Lex Fundamentalis*, em vários de seus dispositivos, dentre os quais destamos: artigo 25; artigo 34, VII; artigo 35, IV; artigo 60, §4º; artigo 85; artigo 102, III, "a". Realizar os princípios constitucionais é uma forma de reafirmação contínua da supremacia desejada pelos porta-vozes da vontade popular.

II.4. Inconstitucional é a lei que, no todo ou em parte, apresenta prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição.

II.5. A defesa da supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades é estabelecida pela própria Constituição mediante a previsão de técnicas especiais, que a teoria do Direito Constitucional denomina **controle de constitucionalidade das leis**, somente viável em sistemas onde a Constituição seja do tipo rígida.

II.6. Os vários sistemas jurídicos contemplam, quanto ao órgão exercente, três **modelos de controle de constitucionalidade** - o político, o jurisdicional e o misto. A doutrina por vezes consagra, também, uma espécie de controle misto como subespécie do controle jurisdicional, subdividido em difuso e concentrado, tal como no Brasil, e assim, sob essa classificação, o controle jurisdicional brasileiro seria misto.

II.7. Embora prevaleça a idéia geral de que não se costuma ter por inconstitucional o **comportamento de particulares** no seu atuar cotidiano, entendemos que **alguns atos destes podem vir a infringir a Constituição**, quando baseados em leis tidas por inconstitucionais, ou até mesmo quando diretamente infringentes de seu texto. Tais atos, entretanto, não são suscetíveis de submissão ao controle abstrato.

II.8. O controle de constitucionalidade pelo modo **difuso**, ou via de exceção, faculta a qualquer interessado suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. Não há, nesse caso, ataque direto à lei inquinada de vício.

II.9. A **ação direta de inconstitucionalidade** tem por objetivo a garantia da ordem jurídica abstratamente considerada. Não há solução de controvérsias individuais. O objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da lei (vício da lei em tese), sendo que a decisão judicial faz coisa julgada *erga omnes* e uma vez declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se inaplicável. A competência para processá-la e julgá-la no plano federal é do Supremo Tribunal Federal, sendo cabível em face de lei ou ato normativo federal ou estadual.

II.10. Na **ação declaratória de constitucionalidade**, comparece-se perante o Supremo Tribunal Federal para pedir que este declare a constitucionalidade da lei. Cuida-se de abreviar o tempo para se chegar a uma pronúncia definitiva daquela Corte.

Exige-se, para sua interposição, a controvérsia acerca da constitucionalidade da lei, que pode ser aferida diante da existência de um grande número de ações onde esta constitucionalidade é questionada. As decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Tais diretrizes devem ser interpretadas *cum grano salis*, pois, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, hoje a lei pode ser constitucional; amanhã, não.

II.11. A exemplo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a **argüição de descumprimento de preceito fundamental** caracteriza-se como processo objetivo e destinado à preservação da própria ordem jurídica. Direciona-se a normas, atos jurídicos e certos comportamentos (de natureza estatal) incompatíveis com os chamados preceitos fundamentais. Estão contemplados na noção de preceitos fundamentais os princípios do Título I da CF, as chamadas cláusulas pétreas e os princípios ditos sensíveis (os quais autorizam a suspensão da autonomia federativa).

II.12. Com a **ação direta interventiva**, pretende-se solucionar um conflito entre a União e o Estado-membro, o qual pode culminar com a intervenção. Não se trata de processo objetivo e seu objeto não é a declaração da inconstitucionalidade em tese da lei ou ato estadual. Não há, também, declaração incidental de inconstitucionalidade.

II.13. A função da chamada **inconstitucionalidade por omissão** é reprimir a omissão por parte dos poderes competentes que atentem contra a Constituição, e o objeto da ação é o vício omissivo. Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. A Constituição foi tímida nas conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão.

II.14. A Constituição Federal reservou aos Estados a tarefa de instituir a **representação abstrata de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual**. Embora as leis estaduais possam ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, as leis municipais ficaram fora desse controle em nível federal, podendo entretanto encontrar contestações pela via de ação perante os Tribunais de Justiça dos Estados. A Constituição do Estado do Paraná, por exemplo, contempla a hipótese.

III.1. Uma norma é considerada constitucional até que o órgão competente, previsto no sistema, decida o contrário. Eis o que se designa por princípio da **presunção de constitucionalidade das leis**. Afasta-se, com ele, a hipótese de descumprimento voluntário, sem respaldo judicial ou administrativo, de um comando normativo reputado inconstitucional. Num sistema jurídico tal como o brasileiro, onde se fazem presentes certos controles de constitucionalidade prévios à edição da norma (no próprio trâmite do processo legislativo), presume-se que esta, quando publicada, tenha sido preliminarmente analisada e aprovada sob o crivo da constitucionalidade. Essa análise, entretanto, por diversos motivos, pode apresentar falhas, e a inconstitucionalidade somente vir à tona com os procedimentos previstos para acionamento posteriormente à edição da norma.

III.2. Os agentes políticos máximos do Poder Executivo podem **recusar aplicação à lei reputada inconstitucional**, mas devem— incontinentemente — buscar a necessária e insubstituível tutela jurisdicional.

III.3. No Brasil, a **tradição doutrinária e do Supremo Tribunal Federal é de considerar nulo o ato normativo viciado pela inconstitucionalidade**, a ponto de tal assertiva assumir a condição de verdadeiro princípio constitucional implícito. Os **efeitos seriam, portanto, ex tunc**. Tais efeitos foram recentemente reconhecidos expressamente pelo direito positivo, com a edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99.

Aquela no artigo 27 e esta no artigo 11, previram: "*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.*" Tem-se assim, de modo geral, o ato inconstitucional como nulo, e os seus efeitos retroagindo *ex tunc*; porém em certos casos pode o Supremo Tribunal Federal estipular que esse reconhecimento de nulidade não produzirá efeitos senão a partir de determinada data, ou para o futuro.

III.4. Contrariando a tradição e o próprio direito positivo (neste último caso pelo menos se e enquanto não declarada a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, a qual propugnamos), **propomos os efeitos *ex nunc*, considerados em abstrato**. Entendemos que, juridicamente, só se considera um ato como inválido após a manifestação, nesse sentido, do órgão estatal competente. Até esse momento, toda investigação é mera opinião, o que não impede, evidentemente, a Ciência do Direito de realizar a investigação acerca da validade ou invalidade de um ato. Mas o fato é que, conferindo o sistema a um órgão a competência para tanto, vale dizer, a competência para dizer da sua legalidade ou constitucionalidade, somente a essa decisão reconhece-se força normativa. Assim, eventuais aplicações da norma inconstitucional no período de vigência anterior à declaração de inconstitucionalidade ficarão por conta da apreciação concreta do Poder Judiciário. E a declaração abstrata de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* restaura a almejada coerência da ordem jurídica. Em síntese: a **validade** da norma é suprimida *ex tunc*; a **vigência** e a **eficácia normativa técnico-sintática** são suprimidas *ex nunc*. A retirada do vigor no período entre a publicação da lei e sua declaração de inconstitucionalidade dependerá da análise concreta pelo Poder Judiciário (mas neste período a vigência da norma restará inabalada). Permitimo-nos sugerir um abandono da adjetivação de nula ou anulável para a norma declarada inconstitucional, adotando-se o simples epíteto de

inconstitucional (com efeitos *ex nunc*). O efeito prospectivo que defendemos, é necessário deixar claro, está restrito ao **plano abstrato** de análise, quer em ações diretas, quer mediante resolução do Senado. No controle concreto não há como negar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, pois ela atinge a situação atacada desde a origem. **Defendemos, por outro lado, a retirada (retroativamente) do vigor da norma declarada inconstitucional em alguns casos, e a sua manutenção noutros, retirada e manutenção essas que serão operadas no plano concreto pelo Poder Judiciário, caso a caso** (plano concreto agora não mais de controle de constitucionalidade, mas de investigação sobre a manutenção ou não daquele vigor no período de vigência da lei inconstitucional). Pensamos que nossa proposta privilegia a Constituição Federal por meio da realização de um princípio rumo ao qual caminham todos os demais: a segurança jurídica.

III.5. Declarada a inconstitucionalidade da lei por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, **cabe ao Senado Federal suspender sua execução**, no todo ou em parte (art. 52, X, da CF). Adaptando a redação constitucional ao contexto aqui versado, temos que a intervenção do Senado suspende a *eficácia normativa técnico-sintática* da norma. A suspensão não é necessária quando a decisão é proferida no controle abstrato, deve ser expedida em caráter obrigatório após o veredicto do guardião da Constituição no controle difuso, e **opera efeitos *ex nunc***.

III.6. Declarada a inconstitucionalidade de uma determinada norma, **retorna à vigência a norma anterior que tratava do mesmo assunto**. Excepciona-se a situação em que verificada, pelo próprio STF, a inconstitucionalidade também desta norma anterior.

III.7. O **princípio da proporcionalidade**, na porção significativa que importa ao tema analisado, é sugerido como rota de solução para certos segmentos derivados do controle de constitucionalidade. A significação aqui relevante do princípio é a relativa ao balanceamento de princípios constitucionais eventualmente conflitantes quando em referência a uma situação concreta. **Na nossa concepção, não haverá propriamente**

sua aplicação, visto que não vislumbramos a nulidade da lei inconstitucional como categoria principiológica. Como sustentamos o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, antes haveria, em relação ao passado, um conflito entre a supremacia constitucional (preferência da Constituição em detrimento da norma que lhe é ofensiva) e a manutenção do vigor da norma no período entre a publicação e a declaração de sua inconstitucionalidade. Quando afastamos, no passado, essa irradiação do vigor, é porque prestigiamos algum ou alguns princípios constitucionais e estará concretizada a supremacia Constitucional. Quando concluimos pela sua manutenção, ainda assim estamos garantindo a supremacia da Constituição, pois estamos também realizando valores que ela própria visa resguardar.

IV.1. Afiguram-se-nos inconstitucionais os artigos 27 da Lei n. 9.868/99 e 11 da Lei n. 9.882/99. A Constituição brasileira não previu a elaboração de uma lei onde estariam estabelecidos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O poder legislativo não possui delegação constitucional para expedir regras sobre a maneira de como se realizará o controle de seus atos (o controle da constitucionalidade das leis que edita). É difícil evitar o desvirtuamento dos requisitos exigidos pelos citados dispositivos (segurança jurídica e interesse social). O receio é confundir-se interesse social com interesse fazendário. As disposições ali contidas somente poderiam ingressar no sistema mediante ato do poder constituinte originário. Reafirmamos, assim, a proposição pelo efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em abstrato. As decisões do STF proferidas no controle concentrado ou no controle difuso seguidas da expedição da Resolução pelo Senado Federal não desconstituem automaticamente as relações jurídicas anteriores que com elas conflitam. Isso não significa que as relações jurídicas concretamente constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional não possam ser revistas. Apenas consideramos que essa revisão deve sofrer uma análise caso a caso, administrativa ou judicialmente, segundo os parâmetros delineados pela própria Constituição.

IV.2. O artigo 28 da Lei n. 9.868/99 não padece de vício de constitucionalidade, dada a natureza dúplice das ações do controle abstrato.

IV.3. Havendo a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica considerada mais branda quando comparada com aquela que vigorava em período anterior à sua publicação, esta norma revigorada não poderá retroagir concretamente para alcançar as relações jurídicas tributárias constituídas sob a égide daquela declarada inconstitucional. Em outras palavras: não se pode obrigar os sujeitos passivos a pagarem a diferença entre o que recolheram com base na lei declarada inconstitucional (menos gravosa) e o que deveriam ter recolhido tomando-se por base a lei reentrante no sistema (mais gravosa). Com efeito, atos praticados sob a égide de lei declarada inconstitucional, em determinadas situações, não podem mais ser desconstituídos. Conforme a consequência que tiveram, não podem mais ser atingidos sob pena de ofensa a princípios constitucionais. O plano concreto, por conseguinte, é o mais adequado para a solução das situações na quais a incidência de princípios constitucionais aconselham a permanência de determinados efeitos já produzidos. Assim, havendo revigoração de norma mais gravosa, cabe ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, **assegurar a manutenção do vigor da norma declarada inconstitucional no período entre sua publicação e esta declaração.** Concluir de modo contrário implica ofensa aos princípios da anterioridade e irretroatividade da lei tributária e ainda da segurança jurídica (o princípio para o qual verdadeiramente convergem todos os demais que apontam no sentido de proteção dos cidadãos frente ao Estado).

IV.4. Deve ser mantido o vigor da norma isentiva no período entre sua publicação e a declaração de inconstitucionalidade.

IV.5. Não há que se exigir complementação de recolhimento das **contribuições das agroindústrias** efetuadas nos termos do art. 25, §2º, da Lei n. 8.870/94 (declarado inconstitucional). A anterioridade, a irretroatividade e a segurança jurídica garantem a

manutenção de seu vigor no período entre a publicação e a declaração de inconstitucionalidade.

IV.6. A repetição do indébito tributário encontra fundamento constitucional nos princípios da legalidade tributária, moralidade administrativa, boa-fé e proibição do enriquecimento ilícito sem causa; infraconstitucionalmente, há o reconhecimento expresso nos artigos 165 e 168 do CTN. Sendo assim, é lícito considerar que permitir a repetição do indébito daquilo que pago indevidamente em razão da inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo significa afirmar o prestígio dos princípios retrocitados. **O afastamento do vigor da norma no período entre sua publicação e a declaração de invalidade estará prestigiando valores que a própria Constituição visa a realizar.** O Supremo Tribunal Federal já rechaçou, em inúmeras oportunidades, as chamadas "*razões de Estado*", somente aceitáveis em situações excepcionalíssimas, como no caso da declaração de inconstitucionalidade de um eventual imposto extraordinário de guerra, a fim de evitar o colapso financeiro do Estado, envolvido em conflito internacional. O prazo para a repetição do indébito tributário é aquele previsto no artigo 168 do CTN, em homenagem à segurança jurídica. A declaração de inconstitucionalidade não reabre prazos para a repetição do indébito tributário.

IV.7. Não cabe ação rescisória para desconstituir decisão transitada em julgado anteriormente à apreciação definitiva do STF sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma em que fundada aquela decisão, salvo em casos **rigorosamente** restritos.

IV.8. Havendo posterior pronunciamento do STF sobre questões envolvendo **relações jurídicas tributárias continuativas** sobre as quais se tenha operado a coisa julgada, o caminho para a solução é o seguinte: *a)* se o pronunciamento do STF for proferido em caráter **abstrato, a partir de sua publicação no Diário Oficial da União** (art. 28 da Lei n. 9.868/99), **sucedará o seguinte:** *a.1)* se o pronunciamento do STF for pela constitucionalidade da norma: o contribuinte que detinha em seu favor uma decisão

transitada em julgado no sentido da inconstitucionalidade da mesma norma, deverá retomar os recolhimentos do tributo; *a.2*) se o pronunciamento do STF for pela inconstitucionalidade da norma: o contribuinte que detinha contra si uma decisão transitada em julgado que havia qualificado a mesma norma como constitucional, deverá suspender os recolhimentos do tributo; *b*) na mesma trilha a solução é apontada no caso da apreciação do STF operar-se no controle **difuso**, decidindo pela inconstitucionalidade, com posterior suspensão da execução normativa pelo Senado Federal. A partir da publicação no Diário Oficial da União, da resolução, interrompem-se os recolhimentos do tributo. Poderá suceder também que, ausente a resolução, sobrevenha ato administrativo de caráter geral nos termos do artigo 77 da Lei n. 9.430/96, hipótese em que se aplica o mesmo raciocínio, vale dizer: poderão cessar os recolhimentos do tributo a partir da publicação, no Diário Oficial da União, desse ato de caráter geral; *c*) por outro lado, se à declaração de inconstitucionalidade não sobrevém a manifestação do Senado nem ato administrativo de caráter geral, o caminho para a resolução do problema é outro: terá o contribuinte ou a Fazenda, conforme o caso, a prerrogativa do ajuizamento de uma ação revisional, nos termos do artigo 471, I, do CPC. O contribuinte pleiteará no pedido a exoneração do pagamento do tributo a partir da publicação, no Diário da Justiça, do acórdão do STF que declarou a inconstitucionalidade da norma. Pode-se requerer uma tutela antecipatória (artigo 151, V, do CTN), evitando-se assim indesejáveis autuações fiscais. A Fazenda, por sua vez, pleiteará provimento que determine o cumprimento da decisão que declarou a constitucionalidade da norma a partir de sua publicação no Diário da Justiça. Até o trânsito em julgado da sentença dessa ação revisional, o contribuinte pagará o tributo corrigido, mas sem multa e sem juros, e após, se o fizer fora dos prazos legais, com a incidência de tais penalidades.

IV.9. Havendo declaração de inconstitucionalidade das normas de incidência dos tributos sujeitos ao "**autolancamento**", caberá *(i)* a repetição do indébito ou *(ii)* a não exigência da diferença (caso retorne à vigência norma que agrave a situação dos

contribuintes). O **lançamento**, por sua vez, poderá ser revisto e cancelado em razão da declaração de inconstitucionalidade, salvo quando a lei revigorada configure situação mais gravosa para o contribuinte.

IV.10. Em caso de **revogação da medida cautelar** no controle abstrato, a obediência ao comando vinculativo da liminar não pode resultar em prejuízo a quem foi a ela submetido compulsoriamente. Se a extinção do feito abstrato operou-se sem julgamento do mérito, nada impedirá ao Fisco ou ao sujeito passivo invocarem novamente a questão constitucional no controle difuso.

V.1. Elegemos a Espanha e a Itália como países para comparação em razão do nosso conhecimento inicial sobre a maneira como tais países tratam a repetição do indébito tributário.

V.2. Na Espanha, a maior polêmica tributária sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade gira em torno da **repetição do indébito**. A doutrina do Tribunal Constitucional, não sem sofrer críticas desfavoráveis, tem generalizado o entendimento de que os chamados *actos firmes*, tal como ali entendidos, impedem a pretensão de devolução de tributos declarados inconstitucionais. Há, com isso, um estímulo ao ingresso e à manutenção dos conflitos *sub judice*. Semelhante é a situação na Itália, mediante a extensão para o direito tributário, sem maiores reflexões, da teoria dos *rapporti esauriti*. No sistema hispânico a doutrina parece aceitar que se o interesse público fosse invocado, e devidamente comprovado, em uma situação que comprometeria as finanças públicas, seria fundamento válido para afastar a repetição do indébito. Não se aceita, entretanto, uma generalização para todos os casos, conforme vem praticando o Tribunal Constitucional em suas decisões. Não encontramos na Itália referências ao interesse público, e sim críticas à extensão generalizada dos *rapporti esauriti* para as questões tributárias.

V.3. O direito positivo espanhol consagra como insuscetíveis de revisão as situações consolidadas com força de **coisa julgada** anteriormente ao pronunciamento do

Tribunal Constitucional, salvo em se tratando de processos penais ou contenciosos administrativos referentes a um procedimento sancionador em relação aos quais se verifique, como consequência da nulidade da norma aplicada, uma redução da pena ou da sanção, ou ainda, uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade. No sistema italiano, embora não exista regra literal, a teoria dos *rapporti esauriti* resolve o problema e não encontra opositores quando engloba a coisa julgada como intocável pela decisão de acolhimento da inconstitucionalidade. Ademais, uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 30.4, da Lei n. 87, de 11 de março de 1953, aponta no sentido de que a única exceção à coisa julgada é a declaração de inconstitucionalidade de normas condenatórias, e portanto, as demais normas abrigam-se sob seu manto seguro.

V.4. Sublinhamos a questão das **relações jurídicas continuativas** na Espanha, a partir da análise própria de um dispositivo da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Imaginamos que tais relações, provenientes de sentenças anteriores com força de coisa julgada, passariam a ser regidas pela decisão da Corte sem maiores problemas, posto que o artigo 40.2 da LOTC predica que a jurisprudência anterior à sentença do Tribunal Constitucional considera-se por esta corrigida.

V.5. Na Espanha, embora não seja fácil determinar qual a norma aplicável após a declaração de inconstitucionalidade, entende-se, doutrinariamente, que, em qualquer caso, **se da solução proposta resultar situação mais gravosa para o sujeito passivo, a incidência do princípio da segurança jurídica afasta qualquer pretensão de cobrança retroativa**, em relação ao período de vigência da lei declarada inconstitucional. Há inclusive, nesse rumo, exemplos do direito positivo. Na Itália, repete-se o problema quanto à norma aplicável, e conquanto não tenhamos encontrado de forma mais enfática nenhuma referência expressa à problemática tributária, verifica-se a indicação de rumos tendentes a ponderar a eficácia retroativa da decisão de acolhimento da inconstitucionalidade em razão dos valores constitucionais em jogo

conforme o caso concreto. A própria teoria do funcionário de fato já foi aplicada para preservar atos praticados sob o manto da lei posteriormente declarada inconstitucional.

FINAL DA JORNADA

Ao final da jornada, estamos convictos de que há muito ainda por construir. Ao final da jornada, talvez as incertezas sejam maiores do que no início. Conforta-nos, entretanto, o relato de Stephen HAWKING acerca do trabalho de Werner HEISENBERG, Paul DIRAC e Erwin SCHRÖDINGER.

Conta-nos HAWKING que esses três físicos desenvolveram um novo quadro da realidade denominado mecânica quântica. A partir de sua descoberta, partículas minúsculas não possuíam mais posição e velocidade definidas. Ao contrário, quanto mais exatamente for determinada a posição de uma partícula, menos exatamente será determinada a sua velocidade, e vice-versa.⁶⁹⁸

As incertezas em torno do conhecimento do objeto não residem, portanto, apenas no âmbito das ciências humanas. Também as ciências ditas exatas as contemplam.

⁶⁹⁸ HAWKING, Stephen. **O Universo numa Casca de Noz**, p. 24-26.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 91, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, DJ de 23 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Ação Rescisória nº 1.704/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, DJ de 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 20 abr. 2002.

Ação Rescisória nº 406/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Hélio Mosimann, maioria, DJ de 04 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 jul. 2002.

Ação Rescisória nº 426/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, maioria, DJ de 23 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 mar. 2001.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 144.834, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 30 abr. 1993. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 18 jan. 2001.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 145.860, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, unânime, DJ de 12 mar. 1993. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 18 jan. 2001.

Agravo Regimental em Petição n. 1140, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, DJ de 31 mai. 1996. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 18 jan. 2001.

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 251-831/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, DJ de 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2002.

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 419.207/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ de 01 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 23 jul. 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1994.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. El Tribunal Constitucional y La Eficacia Temporal de sus Sentencias Anulatorias. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 119, p. 255-268, mai./ago 1989.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. Vol. II. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANDRADE, André Martins de. A Perigosa Extensão ao Direito Tributário da Teoria Geral das Nulidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 5, p. 9-12, fev. 1996.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Poder de Iniciativa e Inconstitucionalidade da Lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 352-367, abr./jun. 1961.

ARIAS VELASCO, José; SARTORIO ALBALAT, Susana. **Procedimientos Tributarios**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ASOREY, Rubén O. Seguridad Jurídica y Derecho Tributario. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 52, p. 27-53, abr./jun. 1990.

ATALIBA, Geraldo. ADC - Ou como agredir o Estado de Direito. **Folha de São Paulo**, 09 ago. 1993. Tendências e Debates, p. 3.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. Atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

———. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Atual. Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

———. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Cia. Imprensa, 1893.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 233-268.

———. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

———. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, n. 22, p. 22-106.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BELADIEZ ROJO, M. La Nulidad y La Anulabilidad. Su Alcance y Significación. **Revista de Administración Pública**. Madrid, n. 133, p. 155-187, jan./abr. 1994.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionale**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2002.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Atual. José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

———. **Teoría General del Derecho**. Trad. Jorge Guerrero R. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.

BOCANEGRA SIERRA, Raul. Cosa Juzgada, Vinculacion, Fuerza de Ley en las Decisiones del Tribunal Constitucional Aleman. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, n. 1, p. 235-274, jan./abr. 1981.

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

———. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BORGES, José Souto Maior. **Ciência Feliz**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. **Lançamento Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

———. Limites Constitucionais e Infraconstitucionais da Coisa Julgada Tributária (Contribuição Social sobre o Lucro). **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, n.º 27, p. 170-194, abr./jun. 1999.

———. O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 22, p. 24-29, jul. 1997.

BRASIL. INSS. Procuradoria. Contribuição Social - Empregador Dedicado à Produção Rural - Declaração de Inconstitucionalidade - Efeito "ex tunc". **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.º 21, p. 97-103, jun. 1997.

BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-06568. Recurso Voluntário n. 128955. Credicard S.A. Adm. de Cartões de Crédito e DRJ-Campinas/SP. Relator: Cons. José Clóvis Alves. 19 mar. 2002. *DOU* 05 mar. 2002.

BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-06341. Recurso Voluntário n. 123375. Cofepe - Comércio de Ferro e Perfilados Ltda e DRJ-Belo Horizonte/MG. Relator: Cons. Maria Ilca Castro Lemos Diniz. 25 jul. 2001. *DOU* 30 jan. 2002.

BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-05962. Recurso Voluntário n. 122087. Paracat e Cia. Ltda e DRJ-Foz do Iguaçu/PR. Relator: Cons. Natanael Martins. 10 mai. 2000. *DOU* 23 out. 2000.

BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 107-06138. Recurso Voluntário n. 123249. Sharp do Brasil S/A Indústria de Equipamentos Eletrônicos e DRJ-Manaus/AM. Relator: Cons. Luiz Martins Valero. 05 dez. 2000. *DOU* 17 abr. 2001.

BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 108-06065. Recurso Voluntário n. 120632. Tutela Lubrificantes S/A e DRJ-Belo Horizonte/MG. Relator: Cons. José Henrique Longo. 11 abr. 2000. *DOU* 15 jun. 2000.

BRASIL. Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Ac. n. 108-06065. Recurso Voluntário n. 120632. Tutela Lubrificantes S/A e DRJ-Belo Horizonte/MG. Relator: Cons. José Henrique Longo. 11 abr. 2000. *DOU* 15 jun. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 228.432/RS. Casa do Compadre Comércio e Representações Ltda e Fazenda Nacional. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 01. fev. 2002. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 233, mai. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Reg. em Agravo de Instrumento n. 236.546. Caixa Econômica Federal e Adilson dos Santos Almeida e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 24 ago. 1999. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 222-225, out./dez. 1999.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 49, p. 55-64, jan./mar. 1976.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAAMAÑO ANIDO, Miguel Angel. Nuevos Matices de La Jurisprudencia Comparada en Materia de Declaracion de Nulidad de una Norma y Devolucion de Ingresos Indebidos. **Revista Española de Derecho Financiero**, Madrid, n. 92, p. 759-774, out./dez. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

———. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPELLA, Juan Ramón. **El Derecho como Lenguaje: un Análisis Lógico**. Barcelona: Ariel, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. Crédito Tributário e Lançamento. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, nº 77, p. 7-48, [1999?].

———. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. **Decadência e Prescrição**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1976.

_____. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Extinção da Obrigação Tributária, nos Casos de Lançamento por Homologação. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org.). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba (v. 1).** São Paulo: Malheiros, 1997. p. 218-233.

_____. **Fundamentos Jurídicos da Incidência.** São Paulo: Saraiva, 1998.

CASÁS, José Osvaldo. Seguridad Jurídica, Legalidad y Legitimidad em la Imposición Tributaria. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Justiça Tributária.** São Paulo: Malheiros, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo, n. 21, p. 7-39. out./dez. 1997.

_____. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 39-99.

_____. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do Contrôlo da Constitucionalidade [sic].** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale.** 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre os Atos Singulares Praticados sob sua Égide. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,** São Paulo, nº 19, p. 279-307, abr./jun. 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo STF no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário.** São Paulo, n. 5, p. 58-71, fev. 1996.

_____. **Liminares e Depósitos Antes do Lançamento por Homologação - Decadência e Prescrição.** São Paulo: Dialética, 2000.

_____. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988.** 3. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito Tributário Contemporâneo.** São Paulo: RT, 1997.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. Padova: Cedam, 1984.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. O Controle de Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 17, p. 223-241, out./dez. 1996.

DALLAZEM, Dalton Luiz. As "Agroindústrias" e as Contribuições Sociais Devidas em Função da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei 8.870/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, nº 16/98, p. 387-384. 2ª Quinzena de Agosto de 1998.

———. **Cisão e Responsabilidade Tributária**. Curitiba: Juruá, 1999.

———. O Princípio da Ampla Defesa e a "Competência" dos Tribunais Administrativos para apreciarem Matéria Constitucional. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 23, p. 118-127, abr./jun. 1998.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição. Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DELFINO, Felice. **La Dichiarazione di Illegittimità Costituzionale delle Leggi**. Napoli: E. Jovene, 1970.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A Irretroatividade do Direito no Direito Tributário. *In*: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org.). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba (v. 1)**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIAS, Cibele Fernandes; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas Considerações em Torno da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 1-8.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 55, p. 50-70, abr. 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

———. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. La Inaplicacion Administrativa de Reglamentos Ilegales y Leyes Inconstitucionales. **Revista de Administración Pública**. Madrid, n. 155, p. 59-106, mai./ago. 2001.

DÓRIA, A. de Sampaio. **Direito Constitucional**. V. I. T. I. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Causas de Impedimento Prescricional de Indébitos Tributários. Ocorrência de Coação e Inconstitucionalidade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, nº 39, p. 82-89, jan./mar. 1987.

———. **Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

———. **Tomemos los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 43.502/RS, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria, *DJ* de 29 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 43.502/RS, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, maioria, *DJ* de 29 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 43.995/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Cesas Asfor Rocha, maioria, *DJ* de 29 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 168.469/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, maioria, *DJ* de 17 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 20 abr. 2001.

Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 36.807/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Peçanha Martins, unânime, *DJ* de 01 abr. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 16 mai. 1999.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

FADEL, Sergio Sahione. Ação Rescisória diante da Recente Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Constitucionalidade das Majorações das Alíquotas da Contribuição para o Finsocial, das Empresas Prestadoras de Serviços. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 269-276.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. Comentario General de Jurisprudencia. **Revista Española de Derecho Financiero**, Madrid, n. 56, out./dez. 1987.

———. Editorial. **Quincena Fiscal**. Madrid, n. 20, p. 5-10, nov. 1997.

FANTOZZI, Augusto. **Diritto Tributario**. 2. ed. Roma: Utet, 1998.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos - A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **A Inconstitucionalidade da Lei Municipal**. Curitiba: Juruá, 1991.

———. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. São Paulo: RT, 1994.

———. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Anterioridade e Irretroatividade no Campo Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 65, p. 123-131, fev. 2001.

———. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. **Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia. Supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 34, p. 27-44, dez. 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

———. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de Novembro e nº 9.982, de 3 de Dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Curso de Derecho Financiero Español**. Vol. II. 22. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Inconstitucionalidade da Regulamentação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Abstrato através de Lei Ordinária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 56, p. 19-24, mai. 2000.

GALLOTTI, Maria Isabel. A Constituição de 1988 e o Controle Jurisdicional de Tributos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 193, p. 33-44, jul./set. 1993.

———. A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus Efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 170, p. 18-40, out./dez. 1987.

GAMA, Patrícia Calmon Nogueira da. Breves Anotações sobre o Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei 9.868/99. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 778, p. 91-99, ago. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983 (reimp. 2001).

———. Um Paso Importante para el Desarrollo de Nuestra Justicia Constitucional: La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales. **Revista Española de Derecho Administrativo**. Madrid, n. 61, p. 5-17, 1989.

GARCÍA NOVOA, Cesar. **La Devolucion de Ingresos Tributarios Indebidos**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, 1993.

GARCÍA, Eusebio González. Relaciones Entre los Principios de Seguridad Jurídica y Legalidad. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCIA, Maria. Argüição de Descumprimento: Direito do Cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 32, p. 99-106, jul./set. 2000.

GARRORENA MORALES, Angel. La Sentencia Constitucional. **Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 11, p. 7-27, 1981.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a Renda. Pressupostos Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

———. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do Indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 8, p. 9-20, mai. 1996; **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 17, p. 50-60, out./dez. 1996.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Eficácia e Aplicabilidade das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1997.

HAWKING, Stephen. **O Universo numa Casca de Noz**. 3. ed. Trad. Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2001.

HERRERA MOLINA, Pedro H.; MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. Nuevas Perspectivas sobre el Mínimo Exento Familiar en la Jurisprudencia Constitucional Alemana. **Impuestos**. Madrid, n. II, p. 402-421, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HORVATH, Estevão. **Lançamento Tributário e "Autolanzamento"**. São Paulo: Dialética, 1997.

INIESTA DELGADO, Juan José; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel. Naturaleza y Efectos de las Sentencias de Anulación Recaídas en Procesos contra Normas: La Invalidez en el Sistema Normativo y su Actuación Jurisdiccional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 59, p. 139-175, mai./ago. 2000.

J. ZORNOZA, Juan. Aspectos Constitucionales del Regimen de Tributacion Conjunta en el I.R.P.F. (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero). **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 27, p. 163-196, set./dez. 1989.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KIRCHMANN, J. H. Von. **La Jurisprudencia no es Ciencia**. Trad. Antonio Truyol Serra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LABRIOLA, Silvano. Le Garanzie Istituzionali per la Protezione della Costituzionalità. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Milano, n. 230, p. 26-39, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LONGO, José Henrique. Prazo para Restituição de Tributo Recolhido com Base em Norma Declarada Inconstitucional. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 80, p. 156-160, ?/2000.

LUPI, Raffaello. **Diritto Tributario (Parte Generale)**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo-Fortaleza: Dialética-ICET, 1999.

———. Ação Declaratória de Constitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 697, p. 34-40, nov. 1993.

———. Contribuição previdenciária das agroindústrias - declaração de inconstitucionalidade do §2º do art. 25, da Lei nº 8.870/94 - Seu Alcance. Inexistência de efeitos retroativos em prejuízo do contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 56, p. 89-102, mai. 2000.

———. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

———. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 57, p. 72-87, jun. 2000.

———. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 06, p. 221-225, 1994.

MAFFEZZONI, Federico. Le Norme Impositive Costituzionalmente Illegittime nella Congiunta Prospettiva dell'Interesse Fiscale, del Diritto a Rimborso e del Rapporto Esaurito. **Bollettino Tributario d' Informazioni**. Milano, n. 18, p. 1365-1374, out. 1989.

MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. **Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad o Nulidad de Disposiciones Tributarias**. Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales, 1998.

Mandado de Injunção n. 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, maioria, DJ de 02 ago. 1991. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 03 mar. 2001.

Mandado de Injunção n. 168, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 20 abr. 1990. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 03 mar. 2001.

Mandado de Segurança n. 16.512, Pleno, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, maioria, DJ de 31 ago. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Mandado de Segurança n. 16.512, Pleno, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, maioria, DJ de 31 ago. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Mandado de Segurança n. 16.519, Pleno, Rel. Min. Luiz Gallotti, maioria, DJ de 09 nov. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

———. Notas acerca da Recente Lei das Ações Diretas - LAD (Lei 9.868/99). **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 57, p. 88-97, jun. 2000.

MARTÍN QUERALT, J. De Amparos que se Tornam em Desamparos. **Tribuna Fiscal**, Madrid, n. 86, dez. 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Descumprimento de Preceito Fundamental: Eficácia das Decisões. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, unânime. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

———. **Discrecionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 25-35, out./dez. 1997.

———. Segurança Jurídica. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 67, p. 51-56, [199?].

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

- . **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- . **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II - Constituição e Inconstitucionalidade**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- . **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969**. T. III. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.
- . **Tratado de Direito Privado**. T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- . **Tratado de Direito Privado**. V. 4. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.
- MITA, Enrico de. **Interesse Fiscale e Tutela del Contribuente**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- . L'Influsso della Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul Diritto Tributario. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano XL, vol. XL, I, p. 594-613, 1981.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.
- MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita**. Curitiba: Juruá, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOVOA, César García. Seguridad Jurídica y Derecho Tributario. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). **Direito Tributário. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba (v. 1)**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos**. São Paulo: RT, 1999.
- . **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PÉREZ ROYO, Fernando. **Derecho Financiero y Tributario (Parte General)**. 12. ed. Madrid: Civitas, 2002.
- PIBERNAT DOMENECH, Xavier. La Sentencia Constitucional como Fuente del Derecho. **Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 24, p. 57-85, 1987.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

POLITI, Fabrizio. **Gli Effetti nel Tempo delle Sentenze di Accoglimento della Corte Costituzionale**. Padova: Cedam, 1997.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PUNSET BLANCO, Ramon. Las Sentencias Declaratorias de la Inconstitucionalidad de las Leyes: Consideraciones sobre la Posible Reforma de los Artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC. **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**. Murcia (Espanha), n. 7, p. 33-48, 1995.

PURI, Paolo. Controversie di Indebito in Relazione a Contribuzione Agricola Unificata a Seguito di Pronuncia di Illegittimità Costituzionale. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano XLVIII, vol. XLVIII, I, p. 61-76, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Reclamação n. 1880, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, maioria, *DJ* de 07 nov. 2002 (ata da decisão). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 15 dez. 2002]

Recurso em Mandado de Segurança n. 17.976, 3ª Turma, Rel. Min. Amaral Santos, unânime, *DJ* de 24 set. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Recurso Especial n. 23.121, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, *DJ* de 08 nov. 1993. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Recurso Especial nº 128.239/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, *DJ* de 01 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 fev. 2001.

Recurso Especial nº 154.708/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, *DJ* de 10 mai. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 fev. 2001.

Recurso Especial nº 218.354/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, *DJ* de 11 out. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 fev. 2001.

Recurso Especial nº 233.662/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, *DJ* de 08 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08 nov. 2001.

Recurso Especial nº 239.430/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, *DJ* de 22 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Recurso Especial nº 239.430/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, *DJ* de 22 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Recurso Especial nº 258.022, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, *DJ* de 20 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 15 jun. 2002.

Recurso Especial nº 36.017/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, unânime, *DJ* de 11 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 fev. 2001.

Recurso Especial nº 69.233/RN, 1ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, unânime, *DJ* de 30 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000.

Recurso Especial nº 69.233/RN, 1ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, unânime, *DJ* de 30 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Recurso Especial nº 75.006/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, unânime, *DJ* de 11 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 22 nov. 2000.

Recurso Especial nº 75.006/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, unânime, *DJ* de 11 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 22 nov. 2000.

Recurso Extraordinário n. 122.202, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, unânime, *DJ* de 08 abr. 1994. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

Recurso Extraordinário n. 136.805, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, unânime, *DJ* de 26 ago. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002

Recurso Extraordinário n. 136.883, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, *DJ* de 13 set. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002.

Recurso Extraordinário n. 141.331, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, unânime, *DJ* de 07 out. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002.

Recurso Extraordinário n. 143.677, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, unânime, *DJ* de 15 mai. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002.

Recurso Extraordinário n. 145.787, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, *DJ* de 08 mai. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2002.

Recurso Extraordinário n. 79.343, 2ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, unânime, *DJ* de 02 set. 1977. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

Representação n. 980, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, maioria, *DJ* de 21 nov. 1979. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2001.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). **Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**. Madrid: Tribunal Constitucional – Boletín Oficial del Estado, 2001.

RIVERA, Reinaldo Chaves. Ação Direta de Inconstitucionalidade - Efeitos - A Cobrança de Contribuições Previdenciárias das Agroindústrias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 32, p. 61-77, mai. 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Ação Rescisória em Matéria Tributária e Segurança Jurídica. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 4, p. 52-60, jan. 1996.

RODRIGUES, Walter Piva. Ação Rescisória diante de Decisão sobre Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 279-287.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p. 269-292.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación del Derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 22, 1988.

RUOTOLO, Marco. **La Dimensione Temporale Dell'Invalidità della Legge**. Padova: Cedam, 2000.

RUSSO, Pasquale. **Manuale di Diritto Tributario (Parte Generale)**. Milano: Giuffrè, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de Legitimidade da Jurisdição Constitucional e as Mudanças Legais do Regime de Constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 165-218.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

———. **Lançamento Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 86, p. 27-33, nov. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-45.

———. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1961.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**. São Paulo: RT, 1992.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

———. **Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Dos Efeitos Retroativos da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade e a Coisa Julgada em Favor da Fazenda Pública. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 449-457.

TORRES, Ricardo Lobo. A Declaração de Inconstitucionalidade e a Restituição de Tributos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 8, p. 99-110, mai. 1996.

———. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. **Restituição de Tributos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Repetição do Indébito, Compensação e Ação Declaratória. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. São Paulo-Fortaleza: Dialética-ICET, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 92, p. 43-54, out./dez. 1989.

———. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 192, p. 1-28. abr./jun. 1993.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, José Roberto. A Noção de Sistema no Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre, n. 33, p. 53-64, ?/2000.

———. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, n. 54, p. 95-104, out./dez. 1990.

_____. **Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras.** São Paulo, 1999. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____. **IPI. A Regra-Matriz de Incidência. Texto e Contexto.** Curitiba: Juruá, 1993.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória.** São Paulo: RT, 2001.

_____. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.** São Paulo: RT, 1978.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Conseqüências da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 21, p. 34-48, jun. 1997.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: RT, 2001.

OBRAS CONSULTADAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis. El Tribunal Constitucional y La Funcion Legislativa: El Control del Procedimiento Legislativo y de la Inconstitucionalidad por Omision. **Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 24, p. 9-30, 1987.

ALONSO GONZALEZ, Luis Manuel. **Jurisprudencia Constitucional Tributaria**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, 1993.

ANTONINI, Luca. **Dovere Tributario, Interesse Fiscale e Diritti Costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público**. São Paulo, nº 4, p. 34-43, abr./jun. 1968.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Da Existência, Validade, Vigência e Eficácia da Lei no Sistema Brasileiro Atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 683, p. 29-36, set. 1992.

BONILHA, Ivan Lelis. O Processo Objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 22, p. 133-140, jan./mar. 1998.

BORGES, José Souto Maior. Pro-Dogmática: Por Uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 1, p. 140-146, 1993.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 59, p. 113-123, ago. 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. **Direito Tributário**. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CRUZ VILLALON, Pedro. **La Formacion del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 416.

DELGADO, José Augusto. Lei Inconstitucional (Sua Caracterização). **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 98, p. 128-133, abr./jun. 1991. p. 130.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Princípio da Praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação). **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, nº 47, p. 166-179, jan./mar. 1989.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Decisão Administrativa. Efeitos e Revogabilidade. Coisa Julgada. Limites Objetivos em Matéria Fiscal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 363, p. 41-58, jan. 1966.

ECO, Umberto. **Como Se Faz Uma Tese**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 18 ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FANUCCHI, Fábio. **A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. La Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 81, p. 47-72, jul./set. 1993.

FONSECA, Carlos Henrique da. A Declaração de Inconstitucionalidade e a Restituição do Indébito na Seara Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 39, p. 34-37, dez. 1998.

FRANÇA, R. Limongi. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 5. ed. rev. atual. do "Direito Intertemporal Brasileiro". São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, Rubens Alexandre de. Ação Rescisória - Sua Viabilidade para Desconstituir Decisão Violadora do Princípio da Isonomia. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coord.). **Processo Tributário. Administrativo e Judicial**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 439-471.

FREGNI, Maria Cecília. Sulla prescrizione del diritto al rimborso del "credito d'imposta" nella disciplina dell'IVA. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano LI, n. 2, p. 46-53, jun. 1992.

GARCIA-PELAYO, Manuel. El "Status" del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, vol. 1, núm. 1, p. 11-34, jan./abr. 1981.

GARDANI, Dante Luigi. I Presupposti Processuali nel Nuovo Contenzioso Tributario. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano LIII, n. 2, p. 286-295, jun. 1994.

GORDILLO, Agustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Valor Positivo do Acto Inconstitucional**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1992 (Reimp. 2000).

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Direito Tributário. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; ALVES, Geraldo Magela. **Enciclopédia do Direito Brasileiro (V. 1)**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33-45.

HECK, Luís Afonso. O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 781, p. 71-78.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. Los Efectos de la Inconstitucionalidad de las Leyes Tributarias en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Aleman (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales). **Quincena Fiscal**, Madrid, n. 13, p. 43-54, jul. 1996.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Política de La Constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 59, p. 11-27, mai./ago. 2000.

JÚNIOR, Loureiro. **O Controle da Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

JUSTEN FILHO, Marçal. Sistema Constitucional Tributário: Uma Aproximação Ideológica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, nº 30, p. 215-233, 1998.

LA ROSA, Salvatore. Definitività degli Avisi di Liquidazione, Autotutela Tributaria e Ripetibilità delle Imposte "Principali" nel Sistema delle Imposte sui Trasferimenti. **Rivista di Diritto Tributario**. Milano, II, p. 468-475, 2001.

LA VALLE, Francesco. Annullamento della Norma Tributaria e Rapporti Esauriti. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano XXVI, vol. XXVI, I, p. 331-362, 1967.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

LÓPES ULLA, Juan Manuel. **La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. O Conflito entre Princípios Constitucionais: Breves Pautas para sua Solução. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 10, p. 40-45, jan./mar. 1995.

MELLO, Celso André Ribas de. Direito Tributário e Direito Processual Civil - Contribuição Social sobre o Lucro - Efeitos da Coisa Julgada em Mandado de Segurança Preventivo - Inaplicabilidade da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal - Exegese do art. 471, I, do Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 81, p. 97-111, jun. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Atos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 65, p. 27-38, jan./mar. 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 191, p. 40-66, jan./mar. 1993.

_____. Tribunal Constitucional Alemão. O Apelo ao Legislador - "Appellentscheidung" - na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 99, p. 32-53, jul./set. 1991.

MESIRCA, Tiziana. Il Diritto Tributario nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale negli anni 1991, 1992 e 1993. **Rivista di Diritto Tributario**. Milano, II, p. 277-339, 1994.

MESSINA, Sebastiano Maurizio. Ancora in tema di rapporto fra la disciplina delle variazioni Iva e la ripetizione dell'indebito. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano LIII, n. 1, p. 18-26, mar. 1994.

MISCALI, Mario. Capacità Contributiva e Disciplina del Rimborso della Imposta Indebita. **Rivista di Diritto Tributario**. Milano, I, p. 117-138, 2000.

MITA, Enrico de. Diritto Tributario e Diritto Civile: Profili Costituzionali. **Rivista di Diritto Tributario**. Milano, I, p. 145-164, 1995.

_____. La Corte Costituzionale e il Processo Tributario. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano LVII, n. 4, p. 458-474, dez. 1998.

MODUGNO, Franco. **L'Invalidità della Legge**. Vol. I e II. Milano: Giuffrè, 1970.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 222, p. 143-178, out./dez. 2000.

NUNES, Cleucio Santos. Medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo - inconstitucionalidade de eficácia contra todos e efeito vinculante. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 56, p. 37-46, mai. 2000.

POTITO, Enrico. Azione di Accertamento e Ripetizione dell'Indebito in Materia Tributaria. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano XXXIII, vol. XXXIII, I, p. 125-154, 1974.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. Anot. Atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. ADIn e ADC - Comentários sobre a Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 60, p. 36-67, set. 2000.

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Processo Administrativo Fiscal**. V. II. São Paulo: Dialética, 1997.

RUBIO LLORENTE, Francisco; ARAGON REYES, Manuel. Enunciados Aparentemente Vacios en la Regulacion Constitucional del Control de Constitucionalidad. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 7, p. 161-169, jan./fev. 1979.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Inconstitucionalidade das Leis: Iniciativa, Emenda e Decretação**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

SALDANHA, Nelson. O Estado Contemporâneo e a Idéia de "Omissão" Constitucional. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 1, p. 255-257, out./dez. 1992.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como Fazer uma Monografia**. 10 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa de la Nuez. Algunas Reflexiones sobre los Problemas Planteados por el Art. 110 de la LJCA de 13 de Julio de 1998. **Cronica Tributaria**, Madrid, n. 90, p. 59-72, 1999.

SERA, Raffaele. La Disciplina del Contenzioso Tributario Innanzi alla Corte Costituzionale. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano XXXIII, vol. XXXIII, I, p. 508-538, 1974.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metologia do Trabalho Científico**. 19 ed. São Paulo: Cortez, 1993.

SILVA, Rogério Pires da. O PIS e os efeitos "ex tunc" de declarações de inconstitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 56, p. 74-80, mai. 2000.

SILVEIRA, José Neri da. A Dimensão Política do Judiciário. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, n. 173, p. 46-55, 1988.

SOARES, Flávia D'Urso Rocha. Aspectos Penais dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 22, p. 311-322, jan./mar. 1998.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Estudos de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1950.

TREMONTI, Giulio. Le iscrizioni a ruolo delle imposte sui redditi. **Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze**. Milano, ano XL, vol. XL, I, p. 81-86, 1981.

UCKMAR, Victor. **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILELA, Maristela Brandão. Sobre a Inconstitucionalidade das Leis. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 15, p. 169-183, abr./jun. 1996.

VILLAVARDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por Omision de los Silencios Legislativos. **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Murcia (Espanha), n. 8, p. 117-152, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 22, p. 55-64, jan./mar. 1998.